

# ***LIBER AMICORUM PER PASQUALE COSTANZO***

***Diritto costituzionale in trasformazione***

## **III**

### **NUOVI SCENARI PER LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE NAZIONALE E SOVRANAZIONALE**

**2020**





*Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo  
*Diritto costituzionale in trasformazione*

III

Nuovi scenari per la giustizia costituzionale  
nazionale e sovranazionale

# COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

## 5

*Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo – *Diritto costituzionale in trasformazione*

Vol. III – Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale

Collana di studi di Consulta OnLine (E256917), 5

ISBN: 978-88-945618-7-6



2020 by Consulta OnLine Associazione giuridica scientifico-culturale C.F. 90078670107

info@giurcost.org

**Comitato scientifico**

Paolo Caretti (Emerito Univ. di Firenze)

Riccardo Guastini (Emerito Univ. di Genova)

Annamaria Poggi (Univ. di Torino)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri (Emerito Univ. di Messina)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio Calabria)

Federico Sorrentino (Emerito Univ. di Roma "La Sapienza")

**Comitato promotore**

Allieve e Allievi dei Dottorati di ricerca

di cui il prof. Pasquale Costanzo è stato Coordinatore

nelle Università di Camerino e di Genova









## Indice Volume III

### **Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale**

#### *Premessa*

TANIA GROPPI, <i>Aprire cammini. Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale</i>	1
ANTONIO D'ATENA, <i>Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"</i>	23
ANGIOLETTA SPERTI, <i>Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative</i>	33
MARINA CALAMO SPECCHIA, <i>L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'amicus curiae in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale</i>	45
ANDREA PATRONI GRIFFI, <i>Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni</i>	69
ELENA MALFATTI, <i>Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale</i>	79
MARCO RUOTOLO, <i>L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?</i>	99
MARILISA D'AMICO, <i>Giustizia costituzionale e tecniche decisorie</i>	111
ANNA GRAGNANI, <i>Oltre l'effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale: sul potere-dovere della Corte costituzionale di dettare regole interinali per l'attuazione delle sue sentenze</i>	131
ANNA MARIA NICO, <i>La Corte costituzionale quale giudice dell'ottemperanza</i>	145
GIORGIO REPETTO, <i>Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative</i>	153
UGO ADAMO, <i>In mancanza di risposte da parte del Legislatore e in attesa di quelle che potrà comunque darne, la Corte decide sui profili della regolazione dell'aiuto al suicidio medicalizzato</i>	161
ROBERTO PINARDI, <i>Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi</i>	169
ANGELA MUSUMECI, <i>La Politica, la Scienza, la Corte e la vita umana. Spunti ricostruttivi intorno al caso Cappato</i>	213
MARGHERITA RAVERAIRA, <i>Il caso Cappato: nel contesto collaborativo e dialogico tra Corte costituzionale e legislatore, quali i vincoli per il Parlamento?</i>	227
ELISA CAVASINO, <i>Principio di costituzionalità e diritto del bilancio</i>	253
GUIDO RIVOSECCHI, <i>Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali</i>	273
EMANUELE ROSSI, <i>La ridondanza, sai, è come il vento ... Considerazioni sui ricorsi regionali nei confronti di atti normativi statali nel giudizio in via principale</i>	291
GIUSEPPE LANEVE, <i>I conflitti da atto legislativo e il potere giudiziario: note minime sullo stato dell'arte</i>	301
ANTONIO RUGGERI, <i>Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile</i>	321
ANDREA CARDONE, <i>Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea</i>	343
DILETTA TEGA, <i>Il superamento del "modello Granital". Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale</i>	389

ENRICO ALBANESI, <i>A protezione del Veglio di Creta. Il ruolo costituzionale della procedura d'infrazione dell'UE a garanzia del ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale</i>	397
LUISA CASSETTI, <i>L'«ordinamento» sovranazionale dell'Unione europea e il «sistema» CEDU: diritti, garanzie (multilevel) e politiche pubbliche</i>	411
FILIPPO VARI, <i>Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma</i>	433
DANIELE GRANARA, <i>La question prioritaire de constitutionnalité: il difficile equilibrio tra tradizione ed esigenze di garanzia per una nuova (?) gerarchia di valori</i>	439
STEFANO CATALANO, <i>Il sistema incidentale francese come elemento di riflessione per la 'manutenzione' del controllo di costituzionalità italiano</i>	461
OMAR CHESSA, <i>Il paradosso di Karlsruhe. Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica</i>	469
LORENZA VIOLINI, <i>Le riserve tedesche nei riguardi della UE: un po' di storia e qualche considerazione sulla sentenza del BVERFG sul PSPP (Ezb-Urteil)</i>	479

## **Premessa**

*Il presente è il terzo di sei Tomi\* di cui si compone il Liber Amicorum dedicato al prof. Pasquale Costanzo.*

*Il fil rouge che percorre idealmente i contributi è dato dal “Diritto costituzionale in trasformazione”: avendo colto, di esso, i numerosi Colleghi ed Amici che hanno partecipato agli Scritti in oggetto, l’importanza e centralità nel pensiero dell’Omaggiato, sempre attento all’innovazione sul versante sociale, come su quello normativo e più ampiamente istituzionale.*

*In tal senso, se è vero che gli scritti del volume riguardano temi ormai “classicissimi” come la giustizia costituzionale e quella delle corti sovranazionali (si tratta, peraltro, di un punto fermo negli interessi di studio del prof. Costanzo, che ha affrontato il tema secondo diversi generi giuridicoletterari), sono tuttavia prevalentemente gli aspetti evolutivi di tali temi a trovare collocazione nella raccolta.*

*È così, infatti, per gli aspetti riguardanti sia l’accesso al giudizio (A. Patroni Griffi; T. Groppi lo affronta rievocando il ruolo di Calamandrei all’impostazione del tema), il contraddittorio (A. D’Atena, A. Sperti e M. Calamo Specchia), sia i poteri istruttori (E. Malfatti), sia, ancora, le tecniche e gli effetti delle decisioni (M. Ruotolo, M. D’Amico, A. Gragnani, A.M. Nico, G. Repetto e E. Rossi, G. Laneve). E, per quest’ultimo aspetto, di estrema attualità risultano le problematiche suscitate dal cd. caso Cappato (U. Adamo, R. Pinardi, A. Musumeci e M. Raveraira).*

*Anche i profili maggiormente attinenti a problemi di merito (già riscontrabili ovviamente nei profili appena evocati) esibiscono più di uno spunto di novità (come negli scritti a sfondo finanziario: E. Cavasino e G. Rivosecchi).*

*Non potevano mancare, poi, le questioni attinenti ai rapporti tra Corti (A. Ruggeri, A. Cardone, D. Tega, E. Albanesi, L. Cassetti e F. Vari) e a talune giurisdizionali costituzionali straniere (D. Granara, S. Catalano, O. Chessa e L. Violini). Del resto, anche su quest’ultimo punto, il prof. Costanzo ha portato in diverse occasioni la sua attenzione, come nell’ampia monografia sulla revisione costituzionale francese del 2008 e nelle relazioni biennali sulla giurisprudenza del Conseil constitutionnel redatte per la Giurisprudenza Costituzionale.*

*Lara Trucco*

---

\* Gli altri Tomi vertono, rispettivamente, su:

- I: Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale
- II: Il diritto pubblico della pandemia
- IV: I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista
- V: La democrazia italiana in equilibrio
- VI: Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale.



TANIA GROPPI  
Aprire cammini

## Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale\*

SOMMARIO: 1. Piero Calamandrei e la giustizia costituzionale. –2. La giustizia costituzionale in Piero Calamandrei. –3. In principio: il controllo in via incidentale nel progetto Calamandrei in Assemblea costituente. –4. Dieci anni dopo: la tutela “imperfetta e lacunosa” del cittadino contro l’illegittimità costituzionale. –5. Calamandrei, oggi.

### 1. Piero Calamandrei e la giustizia costituzionale

Il contributo delle personalità individuali ai processi storici è oggetto di riflessioni che attraversano i secoli e le epoche e rimane, anche per la più aggiornata storiografia, una questione aperta<sup>1</sup>. Lo stesso si potrebbe dire riguardo al mondo del diritto: valutare l’apporto di singoli giuristi all’evoluzione dell’ordinamento resta un esercizio alquanto aleatorio, rimesso alla sensibilità dell’osservatore, senza che sia possibile individuare una qualche forma oggettiva di misurazione.

Ciò vale anche per la genesi della giustizia costituzionale in Italia. Se l’introduzione *ex novo* di una istituzione estranea alla tradizione autoctona appare oggi ai nostri occhi come il prodotto di un “*legal transplant*”, ovvero dell’importazione, con pochi ritocchi, del “prototipo” kelseniano sviluppatosi nell’esperienza austriaca del primo dopoguerra, una più attenta analisi ci mostra invece che si tratta di un processo non lineare e assai complesso, per sviluppo temporale, modelli stranieri di riferimento e anche, quel che qui più ci interessa, protagonisti.

La riflessione sull’opportunità di introdurre una qualche forma di controllo volto a garantire la supremazia della costituzione prende avvio già prima della Liberazione, nei programmi dei partiti, si sviluppa nelle attività preparatorie messe in atto nel periodo transitorio, per concretizzarsi nei lavori dell’Assemblea costituente e trovare infine un punto di approdo nelle prime due legislature repubblicane, con l’adozione della legge ordinaria sulla Corte costituzionale, la nomina dei giudici e l’avvio dell’attività della Corte, nel 1956<sup>2</sup>. In questo lungo periodo che copre un dodicennio – ma specialmente nei primi anni, quando si trattava di decidere a quale organo, con quali procedure e con quali effetti affidare la garanzia della costituzione – molteplici sono state le oscillazioni, al punto che non di rado si riscontrano posizioni diverse e contraddittorie da parte dei singoli intervenienti. Leggendo i lavori della Commissione Forti e dell’Assemblea costituente l’impressione è che si brancolasse nel buio<sup>3</sup>, il che è perfettamente comprensibile considerando la novità dell’istituto,

---

\* Il testo prende spunto dalla relazione svolta a Siena il 27 novembre 2019 nel convegno “Piero Calamandrei dagli anni senesi all’entrata in vigore della Costituzione” Desidero ringraziare Elena Bindi per la sollecitazione ad avvicinarmi all’affascinante figura di Piero Calamandrei e per il continuo sostegno.

<sup>1</sup> Da ultimo, per una rassegna delle diverse posizioni sull’influenza degli individui sul corso degli eventi storici, da Carlyle a Tolstoj, fino ai più recenti studi di econometria applicata alla storia, J. DIAMOND, *Upheaval. Turning Points for Nations in Crisis* (2019), trad. it. *Crisi. Come rinascono le nazioni*, Einaudi, Torino, 2019, 408 ss.

<sup>2</sup> La ricostruzione della genesi è ormai un *topos* di tutti gli innumerevoli scritti sulla Corte costituzionale italiana. Tra i primi ad occuparsene specificamente, G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981.

<sup>3</sup> Sulle incerte prospettive della Costituente sui temi della giustizia costituzionale si è specialmente soffermato C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente* (1979), rist. Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 1 ss. Assai netto nei confronti della “ristrettezza di vedute” dei costituenti è G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustiziaro contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*, che giunge a tale valutazione attraverso un confronto, che mi pare quantomeno azzardato sul piano del metodo, tra la cultura giuridica dei costituenti e quella di alcuni autori a noi contemporanei.

l'isolamento in cui la dottrina italiana si era trovata nel periodo fascista<sup>4</sup> e le difficoltà che in quegli anni dovevano esserci a disporre di materiale documentario<sup>5</sup>. Ciò vale in particolare per il diritto comparato: poco chiari risultano i modelli di riferimento, al punto che la stessa influenza kelseniana appare non sempre consapevole, o, comunque non esplicita (basti pensare che il nome di Kelsen non venne mai fatto nei dibattiti sulla Corte costituzionale)<sup>6</sup>, e spesso risulta valorizzata<sup>7</sup> soprattutto dalla narrazione successiva, mentre assai più presente sembra l'esperienza del *judicial review* statunitense<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> L'isolamento della dottrina italiana rispetto al dibattito che tra le due guerre si svolse in Europa sul controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi è evidenziato da M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997, 95.

<sup>5</sup> Nonostante il significativo lavoro di documentazione svolto tra molte difficoltà (non ultima la penuria di carta) dal Ministero per la Costituente, che consistette nella pubblicazione di un periodico, il *Bollettino di informazione e documentazione*, e di due collane di brevi studi, una relativa a "Testi e documenti costituzionali", diretta da Giacomo Perticone, sulle maggiori esperienze costituzionali contemporanee, e una di "Studi giuridici", diretta da Alberto M. Ghisalberti (per una sintetica panoramica, G. ZAGREBELSKY, *La Commissione Forti e i suoi giuristi*, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, XII, 1943-1945 *Dalla resistenza alla democrazia*, Nuova CEI, Roma, 1989, 158 ss.). È significativo che in tali abbondanti materiali manchino studi specifici dedicati alla giustizia costituzionale. Nel citato *Bollettino* il tema emerge soltanto in alcune rassegne che riportano sintesi di articoli apparsi sulla stampa dell'epoca (v. ad esempio il numero del 30 maggio 1946, 21-22).

<sup>6</sup> Per essere più precisi, secondo quanto indica G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., 81, il nome di Kelsen venne fatto una volta: accadde il 29 novembre 1947, in Assemblea plenaria, quando l'on. Benvenuti, a proposito della controfirma sugli atti presidenziali, si riferì alla Costituzione austriaca, "alla cui elaborazione ha partecipato un uomo come Kelsen": AC, seduta pomeridiana 29 novembre 1947, V, 2687. Sulla scarsa conoscenza della Costituzione austriaca del 1920 e dello stesso Kelsen da parte dei costituenti, Calamandrei compreso, S. BASILE, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze "tedesche"*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I. *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 1980, specie 92 ss. Al contrario, l'influenza kelseniana è valorizzata da C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 8 e da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studio sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, 260 ss., nonché da A. PIZZORUSSO, *Commento all'articolo 134*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna, 1981, 70, secondo il quale Calamandrei si sarebbe fatto portatore, in Assemblea costituente, dei "postulati della *Verfassungsgerichtsbarkeit*". Peraltro, tali autori si basano tutti sui numerosi riferimenti all'opera di Kelsen contenuti in P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, ora in Id., *Opere giuridiche*, III, Roma-Tre University Press, Roma, 2019, specie 349 ss., successiva di diversi anni al momento costituente. Sulle influenze kelseniane indirette, anche su Calamandrei, A. GIOVANNELLI, *Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione politica della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, 406; C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 333 ss. Nonostante tali studi, mi pare che una ricerca approfondita sulle influenze della dottrina e dei modelli stranieri su Calamandrei resti ancora da compiere. Per dare solo un'idea, oltre alla questione della sua conoscenza dell'opera di Kelsen negli anni della Costituente, potrebbe essere utile seguire anche altre piste, come quelle di Jellinek e Duguit, autori con i quali Calamandrei aveva una notevole familiarità e che possono essere considerati "i primi, autorevoli preannunci, nella dottrina europea di quegli sviluppi che poi condussero alla elaborazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit*": così P.A. CAPOTOSTI, *La giustizia costituzionale e il suo insegnamento*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 2016, n. 2, 3 (testo pubblicato postumo a cura di P. Mezzanotte).

<sup>7</sup> Per esempio, si veda la netta contrapposizione tra i due modelli "in lizza" che sarebbero stati disponibili per i costituenti, quello nord-americano e quello austriaco, delineata nell'intervento di Calamandrei al Congresso internazionale di diritto processuale civile (Firenze, 30 settembre, 3 ottobre 1950): "ora in Italia, dopo aver tanto discusso se adottare l'uno o l'altro, siamo arrivati a un compromesso: si è adottato un sistema che ha preso un po' di qua, un po' di là". Così P. CALAMANDREI, *Il controllo giurisdizionale sulle leggi* (1950), ora in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., 486. Egli sottolinea altrove la somiglianza col modello austriaco: Id., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 349, nota 1.

<sup>8</sup> Benché non sempre pienamente compresa e, nei suoi elementi di fondo, rigettata. Vedi S. VOLTERRA, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni con particolare riguardo agli Stati Uniti*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I, cit., 117 ss. Riguardo a Calamandrei, P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, in Id. (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi per un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, 351, afferma che "probabilmente il *judicial review* di tradizione statunitense influenzò grandemente Calamandrei: che,

Durante questo lasso di tempo, tanti attori si sono mossi sulla scena e tra essi molti dei più noti giuristi dell'epoca che, benché non specificamente esperti di giustizia costituzionale – tematica alla quale erano state dedicate, nella fase costituente e nell'epoca fascista, pochissime pubblicazioni<sup>9</sup> – hanno via via monopolizzato le discussioni e i progetti. Come è noto, l'influenza dei giuristi è stata significativa nella scrittura di tutta la Costituzione italiana, ma essa è ancor più evidente riguardo alla giustizia costituzionale, un settore che risulta pressoché di loro esclusivo dominio<sup>10</sup>.

Nonostante questa origine, che potremmo definire corale, quasi il risultato di una sorta di “*brain storming*” collettivo, non può essere ignorato il contributo dei singoli che, con il loro bagaglio di studi, di idee e, ancor più, di esperienze personali, hanno partecipato a forgiare un sistema che si è, fin dall'inizio, distaccato da quello austriaco, per assumere una sua distinta connotazione, poi via via perfezionatasi ed evolutasi nell'impatto con la realtà fattuale, cioè nella effettiva operatività<sup>11</sup>. Senza trasformare tali figure in “eroi” – benché i miti fondativi non siano estranei ai processi di legittimazione delle istituzioni – l'analisi del loro contributo può fornire spunti significativi per comprendere meglio il modello originario, leggerne i limiti e le potenzialità, interpretarne le traiettorie e finanche riflettere sulle possibili alternative, nel caso si ritenesse necessario apportarvi modifiche.

Ebbene, qualora volessimo per un attimo indulgere su questa via, e movessimo, un po' arditamente, alla ricerca dell'Hans Kelsen italiano, sarebbe assai difficile non citare Piero Calamandrei: nel senso che egli è stato, insieme a pochi altri (forse, l'unico nome che potremmo affiancargli è quello di Costantino Mortati), uno dei giuristi che più hanno inciso sulla formazione del sistema italiano di giustizia costituzionale. Questo almeno per due concomitanti ragioni.

Innanzitutto, egli è l'unico tra i giuristi che operarono nella fase fondativa ad essersi occupato della giustizia costituzionale in ben quattro diverse vesti, con una poliedricità di approcci, specchio

---

peraltro, non fu certamente insensibile ai suggerimenti di Hans Kelsen, il grande giurista autore della costituzione austriaca”.

<sup>9</sup> Tra l'altro, nessuna delle molte pubblicazioni realizzate dal Ministero per la Costituente era specificamente dedicata alla giustizia costituzionale. Mi pare che in sostanza i principali studi, in italiano, a disposizione dei costituenti fossero i volumi di M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Istituto giuridico, Torino, 1931; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Annali dell'Università, Camerino, 1934 e l'articolo di G. BARILE, *La Corte di giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Collana della ricostruzione, Terza serie (speciale), vol. XIX, fascicolo II, 1946, 291 ss. Quest'ultimo parrebbe la principale fonte di informazione sul diritto comparato, e in particolare sul modello austriaco: così S. BASILE, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze “tedesche”*, cit., 98 s. Tra l'altro è stato fatto rilevare che Giuseppe Barile era assistente di Perassi all'Università di Roma. E proprio Perassi sembrerebbe essere stato, sia nella Seconda Sottocommissione che nel Comitato di redazione, all'origine delle influenze kelseniane: C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, cit., 349.

<sup>10</sup> È quasi unanime la constatazione che i giuristi hanno esercitato una significativa influenza sulla scrittura della Costituzione italiana, benché variabile sulla base dei diversi settori: v. ad esempio E. CHELI, *I giuristi alla Costituente*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, VIII appendice, Roma, Istituto Enciclopedia Treccani, 2012, 583 ss.; P. CARETTI, D. SORACE, “*Tecnica*” e “*politica*” nel contributo dei giuristi al dibattito costituente, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I, cit., specie 30 ss.; R. BIN, *I giuristi tra Resistenza e Costituente*, in B. Pezzini, S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del paese*, Franco Angeli, Milano, 2016, 11 ss.; svolge un'analisi quantitativa e qualitativa F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla costituente. Una comparazione con il caso tedesco*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Giuffrè, Milano, 1999, 753 ss.

<sup>11</sup> Al punto che, recentemente, si è parlato di una giustizia costituzionale “Italian-style”: V. BARSOTTI, P. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 231 ss.

di una ineguagliata ricchezza e vastità di interessi, che ne fanno una figura unica, “leggendaria” è stato detto<sup>12</sup>, nel panorama giuridico italiano<sup>13</sup>.

In primo luogo, in quanto protagonista, fin dall’inizio, del processo costituente: Calamandrei ha fatto parte di tutte le istituzioni che hanno partecipato all’elaborazione della Costituzione italiana. Dopo aver contribuito al programma del Partito d’Azione per la Costituente, è stato componente della Consulta nazionale, della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato istituita nell’ambito delle attività del Ministero per la Costituente (c.d. “Commissione Forti”) e, infine, dell’Assemblea costituente (che, oltre alla Costituzione, ha approvato anche la legge cost. n. 1/1948, sulle vie d’accesso e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte)<sup>14</sup>. In particolare, è stato membro sia della Commissione dei Settantacinque (e in specie della Seconda sottocommissione, sull’organizzazione costituzionale dello Stato), che ha elaborato il primo progetto di Costituzione, sottoposto all’esame dell’Assemblea nel febbraio del 1947, sia del Comitato dei diciotto (o di redazione, o di coordinamento), che tanta importanza ha avuto nella formulazione del testo nelle diverse fasi<sup>15</sup>.

In secondo luogo, come parlamentare, eletto nella I legislatura repubblicana, nella quale furono adottate sia la legge cost. n. 1/1953 (che, tra l’altro, attribuisce alla Corte il controllo sull’ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo) che la legge ordinaria attuativa dell’art. 137 Cost., ovvero la legge n. 87/1953.

In terzo luogo, nella veste di studioso e docente universitario, processualcivilista inizialmente ma, nell’ultimo decennio della sua vita, eminentemente costituzionalista<sup>16</sup>, autore di molteplici pubblicazioni scientifiche e di articoli su quotidiani e riviste, oltre che animatore de “*Il Ponte*”, vero e proprio osservatorio delle vicissitudini dei primi anni della Repubblica<sup>17</sup>.

In quarto luogo, come avvocato – e che avvocato: presidente per dieci anni, dal 1946 al 1956, del Consiglio nazionale forense – direttamente impegnato nell’applicazione della Costituzione, di fronte

---

<sup>12</sup> G. ALPA, *Un atto di “fede nel diritto”*, in P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Laterza, Bari, 2008, 47.

<sup>13</sup> Le tante sensibilità diverse di Calamandrei – del giurista, dello storico, del politico, del letterato – sono messe in luce da tutti i principali contributi sulla sua figura, in particolare da quelli raccolti in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit. Per una efficace sintesi, E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 3/2015. Al “grafico dell’esistenza umana” di Calamandrei si riferisce E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, in M. Perini (a cura di), *L’Italia a 80 anni dalle leggi antebraiche e a 70 dalla Costituzione*, Pacini giuridica, Pisa, 191 ss.

<sup>14</sup> Su Calamandrei costituente, v. principalmente P. BARILE, *Piero Calamandrei all’Assemblea costituente*, cit., 333 ss.; P. CARETTI, *Piero Calamandrei e il problema della Costituente*, ivi, 357 ss.; P. BARILE, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica, Il Protagonisti e momenti del dibattito costituente*, Il Mulino, Bologna, 1980, 15 ss.; E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Laterza, Bari, 2007, 15 ss.

<sup>15</sup> Per un’analisi del ruolo svolto da tale Comitato sul tema qui in esame, incentrata però sul solo coordinamento finale, G. FONTANA, *Le garanzie costituzionali*, in A. Celotto (a cura di), *Il coordinamento della Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 265 ss.

<sup>16</sup> Calamandrei, ordinario di Procedura civile dal 1915, assunse nel 1944-45 l’incarico di Diritto costituzionale presso l’Università di Firenze: così F. LANCHESTER, *Vincitori e vinti: suggerimenti, veti e imposizioni degli alleati nel processo di ricostruzione della democrazia in Italia, Germania e Giappone*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 68; ID., *Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la scuola fiorentina*, in S. Merlini (a cura di), *Il potere e le libertà. Il percorso di un costituzionalista. Atti del convegno per il centenario della nascita di Paolo Barile*, Firenze University Press, Firenze, 123.

<sup>17</sup> Su Piero Calamandrei e *Il Ponte*, v. A. COLOMBO, *Alla testa del “Ponte”*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit., 513 ss.; M. ROSSI, *Il Ponte di Piero Calamandrei*, in E. Bindi, T. Groppi, G. Milani, A. Pisaneschi (a cura di), *Processo e democrazia. Le lezioni messicane di Piero Calamandrei*, Pacini giuridica, Pisa, 2019, 157 ss.



ai giudici comuni (basti ricordare la sua arringa in difesa di Danilo Dolci davanti al tribunale di Palermo, il 30 marzo 1956)<sup>18</sup> e alla Corte costituzionale, proprio nella prima udienza, il 23 aprile 1956, che portò alla storica sentenza n. 1/1956<sup>19</sup>. Soltanto la prematura scomparsa, pochi mesi più tardi, il 27 settembre 1956, gli ha impedito di contribuire ulteriormente, forse, chissà, anche nella veste di giudice costituzionale<sup>20</sup>.

Se la presenza attiva e costante di Piero Calamandrei nei momenti chiave della definizione del sistema italiano di giustizia costituzionale e del suo effettivo avvio può fornire una qualche base alla nostra audace affermazione, nella stessa direzione va l'analisi qualitativa, che ha portato Paolo Barile ad affermare che "nella formazione della Corte costituzionale è ben noto che l'azione di Calamandrei fu determinante"<sup>21</sup>. Pensiamo al suo unico intervento nell'ambito della Commissione Forti di cui ci resta traccia, l'8 gennaio 1946. Benché presente soltanto alla prima delle cinque sedute della Prima sottocommissione, Problemi costituzionali, alla quale era affidato il compito di istruire la questione delle garanzie costituzionali, è stato rilevato che egli contribuì ad orientarne la decisione<sup>22</sup>, in quanto sostenne l'opportunità di "affidare il potere di sindacato sulla costituzionalità delle leggi ad un solo organo, pur riservando ad ogni giudice la facoltà di devolvere le questioni che eventualmente potrebbero risorgere in proposito"<sup>23</sup>.

Tale controllo accentrato sarebbe andato ad affiancarsi a quello diffuso, svolto dal giudice, chiamato a decidere se applicare o meno la legge al caso concreto (controllo che Calamandrei definisce "molto semplice" e "già presentemente esercitato dal giudice ordinario" riguardo ai vizi

---

<sup>18</sup> P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, X, Roma Tre University Press, Roma, 2019, 555 ss.

<sup>19</sup> Su tale prima udienza v. L. CASINI, *La prima sentenza della Corte costituzionale. Le memorie processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 13 ss., secondo il quale Calamandrei non depositò memorie scritte ma intervenne soltanto oralmente. Tra gli avvocati delle parti (tra i quali comparivano i principi del foro e della scienza giuridica del tempo: Costantino Mortati, Francesco Mazzei, Massimo Severo Giannini, Vezio Crisafulli, Giuliano Vassalli, Achille Battaglia, Federico Comandini, oltre a Piero Calamandrei) ben tre divennero giudici della Corte costituzionale: Mortati (dal 1960 al 1972), Crisafulli (dal 1968 al 1977) e Vassalli (dal 1991 al 2000).

<sup>20</sup> P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 354, riferisce che Calamandrei, "invitato informalmente a farne parte, aveva declinato l'invito, 'perché il suo mestiere era quello dell'avvocato'". Il che parrebbe trovare conferma in quanto Calamandrei ebbe a dire nei dibattiti parlamentari che portarono alla legge n. 87/1953, quando si riferì alla Corte costituzionale come "una specie di Tibet": "Ora, io non so veramente se l'onorevole senatore Terracini abbia intenzione di andare a rinchiudersi in quella specie di monastero pacifico che sarà la Corte costituzionale...": Camera dei deputati, I legislatura, seduta pomeridiana del 28 novembre 1950, 24053.

<sup>21</sup> P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 350. L'influenza di Calamandrei è valorizzata anche da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 259 s., secondo il quale "il giudizio sulle leggi italiane ricalcò i punti fondamentali della sua [di Calamandrei] concezione della giustizia costituzionale, modellata sui canoni garantisti e normativistici della *Verfassungsgerichtbarkeit* kelseniana tipici dello Stato di diritto costituzionale liberal-democratico del primo dopo guerra".

<sup>22</sup> Che Calamandrei orienti la decisione della Commissione Forti, peraltro assai ambigua, è sostenuto da F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996, 17. Di avviso contrario è C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, cit., 341, che però si basa sul verbale di una seduta nella quale Calamandrei era assente (così alla nota 43). I verbali delle sedute della Commissione, pubblicati nel volume di G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, sono estremamente sintetici e lasciano un senso di insoddisfazione. Tra l'altro, in quello della prima seduta manca una pagina proprio relativa all'intervento di Calamandrei: *ivi*, 144.

<sup>23</sup> Peraltro, quando si svolse la seduta, l'8 gennaio 1946, si può supporre che avesse già circolato lo scritto di GIUSEPPE BARILE, *La Corte di giustizia costituzionale*, cit., che come abbiamo detto costituì la principale fonte di informazione sul diritto comparato nella fase costituente e che, anche se reca l'anno 1946, risulta pubblicato il 25 ottobre 1945. Nell'ambito della proposta per un modello accentrato di matrice austriaca l'autore indicava che "l'impugnazione di qualsiasi norma di legge competerà anche agli organi giudiziari ordinari. Il magistrato, infatti, quando riterrà che una norma da applicare a un caso singolo sia contraria alla Costituzione, sospenderà il processo e d'ufficio chiederà alla Corte costituzionale di pronunciarsi sulla validità della norma in oggetto": *ivi*, 290. Tale proposta non contiene invece alcun riferimento all'istanza di parte, che invece sarà esplicitata in Assemblea costituente proprio nel progetto di Calamandrei: *infra*, paragrafo 3.

del procedimento legislativo)<sup>24</sup>, che esercitò una certa attrattiva in tale fase, a partire dalla relazione introduttiva di Vincenzo Gueli<sup>25</sup>.

Oppure agli interventi tenuti come deputato nella I legislatura, nei quali Calamandrei si oppose alla proposta governativa di riservare tutti i giudici di elezione parlamentare alla maggioranza, una scelta che avrebbe snaturato l'essenza stessa della giustizia costituzionale e che fu alla fine rigettata<sup>26</sup>.

O al discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile svoltosi, per sua iniziativa, a Firenze nel 1950, congresso nel quale si posero le fondamenta di quello che, solo molti decenni dopo, sarà riconosciuto come "diritto processuale costituzionale"<sup>27</sup>.

Non in ultimo, è di Calamandrei la celebre immagine, che tanta fortuna ha avuto, del giudice che pronuncia l'ordinanza di rimessione come "portiere", che ha le chiavi del giudizio costituzionale<sup>28</sup>.

Ma anche quando le sue proposte non sono state accolte, esse hanno esercitato una significativa influenza, giungendo a volte a germogliare a decenni di distanza, come dimostra l'odierno dibattito sulla possibilità di utilizzare l'azione di accertamento ai fini dell'accesso alla Corte costituzionale, che riprende spunti avanzati da Calamandrei in alcuni scritti degli inizi degli anni Cinquanta e caduti per lungo tempo nell'oblio<sup>29</sup>.

Lo stesso si può dire di quello che forse è il suo contributo più noto, ovvero lo schema sulla giustizia costituzionale presentato nell'ambito della Commissione dei Settantacinque (più precisamente in seno alla Seconda sezione della Seconda sottocommissione)<sup>30</sup>.

Nonostante non sia stato seguito nei suoi elementi-chiave (*in primis* l'opzione per il controllo diffuso), esso ha però influito sulla scelta in favore dell'accesso incidentale<sup>31</sup> che, orientando il sistema verso un modello "collaborativo"<sup>32</sup>, ben può essere considerato il principale e più originale contributo italiano alla giustizia costituzionale a livello comparato<sup>33</sup>.

## 2. La giustizia costituzionale in Piero Calamandrei

---

<sup>24</sup> Commissione Forti, Prima sottocommissione, seduta dell'8 gennaio 1946, in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., 143.

<sup>25</sup> La Commissione Forti prese le mosse dal favore per il controllo diffuso, fin dalla relazione iniziale di Vincenzo Gueli, per poi approdare a un sistema accentrato: M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, cit., 99.

<sup>26</sup> P. CALAMANDREI, *Si mette in pericolo la costituzionalità della Corte costituzionale, discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 18 novembre 1950*, in *Opere giuridiche*, X, cit., 536 ss. Per un cenno al ruolo di Calamandrei nei lavori parlamentari sulla legge n. 87/1953, P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea costituente*, cit., 351. In generale, U. De SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, in P. Carnevale, C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettiva*, Giappichelli, Torino, 2008, 49 ss.

<sup>27</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia. Relazione inaugurale al Congresso internazionale di diritto processuale civile* (Firenze, 30 settembre, 3 ottobre 1950), ora in *Opere giuridiche*, I, RomaTre University Press, Roma, 2019, 563 ss.

<sup>28</sup> Per alcuni richiami ai diversi passaggi delle opere di Calamandrei dai quali si deduce tale definizione, A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, in *Giornata Lincea in ricordo di Piero Calamandrei*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1993, 52.

<sup>29</sup> Vedi *infra*, paragrafo 4.

<sup>30</sup> Lo schema di articolato riguardava anche il potere giudiziario: è soprattutto su questa parte del progetto di Calamandrei, che sarà in gran parte recepito nel testo della Costituzione, che si è soffermata l'attenzione dei commentatori: v. ad esempio A. BARBERA, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 129 ss.

<sup>31</sup> Vedi *infra*, paragrafo 3.

<sup>32</sup> Definisce il sistema italiano "terzo rispetto ai due grandi modelli di derivazione austriaca e statunitense", P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, in Id. (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995, 4.

<sup>33</sup> M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, 27 ss.

Se, dal punto di vista della giustizia costituzionale, è difficile negare (indipendentemente dalla valutazione che si voglia fare della sua “paternità”) l’influenza di Calamandrei sul formarsi del sistema italiano, spostando lo sguardo al complesso della sua opera questa tematica non sembra rivestire uno spazio significativo: si tratta di lavori numericamente limitati, soltanto una decina di titoli, a fronte delle molte centinaia comprese nella bibliografia calamandreiana<sup>34</sup>.

Guardando più da vicino tali pubblicazioni, però, e considerando, accanto alla produzione scientifica, l’attività complessiva di Calamandrei, appare invece evidente che la giustizia costituzionale rappresenta uno dei motivi dominanti della sua riflessione, anzi, diventa “il pallino” di Calamandrei negli ultimi dodici anni della sua vita, quelli che vanno dalla fine del regime fascista fino alla creazione della Corte costituzionale, al punto che non esiterà a definirla “la chiave di volta della Costituzione”<sup>35</sup>.

Con la Liberazione, si apre per lui una nuova stagione: a cinquantacinque anni, Calamandrei, fino ad allora eminentemente un “tecnico”, un giurista di primo piano, protagonista fin dalla gioventù di una folgorante carriera accademica, noto per la sua distanza dal regime e cionondimeno coinvolto nella redazione del codice di procedura civile proprio dal governo fascista<sup>36</sup>, “nasce” come intellettuale direttamente impegnato in politica e come scrittore politico<sup>37</sup>, in prima linea nella battaglia per il rinnovamento del paese<sup>38</sup>, vero e proprio cantore di quella Resistenza che solo tardivamente aveva scoperto, anche attraverso la partecipazione diretta e coraggiosa del figlio Franco, partigiano combattente<sup>39</sup>.

Se leggiamo congiuntamente tutti i suoi scritti, giuridici e politici, operazione non semplice considerata l’ampiezza dei temi e la numerosità degli interventi, risalta quel che molti studiosi hanno messo in evidenza, ovvero che, con la caduta del regime fascista, il Calamandrei politico e il Calamandrei giurista non sono più separabili, a tal punto che “il discorso che egli farà come giurista altro non è che la prosecuzione in concetti tecnici del discorso che fa come politico, così come i costrutti giuridici che andrà a presentare sono supporto scientifico delle sue tesi proposte come politico”<sup>40</sup>.

La nuova epoca si traduce, per il giurista Calamandrei, come ha evidenziato Norberto Bobbio, in un ripensamento “di tutti i dogmi tramandati nella scienza giuridica continentale”<sup>41</sup>, determinando

---

<sup>34</sup> A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, cit., 47.

<sup>35</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Il Ponte*, 1955, 1985 ss., ora in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., 606.

<sup>36</sup> In sintesi, R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Piero Calamandrei sul fascismo e la nascita della nuova democrazia repubblicana*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 27 ss. Al rapporto col fascismo e agli anni della “sfiduciata solitudine e angosciata inerzia” sono dedicate molte pagine della biografia di A. GALANTE GARRONE, *Calamandrei*, Garzanti, Milano, 1987, specie 93 ss.

<sup>37</sup> Così N. BOBBIO, *Introduzione*, in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, Firenze, 1966, I (dal significativo titolo “Storia di dodici anni”), XI. Precisa che “mai Calamandrei fu puramente e semplicemente un giurista”, M. CAPPELLETTI, *Presentazione*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, II, RomaTre University Press, Roma, 2019, V.

<sup>38</sup> Per A. PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit., 330 ss., la “diffusione della religione della legalità costituzionale” è l’attività che connota l’ultima fase della vita di Calamandrei.

<sup>39</sup> Su Calamandrei e la Resistenza, v. S. MERLINI, *Piero Calamandrei*, in *Lo Stato*, 2019, 411 ss., specie 446 ss. Di vero e proprio “processo palinogenetico” parla P. GROSSI, *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, 865 ss. Per comprendere meglio questa decisiva fase occorre immergersi nella vita di Calamandrei. Gli strumenti non mancano: P. CALAMANDREI, *Diario, 1939-1945*, 2 voll., Edizioni di storia e letteratura, Roma, 2015; Id., *Uomini e città della resistenza* (1955), Laterza, Bari, 2006; P. CALAMANDREI, F. CALAMANDREI, *Una famiglia in guerra. Lettere e scritti (1939-1956)*, Laterza, Bari, 2008.

<sup>40</sup> Come già messo in evidenza da M. S. GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, cit., 45 s., e di recente ribadito da E. BINDI, *Piero Calamandrei e le promesse della Costituente*, in B. Pezzini, S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza*, cit., 26.

<sup>41</sup> N. BOBBIO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, in *Studi senesi*, 1958, 25.

quella che viene definita come la “svolta sostanzialista”, nella quale la legalità, da sempre al centro del suo pensiero e della sua opera, si arricchisce di elementi sostanziali di giustizia politica e sociale<sup>42</sup>. Tale svolta è di solito ricondotta al corso universitario del 1944 dal titolo “Appunti sul concetto di legalità”<sup>43</sup>: a partire da questo momento, la legalità, per Calamandrei, “non è più un concetto neutro, utilizzabile da qualsiasi legislatore, è la *legalità costituzionale*”, come ha scritto Gustavo Zagrebelsky commentando un testo precedente, la conferenza tenuta agli studenti della FUCI nel 1940, soltanto recentemente pubblicata col titolo “Fede nel diritto”<sup>44</sup>.

L’attenzione alla giustizia costituzionale in questa fase non deve sorprendere, in quanto è proprio in essa che si sostanzia la “nuova legalità promessa dalla Costituzione”<sup>45</sup>, nell’ambito della quale egli non esita a riconoscere che “difesa dei diritti di libertà significa sopra tutto *difesa contro il potere legislativo*” (corsivo nell’originale)<sup>46</sup>. Infatti, è la giustizia costituzionale che è chiamata ad assicurare, come Calamandrei stesso ha più volte sottolineato, la rigidità della costituzione in tempi di normalità costituzionale, laddove essa è messa quotidianamente alla prova, tempi assai più rilevanti, per saggiarne le capacità di resistenza, di quelli rivoluzionari<sup>47</sup>. L’attenzione di Calamandrei per “gli organi imparziali di garanzia, che non derivino immediatamente i loro poteri da una diretta elezione popolare”, e in particolare per la loro componente tecnico-giuridica, attraversa tutta la sua attività di costituente, ma probabilmente trova la migliore espressione nel celebre intervento del 4 marzo 1947 in Assemblea plenaria. Rivolgendosi specialmente ai comunisti, egli sottolineò che alla base di tutte le sue proposte sugli organi di garanzia stava sempre la convinzione che, per scrivere una costituzione democratica, sia necessario uno “spirito di umiltà minoritaria”, nel senso che “sia più opportuno e prudente muovere dal punto di vista della minoranza...di quella che potrà essere domani la minoranza, in modo che le garanzie costituzionali siano studiate per difendere domani i diritti di questa minoranza. Il carattere essenziale della democrazia consiste non solo nel permettere che prevalga e si trasformi in legge la volontà della maggioranza, ma anche nel difendere i diritti delle minoranze, cioè dell’opposizione che si prepara a diventare legalmente maggioranza domani”<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> Sulla legalità come chiave per comprendere il messaggio e la personalità di Calamandrei, P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., 142 ss.

<sup>43</sup> P. GROSSI, *Stile fiorentino*, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Giuffrè, Milano, 1986, 161 ss.; P. BARILE, *Piero Calamandrei all’Assemblea costituente*, cit., 334; N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (a cura di) *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, 111 ss. Interessanti considerazioni su questa svolta, fondate su fonti archivistiche inedite, in B. MAZZOLAI, *Piero Calamandrei: dalla fede nel diritto alla fede nella Costituzione*, in F. Cortese (a cura di), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 91 ss.

<sup>44</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., 3 ss. che parla di un “rovesciamento”. Considera una evoluzione, piuttosto che un rovesciamento, la nuova attitudine di Calamandrei, M. CAPPELLETTI, *La “politica del diritto” di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, cit. 254.

<sup>45</sup> Con le parole di P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, cit., 564. Al riguardo, E. BINDI, *Interpretazione conforme e legalità costituzionale nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Studi senesi*, 2012, 163 ss.

<sup>46</sup> Così P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà*, pubblicato come introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà* (1926), nuova edizione, 1946, ora in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, cit., 208, che però in tale testo non si riferisce mai alla giustizia costituzionale, bensì indica come principale garanzia dei diritti una dichiarazione delle libertà democratiche internazionalmente garantita.

<sup>47</sup> Così Calamandrei, in AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 14 gennaio 1947, 2025.

<sup>48</sup> AC, 4 marzo 1947, III, 1743 ss., pubblicato come P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1947, ora in ID., *Opere giuridiche*, X, cit., 479 ss. Questa impostazione contribuisce a spiegare perché nella sua proposta sulla Corte costituzionale Calamandrei incluse il ricorso delle minoranze parlamentari e perché si oppose invece nettamente al ricorso del potere esecutivo: AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 22 gennaio 1947, VII, 2046.

Ha scritto Paolo Grossi, nella sua opera sulla genesi e la storia della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Firenze, dal titolo "Stile fiorentino", a proposito di Calamandrei: "Del resto, guardando a ritroso l'intera opera scientifica del nostro, crediamo che non sia temerario individuare il suo contributo più duraturo nella riflessione sul tema della legittimità costituzionale delle leggi, dove il processualista non era disgiungibile dal costituzionalista e dove convergevano felicemente l'esperienza dello scienziato e quella del costituente"<sup>49</sup>.

Tenuto conto di tutto ciò, stupisce che, con l'eccezione di un breve scritto di Alessandro Pizzorusso nel convegno sulla figura di Calamandrei organizzato nel 1993 dall'Accademia dei Lincei<sup>50</sup>, manchino studi che cerchino di ricostruire il contributo di Calamandrei alla complicata, confusa, o come è stato detto recentemente "incerta"<sup>51</sup>, genesi della giustizia costituzionale italiana, nel periodo 1946-1956.

Non intendo qui svolgere questo compito, che richiederebbe sia uno studio attento delle fonti storiografiche, sia uno sguardo complessivo sulla figura di Calamandrei: aspetti entrambi che esulano dalle mie competenze.

Vorrei soltanto richiamare due importanti contributi di Calamandrei sull'accesso alla giustizia costituzionale, un tema che è cruciale per definire l'intero modello, considerando che "l'iniziativa è, per così dire, un filtro, che colora di significato complessivo il sistema di controllo di costituzionalità delle legge"<sup>52</sup>.

Le porte strette dell'accesso al giudizio sulle leggi fanno parte della "parchitudine"<sup>53</sup> della giustizia costituzionale italiana, insieme all'oggetto circoscritto, alla ridotta tipologia di decisioni e, più in generale, alle competenze che si contano sulle dita di una mano. Nel panorama comparato, il sistema italiano rappresenta ormai un *unicum* proprio a tale riguardo. Infatti, l'unica via di accesso "generale", attraverso la quale qualsiasi parametro può essere invocato e qualsiasi fonte primaria impugnata, è quella incidentale<sup>54</sup>.

Nel trascorrere dei decenni, la valutazione che comunemente si è data e si dà dell'accesso incidentale, per come ha concretamente funzionato, è positiva e spesso finisce per coincidere con quella, altrettanto positiva, che circonda il ruolo svolto dalla Corte costituzionale italiana.

Le principali critiche hanno riguardato l'esistenza di "strette" ovvero di "zone d'ombra", cioè la difficoltà di rendere giustiziabili fonti primarie che, per ragioni diverse, possono sfuggire al sindacato promosso in via incidentale: le leggi di spesa, le leggi di organizzazione, le leggi-provvedimento, i decreti-legge, le norme penali di favore, le leggi di azione, le leggi autoapplicative nonché le leggi elettorali, sulle quali negli anni più recenti si è specialmente focalizzata l'attenzione. Anche in tale ambito, come per altri profili della "parchitudine", in assenza di interventi normativi, la Corte costituzionale ha progressivamente colmato le carenze più evidenti, sfruttando pienamente gli spazi

---

<sup>49</sup> P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, cit., 146.

<sup>50</sup> A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, cit. S. FOIS, *Calamandrei e i problemi della costituzione*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi per un grande maestro*, cit., 374, dà conto di una relazione sul valore normativo della Costituzione secondo Calamandrei tenuta da Gustavo Zagrebelsky nella Giornata di studio dedicata a Piero Calamandrei tenuta il 27 marzo 1987, che non risulta sia stata pubblicata. Nello stesso convegno, una comunicazione sulla giustizia costituzionale fu svolta da Annamaria Poggi, nemmeno questa pubblicata. I contributi generali su Calamandrei costituente dedicano di solito poche righe alla giustizia costituzionale, a volte senza nemmeno cogliere appieno la portata delle sue proposte: v. ad es. M. CAMELLI, *Piero Calamandrei*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 529 ss.,

<sup>51</sup> G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 151.

<sup>52</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 172.

<sup>53</sup> Così T. GROPPI, *La Corte e "la gente". Uno sguardo "dal basso" all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2019, 408 ss.

<sup>54</sup> È stato detto che "l'Italia è la patria del giudizio incidentale": M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, 2013, 115.

lasciati dalle regole sul processo costituzionale, spesso con soluzioni *ad hoc*, dettate “ai limitati fini” di superare le strettoie del giudizio incidentale. Così è accaduto, fin dai primi anni, per la nozione di giudice e di giudizio, mentre più complessa e oscillante è stata la lettura della rilevanza, rispetto alla quale, dopo una iniziale chiusura, solo nella fase più recente si è arrivati a un allargamento che ha implicato finanche una ridefinizione delle nozioni di incidentalità e di concretezza. Questa tendenza ha toccato l’apice con le sentt. n. 1/2014 e n. 35/2017, che, muovendosi in una logica che parte della dottrina ha ricondotto a uno “stato di eccezione o di necessità”<sup>55</sup>, hanno riconosciuto l’ammissibilità di questioni sollevate in sede di azione di accertamento, quantomeno per evitare una “zona franca” di fronte alla “legge elettorale politica”.

Tali decisioni hanno riaperto il dibattito, mai del tutto sopito, sulle vie di accesso alla Corte costituzionale, come dimostrano le centinaia di note a sentenza che le hanno accompagnate<sup>56</sup>. In questo quadro, mi pare che possa essere significativo tornare a rileggere alcuni contributi di Piero Calamandrei. In particolare, vorrei richiamarne due, che si collocano a dieci anni di distanza l’uno dall’altro, rispettivamente all’inizio e alla conclusione della genesi della giustizia costituzionale in Italia, situandosi prima e dopo la creazione della Corte costituzionale: lo schema presentato nel 1946 alla Seconda sottocommissione della Commissione dei Settantacinque dell’Assemblea costituente e l’ultimo grande intervento come studioso, l’articolo su “*Corte costituzionale e autorità giudiziaria*”, pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1956<sup>57</sup>.

Il primo contributo è assai noto, costituendo oggetto di almeno un rapido riferimento da parte di tutti coloro che si sono trovati ad occuparsi della genesi della Corte costituzionale. Il secondo ha acquistato una rinnovata visibilità, almeno tra i costituzionalisti, solo di recente, proprio a seguito delle sentenze citate, in quanto apre prospettive per una “manutenzione” (o finanche una “automanutenzione”)<sup>58</sup> della giustizia costituzionale, che eviti di mettere in moto faticose, e rischiose, revisioni costituzionali.

Credo infatti che da essi emergano elementi significativi non solo per delineare meglio la complessa figura di Calamandrei (in particolare quella “evoluzione nella continuità” che pare costituirne la caratteristica)<sup>59</sup> e per aprire una finestra sul suo effettivo contributo alla giustizia costituzionale italiana, ma anche per riflettere sulle prospettive che abbiamo di fronte.

### 3. In principio: il controllo in via incidentale nel progetto Calamandrei in Assemblea costituente

Piero Calamandrei fu uno dei tre componenti della Seconda sottocommissione della Commissione dei Settantacinque (con Giovanni Leone e Gennaro Patricolo) ai quali fu affidato il ruolo di relatori sui temi del “potere giudiziario e la Suprema Corte costituzionale”.

Le loro relazioni costituirono il punto di partenza per la discussione della Seconda sottocommissione, che produsse un articolato poi sottoposto alla Commissione dei Settantacinque, il cui progetto, profondamente rivisto dal Comitato di redazione (del quale non esistono verbali), fu

---

<sup>55</sup> G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n.1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2959 ss.

<sup>56</sup> G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018, 16, dà conto, riprendendo il dato dal sito della Corte costituzionale, di 150 commenti alla sent. n. 1/2014 e di 70 commenti alla sent. n. 35/2017.

<sup>57</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, 7 ss., ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, III, cit., 609 ss.

<sup>58</sup> Sull’ “automanutenzione” del sistema italiano di giustizia costituzionale, v. M. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2011, specie XXVII ss.

<sup>59</sup> In questo senso P. BORGNA, *La coerente incoerenza di Piero Calamandrei*, intervento nel convegno su “Piero Calamandrei dagli anni senesi all’entrata in vigore della costituzione”, Siena, 27 novembre 2019.

oggetto del dibattito e della votazione in Assemblea<sup>60</sup>. Un dibattito che, come è noto, finì in un nulla di fatto, il 2 dicembre 1947, con l'emendamento Arata, che introdusse il rinvio, nel primo comma dell'art.137, a una successiva legge (poi divenuta, per l'intervento del Comitato di redazione, legge costituzionale)<sup>61</sup>.

Fu solo attraverso una decisione dell'ultimo minuto, adottata dall'Assemblea costituente il 31 gennaio 1948 in modo rocambolesco e quasi casuale, che la via incidentale si è ritrovata ad essere l'unica via generale di accesso al giudizio sulle leggi. Si tratta di vicende che a tutt'oggi non risultano pienamente chiarite nemmeno attraverso la consultazione delle fonti archivistiche: pensiamo all'avventuroso viaggio di Mortati, relatore sul progetto di legge costituzionale, da Montecitorio a Palazzo Chigi per incontrare il Presidente del Consiglio De Gasperi, forse attraverso il tunnel che collega i due palazzi, e al mistero sull'autore delle note scritte a mano sul dattiloscritto originale della relazione che accompagna il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 28 gennaio del 1948, che segna la scomparsa del ricorso individuale diretto dalla legge costituzionale n. 1/1948<sup>62</sup>.

La proposta di Calamandrei si caratterizza per la complessità del meccanismo di controllo e la pluralità delle vie di accesso<sup>63</sup>.

Egli prevede sia un "controllo sulla costituzionalità delle leggi in via incidentale e con efficacia limitata al caso deciso", che "spetta ai giudici ordinari e in ultima istanza alla prima sezione della Suprema Corte costituzionale", sia un controllo "in via principale e con efficacia generale e astratta", che "spetta soltanto alla Suprema Corte costituzionale a sezioni unite" (articolo 27).

Il sindacato incidentale, con effetti *inter partes* delle decisioni di incostituzionalità, è da rendersi o attraverso il sistema diffuso (da parte del "giudice di qualunque grado", che può risolvere la questione della "incostituzionalità della legge da applicare al caso controverso", sollevata dalle parti, dal pubblico ministero o d'ufficio, "se la ritiene rilevante per la causa da decidere"), oppure per mezzo del ricorso, previa sospensione del giudizio *a quo*, alla prima sezione della Suprema Corte costituzionale, su iniziativa della parte che ha sollevato la questione, entro un termine fissato dal giudice (art. 28). La scelta tra tali due opzioni (pronuncia sulla costituzionalità della legge oppure sospensione del giudizio per consentire, eventualmente, che sia sottoposta alla Suprema Corte

---

<sup>60</sup> L'art. 128 del progetto approvato dalla Commissione dei Settantacinque prevedeva che "Quando, nel corso di un giudizio, la questione d'incostituzionalità di una norma legislativa è rilevata d'ufficio o quando è eccepita dalle parti, ed il giudice non la ritiene manifestamente infondata, la questione è rimessa per la decisione alla Corte costituzionale. La dichiarazione d'incostituzionalità può essere promossa in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente ed organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale. Se la Corte, nell'uno o nell'altro caso, dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali". Tra le modifiche apportate dal Comitato di redazione al testo approvato dalla Seconda Sottocommissione, risalta specialmente la trasformazione del ricorso diretto di "chiunque" in quello di "diecimila elettori". Vedi il quadro di raffronto in M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, seconda edizione, Cedam, Padova, 1960, 112 ss.

<sup>61</sup> Su questa modifica, voluta fortemente da Aldo Moro, G. FONTANA, *Le garanzie costituzionali*, cit., 284 s.

<sup>62</sup> Così P. PASQUINO, *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, specie 312-313, che dà conto della sua ricerca presso l'Archivio storico della Camera dei deputati e E. LAMARQUE, *Direct Constitutional Complaint and Italian Style Do Not Match. Why Is That?*, in V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini (a cura di), *Dialogues on Constitutional Justice. Comparative Reflections on the Italian Style*, Routledge, New York, 2020, 143, che fa riferimento ad ulteriori dettagli riferiti oralmente da Pasquino. In particolare, scompare in tal modo dal disegno di legge costituzionale il ricorso diretto del cittadino leso in un suo diritto da una legge ritenuta incostituzionale, che, già proposto da Mortati in Assemblea, era incluso nel progetto del Comitato di redazione.

<sup>63</sup> Segretariato generale della Camera dei deputati, *Atti della Commissione per la Costituzione*, s.d., 200 ss., in particolare 204 ss.

costituzionale) appare rimessa alla discrezionalità del giudice, come egli precisa illustrando la proposta<sup>64</sup>.

La prima sezione della Suprema Corte costituzionale può decidere anche “in via di impugnazione contro le sentenze di primo o secondo grado che abbiano deciso incidentalmente una questione di incostituzionalità”, su iniziativa delle parti o del pubblico ministero. Anche in tale ipotesi gli effetti sono *inter partes*: la prima sezione si “pronuncia con efficacia limitata alla causa decisa, annullando se del caso la sentenza impugnata e rimandando al giudice ordinario la prosecuzione del giudizio” (art. 29). In entrambi i casi la decisione d’incostituzionalità deve essere comunicata agli organi del potere esecutivo e legislativo, “affinché sia considerata l’opportunità di prender l’iniziativa per l’abrogazione e la modificazione legislativa della legge dichiarata incostituzionale” (art.30).

Il sindacato principale, volto a sottoporre alle sezioni unite della Suprema Corte costituzionale le leggi entrate in vigore da non più di tre anni, può essere promosso o da un “procuratore generale commissario della giustizia” (“su richiesta di almeno cinquanta componenti di una delle due Camere legislative, o in seguito a decisione di incostituzionalità pronunciata in via incidentale dalla prima sezione della stessa Corte”), oppure da “ogni elettore, nei limiti e colle cautele che saranno stabilite dalla legge” (art. 31), formulazione che lascia aperta la possibilità sia di un ricorso individuale a seguito della lesione di un diritto sia dell’*actio popularis*<sup>65</sup>. Alquanto problematici si presentano gli effetti della eventuale decisione di incostituzionalità resa in via principale: essa “ha efficacia meramente dichiarativa della incostituzionalità della legge, ma non può abrogarne né sospenderne l’efficacia” (art. 32) ed appare finalizzata soltanto ad aprire un procedimento legislativo alquanto macchinoso per l’abrogazione della legge oppure per la revisione della Costituzione (art. 33): in sostanza, si trattava di dare l’ultima parola all’organo rappresentativo della volontà popolare, attraverso previsioni nelle quali risuonavano all’epoca significative influenze della visione kelseniana della gerarchia delle norme giuridiche e che oggi ci ricordano i c.d. “*weak systems of judicial review*”, caratteristici di alcuni ordinamenti di matrice anglosassone<sup>66</sup>.

Limitatamente alla questione delle vie d’accesso, la specificità dell’apporto di Calamandrei è il riferimento al controllo diffuso, che compare soltanto nella sua proposta e che appare in piena continuità con l’attenzione per lo spazio interpretativo e per l’indipendenza del giudice che caratterizza le norme sul potere giudiziario, contenute nella prima parte della medesima (artt. 1-26)<sup>67</sup>. Che, a suo avviso, la possibilità di disapplicare le leggi rientrasse nella naturale competenza del giudice ad interpretare la norma da applicare al caso concreto emerge dall’affermazione secondo la quale, se si volesse escludere il sindacato diffuso “si dovrebbe aggiungere una disposizione che vietasse ai giudici di esaminare la costituzionalità delle leggi, ciò che non gioverebbe certo ad elevare il prestigio della Magistratura”<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Secondo il resoconto sommario della seduta del 15 gennaio 1947 Calamandrei rileva che, qualora in un giudizio sia sollevata eccezione di incostituzionalità della legge da applicare, “due possono essere le soluzioni: o stabilire che il giudice ha la facoltà di applicare o no applicare la legge, a seconda che la ritenga, o no, costituzionale; ovvero stabilire che il giudice deve sospendere la definizione della questione, rinviando la risoluzione del problema della costituzionalità della legge all’organo competente a decidere. Un sistema intermedio, che è quello da lui proposto, consiste nel lasciare al giudice di stabilire, caso per caso, se preferisca di decidere la questione o ritenga invece opportuno di farla decidere dall’organo competente”: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030.

<sup>65</sup> M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, 120 e 136.

<sup>66</sup> Sui quali rinvio a T. GROPPi, *Menopaggio*, Il Mulino, Bologna, 2020, 270 ss.

<sup>67</sup> Evidenzia questo collegamento specialmente F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, 96.

<sup>68</sup> AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 14 gennaio 1947, VII, 2028. Questo aspetto dell’approccio di Calamandrei è messo in luce da F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., 228 ss., che valorizza pienamente la specificità della sua proposta: *ivi*, 237 ss.



Se il sindacato diffuso può apparire in continuità con la disapplicazione dei regolamenti illegittimi da parte dei giudici, già nota nell'ordinamento statutario, come Calamandrei stesso ad un certo punto accennò a difesa del suo progetto<sup>69</sup>, tuttavia non ci sembra eccessivo metterlo in relazione con l'atteggiamento che egli andava maturando fin dal 1944 riguardo alla "legge ingiusta", che il giudice avrebbe dovuto disapplicare, e che giunse a maturazione proprio in quegli stessi mesi del 1946 nei quali era impegnato nella Seconda sottocommissione, con il celebre editoriale su *Il Ponte* a commento della sentenza di Norimberga, dal titolo "*Le leggi di Antigone*"<sup>70</sup>.

Intervenendo ad illustrare il progetto in Sottocommissione (la proposta Calamandrei, a differenza di quelle di Leone e Patricolo non è accompagnata da una relazione scritta e siamo costretti ad avvalerci dei resoconti sommari delle sedute, che generano nel lettore un senso di frustrazione, in quanto non consentono di cogliere appieno le sfumature del linguaggio, appiattendolo su un tono esclusivamente tecnicistico, senz'altro estraneo a quell'oratore brillante che sempre fu Calamandrei), egli motiva la preferenza per il "controllo in via incidentale che appartiene a tutti i giudici" (l'espressione "diffuso" non compare nei lavori) attraverso continui e frequenti richiami al sistema statunitense, l'unico modello straniero che cita, che gli appare come un riferimento sicuro per la plurisecolare e consolidata tradizione<sup>71</sup>. Né lo spaventa la possibile difformità dei giudicati, che costituisce obiezione ricorrente al sistema diffuso: egli la liquida considerandola "un fenomeno che si è sempre verificato ed è derivante dalla facoltà di interpretazione data al giudice"<sup>72</sup>. Rispetto a questa prospettiva, l'impugnazione generale e astratta, che pure il suo schema prevede, ivi compreso il ricorso individuale diretto spettante "a ogni elettore", pare costituire, come egli stesso ebbe a dire, un "completamento"<sup>73</sup>, non sprovvisto di problematicità, al punto che, a seguito delle critiche ricevute, è disposto a rinunciarci in favore di un ricorso in via principale proposto da un organo pubblico<sup>74</sup>.

Nel complesso, Calamandrei si mostra consapevole della delicatezza del controllo di costituzionalità, "specialmente di fronte a una costituzione come quella allo studio, in cui molti articoli sono non vere e proprie norme giuridiche, ma direttive politiche proiettate verso l'avvenire", come ebbe a dire nei giorni del gennaio del 1947, quando in Sottocommissione si definirono le norme sulla Corte costituzionale. In particolare, non gli sfuggiva la tensione tra carattere giurisdizionale e carattere politico della giustizia costituzionale. Anche quanto alle vie di accesso, la sua proposta (che univa a un sindacato incidentale con effetti *inter partes* un sindacato principale che non conduceva all'annullamento) può essere letta nell'ambito del tentativo di "smorzare questa eccessiva ingerenza politica del giudice, che potrebbe trasformare anche la democrazia italiana in governo dei giudici, come quello degli Stati Uniti d'America"<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> A tale disapplicazione Calamandrei si riferisce esplicitamente cercando di difendere la sua proposta dagli attacchi del comunista Laconi: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030.

<sup>70</sup> P. CALAMANDREI, *Le leggi di Antigone*, in *Il Ponte*, 1946, ora in ID., *Costituzione e leggi di Antigone*, La Nuova Italia, Firenze, 1996, 17 ss., su cui E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, cit., 223 ss.

<sup>71</sup> Calamandrei fa anche un veloce cenno, accanto agli Stati Uniti, all'Argentina: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030. Nel senso che "Calamandrei finì per ispirarsi al modello statunitense", E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, cit., 21.

<sup>72</sup> AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2030.

<sup>73</sup> Così l'intervento in AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 14 gennaio 1947, VII, 2028. Inespiegabilmente S. RODOTÀ. *Piero Calamandrei*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Enciclopedia italiana, Roma, 1973, 16, ora in *Treccani, Enciclopedia delle Scienze sociali*, ([http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia\\_delle\\_scienze\\_sociali](http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia_delle_scienze_sociali)), si riferisce alla "sua opposizione a norme che prevedessero la possibilità di un ricorso diretto dei cittadini alla Corte".

<sup>74</sup> AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2035, dove sottolinea che potrebbe "essere pericoloso lasciare aperta la via dell'azione a ogni singolo elettore".

<sup>75</sup> Il resoconto sommario della seduta del 14 gennaio 1947, dal quale sono tratti i brani riportati nel testo, riporta che, secondo Calamandrei, egli "aveva ritenuto di poter attenuare questo pericolo [del governo dei giudici] affidando il

Tuttavia, fin dal primo giorno di dibattito nella Seconda sezione della Seconda sottocommissione apparve evidente che lo spazio per il sistema diffuso era inesistente: la discussione si orientò rapidamente verso un sistema di tipo esclusivamente accentrato, sia pure con accesso anche incidentale<sup>76</sup>, secondo quanto previsto dalla proposta di Leone<sup>77</sup>. Restava però da precisare il ruolo del giudice *a quo*: specie nell'intervento di Laconi, assai critico verso il progetto di Calamandrei, si prospettò che al giudice spettasse decidere sull'eccezione qualora intendesse respingerla, mentre se avesse ritenuto di accoglierla avrebbe dovuto rimandarla alla Corte suprema costituzionale<sup>78</sup>. È in questo snodo che interviene Calamandrei, con una precisazione successivamente fatta propria da altri, tra cui Leone: egli afferma che la proposta di un accesso incidentale indiretto può essere accettabile soltanto se si concordi che "tutte le volte in cui davanti al giudice ordinario venga sollevata una eccezione di incostituzionalità, il giudice dovrà sospendere il processo e rinviare la decisione alla Corte suprema, a meno che non gli risulti *prima facie* evidente che l'eccezione è infondata"<sup>79</sup>. Infatti, "non si può lasciare al giudice la possibilità di decidere negativamente e non quella di decidere positivamente": in altri termini, una volta che si sia rifiutata la sua proposta in favore di un controllo diffuso, Calamandrei ritiene che il giudice non possa ostacolare la rimessione della questione a quello che diventa il suo giudice naturale, la Corte costituzionale, essendo *obbligato* a sollevarla, con la sola eccezione dei casi in cui risulti *ictu oculi* manifestamente infondata<sup>80</sup>.

A questo punto, quindi ad uno stadio ancora iniziale dei lavori, il contributo di Calamandrei costituente al tema della giustizia costituzionale si arresta: se è vero che di fronte all'Assemblea plenaria assumono uno spazio maggiore i politici, mentre i giuristi si ritirano nelle seconde file (e ciò vale ancor più per quelli che sono esponenti di piccoli, o piccolissimi partiti, come il Partito d'azione), la "scomparsa" di Calamandrei sulla giustizia costituzionale resta comunque sorprendente, considerando che egli mantiene un notevole attivismo su altre tematiche, come la questione dei

---

controllo in via incidentale, in occasione dei singoli giudizi, al magistrato, il quale non dovrebbe fare altro che sospendere o disapplicare la legge ritenuta incostituzionale, senza che questo costituisse un giudizio di carattere generale e astratto sulla validità o incostituzionalità della legge, ed affidando invece questo giudizio alla Corte di garanzia costituzionale": AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 14 gennaio 1947, VII, 2026. Egli sottolineò che la composizione della Corte, che "equilibrava i due elementi, scegliendoli per metà tra i magistrati, per metà fra uomini politici (si veda l'art. 34 della proposta), andava nella stessa direzione. Su tale profilo, v. P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori della Costituzione*, in Id. (a cura), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 7.

<sup>76</sup> Che una Corte costituzionale avesse da esserci era a quel punto assodato, in quanto già ne aveva trattato la Seconda Sottocommissione nelle sedute del 30 novembre e del 3 dicembre 1946, nell'ambito del rapporto Stato-regioni, ed era già stato delineato a tal fine un sindacato accentrato con accesso principale: AC, VII, 1422 ss. e 1427 ss.

<sup>77</sup> Costantino Mortati, in uno dei primi articoli sulla nuova istituzione, ebbe a dire che l'introduzione di un sistema analogo a quello americano "non venne neanche in discussione": C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità* (1949), in Id., *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, 682. Come è noto Einaudi riprese la proposta nella Commissione dei Settantacinque, il 1° febbraio 1947, quando ormai ben poco spazio residuava per modifiche di tale portata al progetto: AC, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 1° febbraio 1947, VI, 199 ss.

<sup>78</sup> AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2034.

<sup>79</sup> AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 15 gennaio 1947, VII, 2036.

<sup>80</sup> Questa posizione è espressa anche in scritti successivi: si veda ad esempio P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di «manifesta infondatezza»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, 154 ss., ora in *Opere giuridiche*, III, cit., 668 ss., ove si critica l'ordinanza con la quale la Corte di cassazione aveva considerato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, rifiutandosi di sottoporla alla Corte costituzionale. Calamandrei giunge anche a prefigurare la possibilità, per la Corte costituzionale, di promuovere di fronte a se stessa un conflitto tra poteri dello Stato, in casi estremi nei quali i giudici, e in particolare la Corte di cassazione, si rifiutassero sistematicamente di sollevare le questioni: P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, 44 ss.

diritti sociali e delle norme programmatiche, alla quale dedica il suo famoso intervento nella discussione generale<sup>81</sup>.

Alcuni autori hanno azzardato spiegazioni, nessuna delle quali peraltro pienamente soddisfacente. Così, c'è chi ha messo in luce il legame tra sistema diffuso e preferenza per una costituzione breve, sprovvista di norme programmatiche e di principio, per cui l'abbandono da parte dei costituenti di quest'ultima opzione determinerebbe anche la smobilitazione di Calamandrei sul tema della giustizia costituzionale<sup>82</sup>. Oppure chi ha sottolineato, muovendosi su una linea analoga, che il disegno di Calamandrei in tema di giustizia costituzionale va letto congiuntamente all'idea per cui la disapplicazione giudiziaria dovesse colpire, più che altro, casi di illegittimità formale delle leggi, il che giustificerebbe il suo progressivo disinteresse per il tema via via che ci si sposta verso una illegittimità sostanziale<sup>83</sup>.

È pertanto sulla base dello schema presentato nella Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione e dei suoi interventi in tale sede che sono andate maturando le valutazioni sull'apporto di Calamandrei, che sono riconducibili a due principali prospettive.

Da un lato, si mette in luce l'eclittismo che caratterizza la proposta di Calamandrei, nel tentativo, non riuscito, di far convivere due modelli, quello statunitense, centrato sulla supremazia della costituzione, e quello europeo, basato sulla sovranità della legge: è stato detto che "il progetto, lungi dal presentarsi come un insieme organico e ben ordinato di principi, lasciava trasparire in ogni sua parte una tale varietà di ispirazioni che, anziché sistema di giustizia costituzionale, potrebbe piuttosto dirsi una raccolta frammentaria e disarticolata di più sottosistemi tra loro scarsamente compatibili"<sup>84</sup>.

Dall'altro, si evidenzia l'apporto di Calamandrei a un sistema in cui si realizza la commistione del modello kelseniano e di quello statunitense, che trova il suo perno nella nozione di pregiudizialità, nella quale si sintetizza il carattere concreto del giudizio incidentale svolto dalla Corte costituzionale<sup>85</sup>.

Nel continuo movimento del pendolo tra funzione giurisdizionale e funzione politica della giustizia costituzionale, Calamandrei costituente spingerebbe verso la natura giurisdizionale, contribuendo ad informare le funzioni della Corte ai principi della giurisdizione<sup>86</sup>, spesso in contraddizione con lo studioso Calamandrei, che nelle sue pubblicazioni preferiva riferirsi al giudice

---

<sup>81</sup> AC, 4 marzo 1947, III, 1743 ss., pubblicato come P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1947, ora in Id., *Opere giuridiche*, X, cit., 479 ss. Sulle posizioni di Calamandrei in Assemblea plenaria, P. BARILE, *La nascita della costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, cit., 15 ss.; E. BINDI, *Calamandrei e lo Stato sociale in Italia: il periodo costituente*, in *Il Ponte*, 2013, fascicoli 11-12, 92 ss.

<sup>82</sup> Così C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 132. Questo legame è sottolineato da G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi*, cit., 84 ss. e soprattutto 97-98.

<sup>83</sup> Così G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., 157.

<sup>84</sup> C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 112. Definisce "ingenerosa" questa conclusione, evidenziando invece la capacità della proposta di Calamandrei di conciliare in unico sistema la tutela degli *iura* e della *lex*, M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, cit., 117 s.

<sup>85</sup> In questo senso, E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali*, cit., 21. A. PIZZORUSSO, *Calamandrei e la giustizia costituzionale*, cit., 48 sottolinea che la nozione di pregiudizialità è stata approfondita particolarmente da un allievo di Calamandrei: M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1957. Tuttavia, sarà proprio lo stesso Calamandrei a esprimere perplessità su "questa associazione forzata tra il processo e il sindacato costituzionale" che caratterizza il giudizio incidentale in un sistema accentrato: P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 345. Nello stesso testo, poco più avanti, egli sembra riferirsi alla sua proposta in Assemblea costituente come a un tentativo "per tenere distinti il sindacato incidentale (di tipo americano) dal sindacato principale (di tipo austriaco), e per regolarli in maniera coerente": *ivi*, 376.

<sup>86</sup> C. MORTATI, *Presentazione*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, cit., XV.

costituzionale riconducendolo nella sfera del legislatore negativo kelseniano ed evidenziando la politicità del controllo di costituzionalità<sup>87</sup>.

Rispetto a tali valutazioni, soffermarsi sulle posizioni di Calamandrei attraverso il “filtro” dell’accesso alla giustizia costituzionale ci permette di fare un passo in più.

Dalla sua proposta e dai suoi interventi nella fase costituente emerge infatti l’opzione per un sistema che permetta, sempre e comunque, alle questioni di essere decise dall’organo cui spetta pronunciarsi sulla incostituzionalità: ogni giudice nel sistema diffuso, che gli appare preferibile, oppure, se la scelta ha da essere per un sistema accentrato con accesso incidentale, la Corte costituzionale, dovendo in tal caso il sindacato del giudice comune limitarsi a una semplice deliberazione.

Nessuna contraddizione, né, come invece è stato detto, un “rapido cedimento” che proverebbe che il sindacato diffuso fosse per Calamandrei un’ipotesi di facciata, priva di solide radici, secondo la lettura di Carlo Mezzanotte<sup>88</sup>. Né tantomeno un Calamandrei preoccupato unicamente della coerenza dell’ordinamento e in definitiva incapace, al pari degli altri costituenti, di collegare giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali, come sostenuto da Maurizio Fioravanti<sup>89</sup>.

Anzi. A quanto risulta dal resoconto sommario, la sola fonte di cui disponiamo, egli è l’unico componente della Seconda Sottocommissione a preoccuparsi delle situazioni soggettive e a portare esempi concreti. Così, per sostenere la necessità di affidare alla Corte costituzionale anche il controllo sui regolamenti, “fa l’ipotesi del cittadino al quale venga negata, ingiustamente, l’autorizzazione a pubblicare un giornale e di cui non siano accolti il ricorso al prefetto e al Consiglio di Stato. In questo caso l’atto amministrativo ha violato un diritto garantito dalla Costituzione, onde si può ricorrere alla Corte costituzionale”<sup>90</sup>.

Sottostante alle posizioni di Calamandrei è infatti sempre una medesima *ratio*, riassumibile in uno sguardo “dal basso” sulla giustizia costituzionale, ossia in un favor per una garanzia *effettiva*, che consenta ad un tempo la massima diffusione dei valori costituzionali<sup>91</sup> e la massima tutela delle posizioni soggettive<sup>92</sup>, rispondente, alla visione del processo come “studio dell’uomo” che accompagna tutta la sua opera<sup>93</sup> e che probabilmente può essere pienamente compresa soltanto se si tiene conto anche della sua attività di avvocato, abituato sempre “a partire da casi concreti per risolvere problemi concreti”<sup>94</sup>.

Tutela della legalità costituzionale e piena azionabilità dei diritti individuali, lungi dall’essere in contraddizione, sono i poli verso cui convergono le sue proposte, in un orizzonte che, anche a

---

<sup>87</sup> M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 187 ss.

<sup>88</sup> C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 132. Al contrario, il controllo diffuso è considerato come l’aspetto centrale della proposta di Calamandrei da M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 105.

<sup>89</sup> Così M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., 100 ss., che legge nella proposta Calamandrei una riprova del suo “positivismo critico”, che sarebbe in linea con l’impostazione dei costituenti, che non collegarono mai, a suo avviso, la giustizia costituzionale con la tutela dei diritti fondamentali.

<sup>90</sup> AC, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 23 gennaio 1947, VII, 2052.

<sup>91</sup> Con le parole di E. BINDI, *Interpretazione conforme e legalità costituzionale*, cit., 5 dell’estratto. In questo senso può essere letto anche il favore di Calamandrei per il sindacato da parte della Corte costituzionale sugli atti amministrativi in violazione dei diritti fondamentali: AC, Seconda sottocommissione, Seconda sezione, 23 gennaio 1947, VII, 2052.

<sup>92</sup> L’attenzione di Calamandrei per le parti, che lo porta a configurare l’eccezione del singolo come un suo diritto, è evidenziata da M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 100.

<sup>93</sup> Su questa visione del processo in Calamandrei, M. CAPPELLETTI, *Presentazione*, cit., XIII. Sull’attenzione di

<sup>94</sup> Particolarmente ricca al riguardo è la testimonianza di Alberto Predieri, riportata da G. MORBIDELLI, *Piero Calamandrei e i suoi allievi: di alcuni ricordi e di alcuni insegnamenti di Piero Calamandrei tramandati da Alberto Predieri*, in S. Merlini, (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, cit., 13.

seguito dell'esperienza storica dei totalitarismi, è caratteristico dello Stato costituzionale del Secondo dopoguerra<sup>95</sup>.

Semplicemente, per Calamandrei, tale attitudine si declina diversamente nei diversi sistemi di giustizia costituzionale, che gli appaiono come meri *strumenti*, sprovvisti di valore intrinseco, conformemente alla sua visione pragmatica del diritto, che lo ha portato fin dai primi anni a mettere al centro del suo programma scientifico la necessità di "spiegare qual è la funzione utile del diritto nella società", senza mai ritenere che "le teorie abbiano un valore per sé"<sup>96</sup>: legalità costituzionale e tutela dei diritti lo conducono di volta in volta a privilegiare il controllo diffuso; nel controllo concreto accentrato, a richiedere al giudice di sollevare la questione di costituzionalità in presenza di un semplice dubbio; ad affiancare al controllo concreto quello astratto, anche nella forma del ricorso individuale diretto o dell'*actio popularis*; e persino a sollecitare e invocare la *fictio litis*, come dimostreranno sempre più chiaramente gli interventi degli anni successivi.

#### 4. Dieci anni dopo: la tutela "imperfetta e lacunosa" del cittadino contro l'illegittimità costituzionale

L'attenzione di Calamandrei per una legalità, e una giustizia, costituzionale al servizio dell'uomo emerge ancor più in alcuni contributi degli anni Cinquanta, scritti a scelte ormai compiute, quando cioè l'accesso incidentale costituiva già l'unica possibilità per ricorrere alla Corte a tutela dei diritti, nei quali egli mette in evidenza l'*anomalia* del sistema italiano di giustizia costituzionale<sup>97</sup>.

Sono gli anni in cui, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si apre per Calamandrei una nuova sfida: la battaglia per l'attuazione dei nuovi istituti e per la diffusione della nuova legalità costituzionale<sup>98</sup>, contro quello che egli stesso ha definito, con un'espressione fortunata, l'"ostruzionismo di maggioranza".

Non solo il legislatore è inerte, ma anche i giudici mostrano tutta la loro ostilità al sindacato di costituzionalità, rifiutandosi prima della creazione della Corte di disapplicare le norme incostituzionali sulla base dei poteri loro riconosciuti dalla VII disposizione transitoria e finale e successivamente di sollevare le questioni di legittimità costituzionale<sup>99</sup>, con un atteggiamento che durerà ancora per molto tempo, finché non sarà spazzato via dal ricambio generazionale della magistratura<sup>100</sup>.

E' in tale contesto che risaltano, agli occhi di Calamandrei, tutti i limiti di un sistema di giustizia costituzionale nel quale l'unica possibilità offerta al singolo cittadino, di fronte a una legge che ritiene viziata di illegittimità costituzionale, per sottoporla alla Corte, è quella di "disobbedire": per ottenere una decisione della Corte costituzionale, l'unica che può trasformare il soggettivo dubitare

---

<sup>95</sup> Così M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, cit., 89.

<sup>96</sup> S. RODOTÀ, *Piero Calamandrei*, cit.

<sup>97</sup> Utilizzo la parola "anomalia" nel senso in cui, proprio in riferimento all'accesso al giudizio di costituzionalità, l'ha impiegata Hannah Arendt, in diversi scritti sulla disobbedienza civile risalenti all'inizio degli anni Settanta, oggi raccolti in H. ARENDT, *Disobbedienza civile*, Milano, 2017, 4.

<sup>98</sup> E. BINDI, *Interpretazione conforme e legalità costituzionale nel pensiero di Piero Calamandrei*, cit., 14 dell'estratto.

<sup>99</sup> Sul ruolo della magistratura in questo ostruzionismo si sofferma in P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.Vv., *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955, ora in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., 546 ss., ove presenta un vero e proprio catalogo delle "inadempienze nel campo dei diritti di libertà" e successivamente, 553 sss., in quello dei diritti politici.

<sup>100</sup> Per una sintesi di queste note vicende, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2012, specie 45 ss.

in certezza, occorre “sfidare” la legge, violandola, in modo da instaurare un giudizio e colà presentare l’eccezione di incostituzionalità<sup>101</sup>.

Un’anomalia che Calamandrei aveva intuito fin dallo studio del 1950 su *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*<sup>102</sup>, approfondendo poi tale aspetto nell’articolo del 1956 dal titolo *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*. Sorprendentemente, con la sola eccezione del volume del 1955 del suo allievo Mauro Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*<sup>103</sup>, che la riprende e la sviluppa, questa intuizione è stata lasciata cadere per decenni dalla dottrina, che al massimo si è soffermata sulla problematica delle leggi autoapplicative, che incidono direttamente sulle posizioni giuridiche dei cittadini senza la necessaria intermediazione di atti applicativi.

In particolare, già nel 1950 Calamandrei<sup>104</sup> ha messo in luce il carattere *imperfetto e lacunoso* di un sistema di giustizia costituzionale nel quale per arrivare a ottenere la dichiarazione di incostituzionalità di una legge “bisogna avere il coraggio di violarla”, bisogna cioè che il singolo “sfidi il rischio della sanzioni individuali che la violazione di quella legge comporta”<sup>105</sup>.

Per porre poi, con una forza e chiarezza che sarebbe vano cercare negli autori successivi, la questione: “di fronte a una legge viziata di illegittimità costituzionale, che cosa può fare per arrivare a farla dichiarare inefficace dalla Corte costituzionale, il singolo cittadino?”<sup>106</sup>.

La risposta è che occorre un esercizio del “diritto individuale di resistenza”: nella consapevolezza che “il resistere deliberatamente alla legge nell’opinione che essa sia costituzionalmente illegittima esporrà sempre il resistente al pericolo di sentirsi dire dal giudice che la sua opinione è sbagliata, e di dover subire di conseguenza la sanzione della violazione”<sup>107</sup>. In sostanza, occorrerà provocare quello che Calamandrei definisce un “giudizio sperimentale” o “giudizio-cavia”, ovvero una *lis ficta* in senso lato, cioè una controversia provocata intenzionalmente e strumentalmente per poter sollevare la questione incidentale.

Qui la “*fictio*” consiste nella creazione “artificiosa” di una “*lis*”, che però, una volta instaurata, perde il suo carattere di finzione per diventare pienamente reale, al punto che il soggetto che se ne fa carico (spesso violando la legge) si assume il rischio delle eventuali conseguenze.

In tal caso, il riferimento alla “finzione” è fuorviante, poiché per arrivare alla Corte costituzionale occorre comportarsi “realmente” in modo contrario alla legge ritenuta illegittima<sup>108</sup>. Tale “*lis ficta*”, se vogliamo continuare a chiamarla così, ma sarebbe meglio parlare invece di “caso esemplare”, è pienamente ammissibile, “non essendo in potere di nessuno indagare per quali motivi ultimi essa è

---

<sup>101</sup> Queste considerazioni già in T. GROPPi, *La Corte e “la gente”. Uno sguardo “dal basso” all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, cit., specie 422 ss.

<sup>102</sup> P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 376 ss.

<sup>103</sup> M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Giuffrè, Milano, 1955.

<sup>104</sup> P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 376-377, dove si parla della elevata probabilità che si trovi un singolo disposto a violare la legge per far nascere, come espediente, una controversia concreta nella quale sia possibile sollevare il dubbio di costituzionalità. Negli stessi anni, il tema emerge nelle relazioni di Andrioli e di Esposito nel Primo congresso internazionale degli studiosi del processo civile del 1950. In generale, da tali relazioni, come da altri articoli di quegli anni si ricava un senso di frustrazione per la piega presa dal modello italiano con la legge costituzionale n. 1/1948, proprio riguardo all’effettività della tutela: vedi G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 99. Egli segnala, *ivi*, 91, che Calamandrei menzionò la necessità di una “*fictio litis*” per mettere in moto il giudizio costituzionale anche nel dibattito alla Camera dei deputati sulla legge ordinaria sulla Corte costituzionale, peraltro incentrato sulla questione della maggioranza necessaria per la nomina dei giudici: Camera dei deputati, I legislatura, seduta pomeridiana del 28 novembre 1950, 24044 ss. in particolare 24048.

<sup>105</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 14.

<sup>106</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 13.

<sup>107</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 14-15.

<sup>108</sup> Così P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 15.

venuta a determinarsi”<sup>109</sup>. In tal modo, Calamandrei indica una strada che sarà percorsa nei primi anni dell’attività della Corte<sup>110</sup>, quando le questioni faticavano a trovare spazio presso i giudici comuni<sup>111</sup> e che prefigura quella della *strategic litigation*: un approccio che pare fortemente influenzato dall’attività professionale di Calamandrei, dal suo ruolo di avvocato, immerso nella vita del diritto e nella concretezza dei casi<sup>112</sup>.

Calamandrei segnala in particolare il problema delle leggi autoapplicative, che modificano direttamente uno *status* (si fa proprio l’esempio delle leggi elettorali), per le quali non è facilmente immaginabile un “giudizio-cavia” in quanto per esse il singolo “non può fare altro che subirle, senza avere la possibilità pratica di provocare, per poi impugnarlo, il provvedimento concreto che le attui, o di violarle deliberatamente per provocare a suo carico l’applicazione giurisdizionale della sanzione”<sup>113</sup>.

Proprio a tale riguardo, egli aveva ipotizzato l’ammissibilità di un’azione di mero accertamento, con la quale un soggetto minacciato in un suo diritto chiedesse al giudice ordinario di dichiarare che questo diritto è rimasto integro nonostante la nuova legge costituzionalmente illegittima, aprendosi la strada per arrivare a una dichiarazione da parte della Corte costituzionale. Egli fa l’esempio di una legge che, in contrasto con l’art. 29 Cost., limitasse, col ristabilimento dell’autorizzazione maritale, la capacità della moglie, ma riteneva non idoneo il rimedio per leggi attinenti allo *status civitatis* o l’ordinamento degli organi costituzionali, per l’impossibilità di trovare il legittimo contraddittore contro il quale instaurare il “processo-espedito”. Al maestro si affianca, negli stessi anni, l’allievo, cioè, Mauro Cappelletti che – in un testo sottotitolato “primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)”, dedicato alla ricerca di strumenti innovativi che possano rendere effettivi i diritti di libertà – considera il nostro sistema di giustizia costituzionale “superato, prima ancora di essere realizzato”: proprio perché a fronte di una violazione dei diritti derivante da una legge incostituzionale, esso richiede che si ponga in essere un processo che in molti casi assumerà i caratteri di una *fictio litis*, che “sarà per lo più instaurabile solo in seguito all’esercizio del pericoloso (e discusso) diritto di resistenza”<sup>114</sup>. In sostanza, con uno sguardo dal basso, attento alle esigenze dei soggetti dell’ordinamento e dei loro diritti, i due autori hanno evidenziato, in quegli anni ormai lontani, i limiti che incontra la tutela del cittadino contro la

---

<sup>109</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 195.

<sup>110</sup> Vedi ad es. il caso all’origine della sent. n. 168/1963, sulla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura, ove le parti di un giudizio pendente di fronte al pretore di Bologna avevano ritenuto che la nomina del pretore stesso fosse avvenuta sulla base di una legge viziata, chiedendogli pertanto di sollevare questione di costituzionalità (notare che gli avvocati delle parti erano, tra gli altri, Giuseppe Maranini, Lelio Basso, Leopoldo Piccardi e Alberto Predieri). Oppure il caso, all’origine della sent. n. 14/1964 sulla nazionalizzazione dell’energia elettrica, ove un utente, l’avvocato Flaminio Costa, si era rifiutato di pagare la bolletta dell’E.N.E.L., “la cui legge istitutiva ed i conseguenti provvedimenti legislativi delegati per il trasferimento delle società elettriche al nuovo Ente erano costituzionalmente illegittimi”. Su queste due decisioni, v. G. D’ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1992, 66-67.

<sup>111</sup> Così anche C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit., 688, secondo il quale la *fictio litis* avrebbe potuto consentire di sottoporre tempestivamente le nuove leggi alla Corte, così circoscrivendo l’inconveniente della “perenne incertezza sulla validità delle leggi” che potrebbe derivare dalla mancata previsione di un termine per le questioni incidentali. Anni dopo, particolarmente chiaro è Silvano Tosi che, dopo aver suggerito la possibilità, per i gruppi di pressione, di attivarsi “in stretto raccordo coi giudici di merito disposti a tradurre l’impegno civile della lotta contro l’arbitrio in sistematiche ordinanze di trasmissione alla Corte costituzionale”, si chiede “perché mai una tale artigianale e difficile e financo pericolosa risorsa non debba venire sostituita da più razionale strumento”: S. Tosi, *L’introduzione al processo costituzionale di legittimità: spunti ricostruttivi*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, 230 ss., specie 233.

<sup>112</sup> Come evidenzia N. BOBBIO, *Egli era quello che avrei voluto essere*, in *Il Ponte*, 1956, n. 10, ora in *Cinquant’anni e non bastano. Scritti di Norberto Bobbio sulla rivista “Il Ponte” (1946-1997)*, Il Ponte editore, Firenze, 2005, 110.

<sup>113</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 16.

<sup>114</sup> M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, 13.

illegittimità costituzionale delle leggi nel sistema adottato in Italia<sup>115</sup>. Poi la questione è stata quasi dimenticata. Lo stesso Cappelletti ha cambiato idea e, intervenendo diversi decenni dopo, ha ritenuto il controllo incidentale privo di lacune sostanziali, adducendo come argomenti, oltre all'esperienza storica dei primi quattro decenni di giustizia costituzionale, anche il sopravvenire della giurisdizione della CEDU e la collaborazione esistente tra Corte e giudici comuni<sup>116</sup>. Il prevalere di uno sguardo "dall'alto" (che affronta la questione delle vie di accesso principalmente sul piano del diritto oggettivo, riconducendola frequentemente a quella della relazione della Corte con gli altri poteri dello Stato, ovvero della sua collocazione nella forma di governo, che si riassume nella triade "la Corte, i giudici, il legislatore") ha fatto sì che – salva la questione delle zone d'ombra – l'inutile complicazione o le gravi conseguenze che derivano da un sistema di giustizia costituzionale nel quale occorre procurarsi, costi quel che costi, un atto applicativo, violando la legge, hanno smesso di apparire un'assurda anomalia e sono diventate la normalità<sup>117</sup>.

### 5. Calamandrei, oggi

Soltanto negli anni più recenti la questione delle strette delle vie di accesso è tornata a porsi al centro dell'attenzione della dottrina e della stessa Corte costituzionale, specie di fronte ai timori di un indebolimento del parametro costituzionale, nel mutare del contesto politico e nell'allontanarsi dal momento costituente.

In questo quadro, è apparsa con evidenza l'attualità della prospettiva illustrata da Calamandrei nel 1956.

Ciò vale in primo luogo per l'azione di accertamento, che è stata la via seguita, e considerata dalla Corte ammissibile, per sollevare le questioni di costituzionalità delle leggi elettorali politiche. Tra l'altro sono stati superati i timori di Calamandrei riguardo all'impossibilità di trovare il *legitimus contradictor* contro il quale instaurare il processo-espedito per alcune tipologie di leggi, difficoltà invece superata nel caso delle leggi elettorali in quanto i legittimati passivi sono stati individuati agevolmente nella Presidenza del Consiglio dei Ministri e nel Ministero dell'interno. L'azione di accertamento, per come utilizzata dai giudici rimettenti in tali occasioni, pare particolarmente idonea a coniugare le esigenze di tutela preventiva con il mantenimento di un sistema accentrato, in cui resti però affidata al giudice comune la mediazione tra *iura* e *lex*<sup>118</sup>.

Infatti, essa dà sì luogo a un giudizio per certi versi astratto<sup>119</sup> – in quanto non si richiede una lesione diretta e attuale ma solamente un potenziale pregiudizio derivante da una oggettiva

---

<sup>115</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 18.

<sup>116</sup> M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 13 ss. Tra i pochi autori che hanno, da sempre, valorizzato l'azione di accertamento come strumento per promuovere un giudizio nel quale si possa impugnare la legge direttamente ablativa di un diritto, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 61 ripreso più ampiamente in ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, 150 ss.

<sup>117</sup> A un tale orientamento ha contribuito ampiamente, oltre alla dottrina come si usa dire "dominante", la lettura che la giurisprudenza costituzionale ha dato della pregiudizialità costituzionale, della quale è cartina di tornasole quella sulla *fictio litis*: per una ricostruzione, G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 104 ss. Unica, rilevante eccezione è costituita da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli, 1990.

<sup>118</sup> Sugli elementi di astrattezza che tale giurisprudenza immette nel giudizio incidentale si sono soffermati specialmente C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali 'astratte' in Italia*, Giappichelli, Torino, 2018, 195 e G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., 312.

<sup>119</sup> E d'altra parte la Corte non sembra particolarmente affezionata a una lettura rigorosa del carattere concreto, come ci mostra la giurisprudenza in tema di effetti temporali delle sentenze, che appare sempre più svincolata dalle esigenze del caso: basti citare le sentt. n. 10/2015 e n. 178/2015; in questo senso G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità*



contestazione del diritto – ma pur sempre incidentale, conservando un profilo di concretezza che lo avvicina in qualche modo a quei ricorsi, definiti “astratto-concreti”, che, sul modello tedesco, possono portare ad attaccare direttamente una legge quando dalla sua applicazione possa derivare un “pregiudizio grave e inevitabile”<sup>120</sup>.

Questa soluzione, al momento circoscritta dalla Corte alla legge elettorale politica, si presta ad essere estesa a tutte quelle situazioni nelle quali la legge sia tale da determinare un potenziale pregiudizio, come una parte della dottrina sta cercando di mettere in luce<sup>121</sup>.

Non si può negare che oggi non sia facile per la Corte – dopo aver giustificato in modo abbastanza perentorio le decisioni in materia elettorale sulla base della necessità di evitare zone franche – procedere ulteriormente su questa strada. Essa stessa mostra di muoversi con estrema prudenza<sup>122</sup>, ben consapevole che la sua legittimazione è legata alla coerenza delle sue decisioni. Ed è quindi inevitabile interrogarsi sul punto al quale può spingersi il lento lavoro sui precedenti che costituisce l’unico strumento a sua disposizione<sup>123</sup>.

Ma non è solo questione dell’azione di accertamento. E’ la stessa anomalia del giudizio incidentale per come, negli anni, è stato ricostruito attraverso uno sguardo “dall’alto”, che sta emergendo e che chiede, una volta svelata, ripulendola dalla patina della normalizzazione, di essere superata<sup>124</sup>, cominciando da una interpretazione delle regole processuali che inizi a riallineare l’accesso alla giustizia costituzionale alle esigenze dello Stato costituzionale e dei suoi soggetti, in modo che, di fronte alla “legge sospetta”, si riducano gli spazi in cui la disobbedienza si configuri come l’unica opzione.

In conclusione. E’ davvero sorprendente e al contempo confortante rilevare, ancora una volta, anche su questo tema, come il contributo di Calamandrei –radicato in una precisa temperie storica

---

*costituzionale*, cit., 312. E come ci mostra l’ammissibilità della questione sollevata dalla Cassazione in sede di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge (sent. n. 119/2015). Sull’ordinanza che aveva sollevato la questione, v. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l’esigenza di ‘rendere giustizia costituzionale’*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2015, che invitava la Corte a una rilettura dei limiti all’accesso incidentale in questa congerie storica.

<sup>120</sup> Così l’art. 90, comma 2, seconda frase, della legge sul Tribunale costituzionale tedesco, come modificata nel 1969: in questo senso, M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, cit., 150.

<sup>121</sup> Sulla necessità, e la possibilità, di superare i limiti posti dalla Corte all’azione di accertamento con le sentenze in materia elettorale, v. C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., 199, e G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 129 ss., che invita la Corte a un “salto di qualità”, allargando tale possibilità oltre le zone franche.

<sup>122</sup> Vedi l’ord. n. 63/2018, che ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, sollevata nell’ambito di un’azione di accertamento, avente ad oggetto la normativa sul diritto di voto dei cittadini italiani residenti all’estero. In essa, accanto al tradizionale argomento delle “zone franche”, si rinviene anche quello (già presente nella sent. n. 110/2015), secondo il quale “il mero riferimento all’interesse all’«accertamento giudiziale [...] della concreta volontà della legge», sulla pienezza del diritto di voto del residente all’estero, con riguardo alla (allora) futura consultazione referendaria, senza alcun’altra indicazione, nemmeno sintetica o *per relationem* (della situazione soggettiva e/o oggettiva che risulterebbe, nel caso concreto, potenzialmente impeditiva della segretezza del voto), «non può essere considerato motivazione sufficiente e non implausibile dell’esistenza dell’interesse ad agire, idonea, in quanto tale, a escludere un riesame ad opera di questa Corte dell’apprezzamento compiuto dal giudice *a quo* ai fini dell’ammissibilità dell’azione» (sent. n. 110 del 2015)”; peraltro, non ci pare priva di rilievo l’aggiunta (corsivo mio) di uno specifico aggancio al caso concreto, che potrebbe essere foriera di ulteriori sviluppi.

<sup>123</sup> In dottrina non sono mancate le posizioni estremamente critiche già in riferimento alle sentenze in materia elettorale, proprio perché la Corte avrebbe introdotto con esse il ricorso diretto: v. ad es. R. BIN, *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in *LaCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>), 13 gennaio 2017.

<sup>124</sup> Secondo quanto messo in evidenza da G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, cit., 136 ss., che, proprio sulla base di una ricostruzione in chiave storica del giudizio incidentale, giunge a ritenere che l’azione di accertamento rappresenta una modalità di attivazione del giudizio incidentale che non contrasta con la sua *ratio*.

e in una esperienza, di uomo e di giurista, frutto di un travaglio e di una evoluzione che sono andati di pari passo con le più drammatiche e con le più luminose esperienze del Novecento –è parte di una eredità che ancora oggi ci parla e ci sollecita. In un'epoca così diversa, resta identica e viva l'esigenza che permea tutta la sua riflessione sulla giustizia costituzionale: quella di aprire, più che porte, *cammini*, nel senso di procedure, ivi comprese le vie di accesso alla Corte costituzionale, che permettano di "far muovere la Costituzione"<sup>125</sup>, perché non resti un pezzo di carta, ma risponda alle incessanti aspettative di giustizia che provengono dalla concretezza della vita.

---

<sup>125</sup> P. CALAMANDREI, *La Costituzione si è mossa*, in *La Stampa*, 16 giugno 1956, ora in *Id., Opere giuridiche*, III, cit., 655 ss., scritto per commentare la sentenza n. 1/1956.

ANTONIO D'ATENA

## Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"

SOMMARIO: 1. I due versanti del radicamento della Corte costituzionale. – 2. La collocazione della Corte nel sistema degli organi costituzionali. – 3. Il rapporto con la società civile. – 4. L'apertura agli "amici curiae": un salto di qualità. – 5. Un punto critico della nuova disciplina: l'estensione della legittimazione attiva alle formazioni politiche.

### 1. I due versanti del radicamento della Corte costituzionale

Con delibera 8 gennaio 2020, pubblicata, il successivo 22 gennaio, nel n. 17 della *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, la Corte costituzionale, dando seguito a un seminario scientifico da essa organizzato nel 2018<sup>1</sup> (e, a quanto testimonia la Presidente Marta Cartabia<sup>2</sup>, a un ricco dibattito interno, che ne ha costituito la prosecuzione), ha disposto alcune importanti modifiche delle norme integrative per i giudizi che si svolgono innanzi ad essa<sup>3</sup>. La delibera, da un lato, ha modificato, in continuità con la giurisprudenza precedente, la disciplina degli interventi in giudizio<sup>4</sup>, in secondo luogo, ha ammesso la partecipazione al giudizio stesso degli *amici curiae*<sup>5</sup>, infine ha regolato l'audizione, in camera di consiglio, di esperti di chiara fama<sup>6</sup>. Delle tre innovazioni, la prima e l'ultima delle quali hanno già trovato applicazione concreta<sup>7</sup>, quella più strategicamente significativa è la seconda. Essa, infatti, non si risolve in razionalizzazioni procedurali (o, addirittura in codificazioni della giurisprudenza pregressa<sup>8</sup>), ma segna un innegabile salto di qualità nel giudizio costituzionale.

Considerando l'aspetto di più immediata evidenza, può dirsi che l'apertura agli *amici curiae* costituisca l'ultima tappa del lungo percorso di radicamento della Corte costituzionale nel nostro sistema. Un radicamento non facile, come conferma il fatto che in Assemblea costituente non fossero mancate forti resistenze all'introduzione di un consesso composto da 15 "illustri cittadini collocati al di sopra di tutte le assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia", per riprendere le parole pronunziate allora dall'onorevole Palmiro Togliatti<sup>9</sup>. D'altra parte, queste

---

<sup>1</sup> Si tratta del Seminario di studi su "Interventi di terzi e 'amici curiae' nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali", organizzato dalla Corte costituzionale il 18 dicembre 2018.

<sup>2</sup> M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, reperibile in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.it](http://www.giurcost.it)), *Cronache dalla Corte* ([http://www.giurcost.org/cronache/Relazione\\_attivita\\_corte2019.pdf](http://www.giurcost.org/cronache/Relazione_attivita_corte2019.pdf)), 3.

<sup>3</sup> Sui precedenti preannunci di tali innovazioni: M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, Editoriale, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 1/2020, 7 s.; A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 23 gennaio 2020, 1 ss.

<sup>4</sup> Artt. 4 e 4-bis, n.i.

<sup>5</sup> Art. 4-ter, n.i.

<sup>6</sup> Art. 14-bis, n.i.

<sup>7</sup> Quanto all'intervento di terzi, v. Corte cost., ord. n. 111/2020. Della prima audizione di esperti di chiara fama, dà notizia la Presidente della Corte nella sua relazione: M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 3.

<sup>8</sup> In ciò, secondo l'attuale Presidente della Corte, si sarebbe risolta la nuova disciplina dell'intervento di terzi (M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 3).

<sup>9</sup> Così, l'11 marzo 1947, in sede di discussione generale del progetto di Costituzione. Questo il testo integrale del passaggio dell'intervento dell'on Togliatti: "Tutte queste norme sono state ispirate dal timore: si teme che domani vi possa essere una maggioranza, che sia espressione libera e diretta di quelle classi lavoratrici, le quali vogliono profondamente innovare la struttura politica, economica, sociale del Paese; e per questa eventualità si vogliono prendere garanzie, si vogliono mettere delle remore: di qui la pesantezza e lentezza nella elaborazione legislativa, e tutto il resto; e di qui anche quella bizzarra della Corte costituzionale, organo che non si sa che cosa sia e grazie alla

difficoltà si sono manifestate anche successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, poiché la Corte è stata vittima di un clamoroso episodio di ostruzionismo della maggioranza, come avrebbe scritto nel 1953 Piero Calamandrei<sup>10</sup>. Ostruzionismo, che – come noto – è stato superato solo nel 1955, grazie alla determinazione dell'allora Presidente della Repubblica, Giovanni Gronchi, il quale, sin dal messaggio per il giuramento, mise con forza sul tappeto l'ineludibile esigenza di dar vita, senza indugio, al nuovo organo di garanzia voluto dalla Costituzione del 1947<sup>11</sup>.

I fronti del radicamento erano due: da un lato, quello della collocazione della Corte nel sistema degli organi costituzionali, un sistema in cui erano presenti apparati dalla consolidatissima tradizione (la magistratura e il Parlamento<sup>12</sup>); d'altro lato, quello del rapporto con la società civile.

## 2. La collocazione della Corte nel sistema degli organi costituzionali

Sul primo versante, il problema maggiore riguardava l'impatto delle sentenze della Corte costituzionale.

Nei confronti del Parlamento, la questione più drammatica concerneva la chiusura dei vuoti da esse aperti, la quale richiedeva la tempestiva sostituzione, delle disposizioni annullate, con norme legittime<sup>13</sup>.

Quanto alla magistratura, le maggiori difficoltà attenevano allo spazio spettante agli indirizzi interpretativi della Corte costituzionale, in presenza di un sistema molto strutturato, che vedeva al

---

istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli? Tutto questo, ripeto, è dettato da quel timore che ho detto". Per un'attenta ricostruzione dei lavori dell'Assemblea Costituente, v. P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Imperia, 13-13 maggio 1995, Torino 1996, 7 ss. e ivi, 11 ss., un panorama delle opinioni, che, per diverse (a volte, opposte) ragioni, avversavano la creazione del nuovo organo.

<sup>10</sup> P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il ponte*, 1953, pubblicato anche in P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici* (a cura di N. Bobbio), Firenze 1966.

<sup>11</sup> SEGRETARIATO GENERALE DELLA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA, Quaderni di documentazione, Nuova Serie, n. 11, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi* (a cura di R. Gallinari), *In occasione del giuramento* (11 maggio 1955), Roma 2009, 45 ss., spec. 51. È, peraltro, noto che, nell'occasione, il Presidente Gronchi, dando emblematicamente espressione all'indirizzo politico costituzionale teorizzato da Paolo Barile (spec. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 295 ss., spec. 307 ss. e, con riferimento alle esternazioni di stimolo del Presidente Gronchi, 340 s.), ha segnalato anche altre parti inattuato della Costituzione: "Nessuna parola potrebbe più esattamente definire il carattere e le responsabilità di un Capo di Stato per quanto riguarda la piena osservanza della Costituzione, delle norme e degli ordinamenti sui quali essa ha creato la nuova Repubblica italiana; e dare un contenuto concreto ed imperioso al mio giuramento. Per questo mi consentirete di richiamare la necessità che la Costituzione sia compiuta negli istituti previsti quali la Corte costituzionale, il Consiglio superiore della Magistratura, l'ordinamento regionale, il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro; e nell'adeguamento della legislazione e del costume". Sulle reazioni che questa presa di posizione provocò all'epoca, v. la sintesi di G. CORDINI, *La presidenza della Repubblica di Giovanni Gronchi: profili istituzionali*, in *Il Politico*, 1995, 327 ss., spec. 330 ss. Mentre, sull'impegno di Gronchi per il superamento degli ultimi ostacoli alla nomina dei primi giudici costituzionali, v., anche per riferimenti, U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, relazione al Convegno *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale)*, svoltosi il 14 e 15 giugno 2006 a cura delle Facoltà di scienze politiche e di giurisprudenza della Università di Roma, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2008, 3.

<sup>12</sup> Sui termini generali del problema, è d'obbligo il riferimento al magistrale saggio di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Il Ponte*, 1957 e in *Scritti in memoria di Calamandrei*, IV, Padova 1958.

<sup>13</sup> Sul tema e sulle tecniche messe in atto dalla Corte: R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano 2007.

suo vertice la nomofilachia della Corte di Cassazione, e che trovava, nel secondo comma dell'articolo 101 Cost., il maggior presidio della libertà interpretativa spettante al giudice, a ciascun giudice.

Non è, ovviamente, questa la sede per ripercorrere il cammino che ha portato, dai conflitti iniziali, all'accettazione del ruolo del nuovo organo ed all'occupazione, da parte di esso, di una, non contestata, posizione istituzionale<sup>14</sup>.

Limitandomi ad alcuni *flash*, posso ricordare l'elaborazione originale e creativa, da parte della Corte, di strumenti d'intervento sempre più raffinati, che l'hanno messa in condizione di governare efficacemente le sue relazioni, sia con la giurisdizione, sia con gli organi legislativi. Si pensi al passaggio dalle sentenze interpretative di rigetto alle sentenze interpretative di accoglimento<sup>15</sup>, che, grazie alla metabolizzazione della distinzione crisafulliana tra la disposizione e la norma<sup>16</sup>, ha consentito di costruire l'opzione interpretativa della Corte come espunzione di un pezzo di ordinamento positivo. E di superare, così, in radice, i possibili conflitti con la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge. Si pensi alla creazione delle sentenze additive, che ha permesso di ovviare, sia pure con interventi "a rime obbligate" (per riecheggiare Vezio Crisafulli<sup>17</sup>), alla persistente inerzia del legislatore ordinario<sup>18</sup>. Si pensi, ancora, in anni più recenti, ad interventi di supplenza non riconducibili a tale paradigma – come sottolinea l'attuale Presidente Marta Cartabia – rivolti a dare transitoriamente risposta a esigenze di regolazione che non possono restare scoperte<sup>19</sup>.

Per quel che specificamente attiene ai rapporti con la magistratura, va, inoltre, ricordato un processo di radicale trasformazione della relazione della Corte con la Costituzione. Quest'ultima, infatti, mentre originariamente veniva percepita – parafrasando Carlo Mezzanotte<sup>20</sup> – come cosa della Corte, in quanto rimessa esclusivamente alla sua interpretazione, è progressivamente diventata "cosa" anche dei giudici comuni, chiamati a effettuare un sindacato di costituzionalità diffuso, per ricercare quella "interpretazione conforme" delle norme da applicare che ne preclude la sottoposizione al Giudice delle leggi<sup>21</sup>. Onde, tra l'altro, la mutata percezione, da parte della

---

<sup>14</sup> Sull'acquiescenza del Parlamento, rispetto agli strumenti elaborati dalla Corte, per ovviarne all'inerzia: F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1981, I, 1646 ss., 1654 ss. (altresi: ID., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna, 1982, 19 ss.).

<sup>15</sup> Sul "rovesciamento di schema" che connota il passaggio dalle sentenze interpretative di rigetto alle sentenze interpretative di accoglimento: V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, V, Milano 1969.

<sup>16</sup> Spec. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 195 ss.

<sup>17</sup> Da ultimo: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II. *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., Padova 1984, 408.

<sup>18</sup> In argomento, spec.: N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 37 ss.

<sup>19</sup> M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, cit., 8: "Mentre in passato la Corte, trovandosi davanti a una pluralità di alternative possibili per rimediare al vizio di incostituzionalità tendeva ad arrestarsi sulla soglia della inammissibilità, ora sempre più frequentemente, pur in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, la Corte decide nel merito, poggiando su previsioni normative già presenti nell'ordinamento e specificamente già rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio. [...] In tali casi, [...] la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*".

<sup>20</sup> C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I Le ideologie del costituente*, ed. provv., Milano 1979, spec. 198 ss., che può leggersi anche collana diretta da F. Modugno e M. Ruotolo, *Costituzionalisti del XX secolo*, n. 1, Napoli 2014.

<sup>21</sup> Cfr., in particolare, l'ord. n. 121/1994, e le sentt. n. 356/1996 e n. 232/1998. In letteratura: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Napoli, 2009. In generale, sui rapporti tra la Corte e i giudici comuni: E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012,

generalità dei giudici comuni, delle linee interpretative espresse dalla Corte costituzionale, le quali, anche quando affidate a un veicolo “debole”, come le sentenze interpretative di rigetto (che non espungono alcunché dall’ordinamento), tendono ad essere avvertite come vincolanti<sup>22</sup>. E testimoniano, così, di un radicamento che agli inizi, all’epoca degli storici “conflitti” con la Corte di cassazione, sarebbe stato impensabile<sup>23</sup>.

### 3. Il rapporto con la società civile

Passando a considerare i rapporti con la società civile, l’iniziale apertura di credito nei confronti del nuovo organo trova una significativa testimonianza nel discorso pronunciato il 3 dicembre 1968, dal Presidente della Corte costituzionale Aldo M. Sandulli, per celebrare il XII anniversario della prima udienza della Corte (un discorso, sia detto di passaggio, che ha visto la luce in un momento di grave tensione istituzionale). In quell’occasione, Sandulli adduceva, a prova del radicamento della Corte nella coscienza sociale, la gran massa di istanze di giustizia e di riparazione che venivano rivolte all’organo da semplici cittadini (istanze proposte “irritualmente, e, perciò, vanamente”), la cui radice ravvisava nella “remota sete di giustizia individuale e sociale della nostra gente rimasta inappagata per secoli”<sup>24</sup>. La quale – aggiungeva – induceva molti umili cittadini a sperare dalla Corte molto più di quanto i suoi poteri consentissero.

Si tratta di un dato molto rilevante, se è vero, come lo stesso Sandulli aveva chiarito in un suo precedente scritto, che, in presenza dell’ipotetico tentativo di eliminare la giurisdizione costituzionale – tentativo eversivo, in frontale conflitto con la Costituzione – alla difesa della Corte non basterebbero il coraggio dei 15 giudici e la loro fedeltà al giuramento prestato, qualora il popolo, non avendo fede nelle sue istituzioni, non fosse disposto a battersi per esse<sup>25</sup>.

Il lungo periodo di tempo trascorso da allora è stato attraversato da vicende molto diverse, che hanno visto la Corte costituzionale esposta anche ad attacchi di una virulenza che in genere non si registra nei confronti di un organo di garanzia. Penso, ad esempio, alle violente polemiche e alle manifestazioni di piazza, quando venne considerato inammissibile il primo referendum abrogativo sulla caccia.

---

mentre, sulla dottrina dell’interpretazione conforme, con note molto critiche: M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano 2015, 391 ss., spec. 466 ss.

<sup>22</sup> Sul punto, ad es.: G. VASSALLI, *La giustizia costituzionale nel 1999*, 1225 ss.; G. DOLSO, *Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3021 ss.; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005.

<sup>23</sup> Per questa conclusione: A. D’ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano 2010, 350 s., nonché ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Torino 2018, 143 s., ove si sottolinea che ormai Corte tende ad essere configurata anche come una “magistratura d’interpretazione, investita di una sorta di nomofilachia costituzionale”.

<sup>24</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *Il primo dodicennio*. Discorso pronunciato dal Presidente Aldo Sandulli il 3 dicembre 1968 per celebrare il XII anniversario della prima udienza della Corte, Roma, s.d. (ma 1968), 9 (ripubblicato in A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici, I Diritto costituzionale*, Napoli 1990, 563 ss.).

<sup>25</sup> A.M. SANDULLI, *Funzione e posizione della Corte costituzionale italiana*, in ID., *Scritti giuridici, I Diritto costituzionale*, cit., 449. Sul rapporto tra il “prestigio” di cui gode la Corte presso l’opinione pubblica e la tenuta delle sue decisioni, è significativo quanto scrive C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua validità*, in ID., *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*. III, Milano 1972, 690 ss. Infine, per la considerazione che il riferimento ad ipotesi di conflitti radicali tra la Corte e la politica non sia espressione di allarmismo o catastrofismo, ma, semplicemente, di realismo: G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2014, pos. 1108 s.

Inoltre, si sono registrati momenti di grave tensione con parte delle forze politiche, i quali hanno trovato espressione in campagne mediatiche rivolte a delegittimare il consesso, mettendone in discussione l'imparzialità<sup>26</sup>.

In questo quadro, va collocata la crescente preoccupazione della Corte di curare i propri rapporti con l'opinione pubblica, attraverso iniziative, che, senza percorrere il cammino scivoloso della responsabilità politica, favoriscono la conoscenza del suo ruolo e del parametro che è chiamata ad applicare, al di là della ristretta cerchia degli addetti ai lavori<sup>27</sup>. Il che – sia permesso aggiungere – assolve ad un'utile funzione di pedagogia sociale, in una stagione in cui la centralità delle istituzioni di garanzia non è sempre sentita dall'opinione pubblica (come testimoniano gli Stati europei in cui soffia il vento della democrazia illiberale<sup>28</sup>).

Anche a questa funzione – come osservano Paolo Carnevale e Daniele Chinni<sup>29</sup> – adempiono, ad esempio, i comunicati stampa, ormai pubblicizzati attraverso il sito *web* istituzionale, i quali consentono al grande pubblico di accostarsi alle sue decisioni, oltre che ad altre dinamiche interne al consesso<sup>30</sup>. Analoghe considerazioni possono valere per lo stesso sito *web*, la cui struttura e i cui contenuti sono, tra l'altro, rivolti ad accrescere – così, ancora, Chinni<sup>31</sup>, nonché Michele Nistico<sup>32</sup> – la legittimazione dell'organo nel sistema<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> ... e, quindi la “credibilità (come si suol dire con brutta espressione)”, a quanto avvertiva – seppure ad altro riguardo – Vezio Crisafulli (V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Studi in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977, nonché in *Dir. e soc.*, 1974, e ora in *Id.*, *Stato popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 227 ss., spec. 231).

<sup>27</sup> Si sofferma sulla “funzione educativa sulla società” cui adempie l'esercizio dei poteri della Corte, “specie in relazione all'esistenza di limiti di legalità anche per i sommi organi del nostro ordinamento e al sicuro primato nel nostro sistema costituzionale dei principi e dei valori costituzionali”, U. DE SIERVO, *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 1/2006. Per un confronto, al riguardo, tra la Corte costituzionale ed il Tribunale costituzionale federale tedesco: A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 1/2020, 14, a giudizio dei quali, le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* assolverebbero ad una funzione di pedagogia costituzionale, mentre questo compito di pedagogia costituzionale sarebbe “in gran parte alieno alla Corte costituzionale”.

<sup>28</sup> Sul problema: A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2019, 584 ss. e 596, ove si afferma: “Un versante sul quale occorre prodigare un energico e rinnovato impegno è quello della cultura e, in particolare, della formazione dei giovani. È, infatti, incontestabile che la sopravvivenza delle istituzioni della democrazia liberale, in larga misura, dipenda dal consenso popolare, il quale, in questa stagione, è certamente più elevato nei confronti della democrazia elettorale che nei riguardi delle istituzioni dello Stato di diritto. Solo il cambiamento di questo sentimento collettivo (e, quindi, la percezione che la componente liberal-garantistica del sistema non sia meno importante di quella propriamente democratica) può dotare la democrazia liberale di radici solide”; *Id.*, *Il cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet*, ne *Lo Stato*, n. 13, 2019, 263 ss.

<sup>29</sup> P. CARNEVALE, D. CHINNI, *To be or not to be (on line). Qualche considerazione sul rapporto fra sito web e organi costituzionali* (28.11.2019), in questi stessi scritti, 9 ss.

<sup>30</sup> L'analisi più completa, al riguardo, è quella di D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. e soc.*, 2018, 268 ss., che considera analiticamente i diversi comunicati, distinti per tipologia.

<sup>31</sup> D. CHINNI, *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web. Spunti introduttivi*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli 2019, 4 ss. (e, con specifico riferimento alla Corte, *Id.*, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, cit.), che sottolinea il ruolo che svolge la presenza dei siti *web* nella “legittimazione” anche degli organi di garanzia.

<sup>32</sup> M. NISTICO, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, cit., 77

<sup>33</sup> Come da più parti si sottolinea (ad es. L. D'ANDREA, *La Corte commenta ... se stessa (attraverso le conferenze stampa del suo Presidente)*, in A. Ruggieri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994; L. MEZZETTI, *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte costituzionale italiana*, in *Pensamento Constitucional*, XIV, n. 14, 91), anche le conferenze stampa annuali del Presidente della Corte – le quali, peraltro, sono assai risalenti (trovando un'anticipazione – se non vado errato – nel *Discorso del Presidente della Corte costituzionale*

Nella medesima linea, possono, inoltre, ricordarsi il “viaggio in Italia” (nelle scuole<sup>34</sup> e, più di recente, nelle carceri<sup>35</sup>), che avvicina la Corte (e la Costituzione) a frazioni di pubblico non toccate dagli usuali canali istituzionali, il docufilm che ne è stato ricavato<sup>36</sup>, la presenza della Corte sui *social media*<sup>37</sup>.

#### 4. L'apertura agli “amici curiae”: un salto di qualità

Le recenti modifiche delle norme di attuazione si collocano trasparentemente nella stessa linea, costituendo – potrebbe dirsi – il coronamento dell'offensiva comunicativa messa in atto nell'ultimo anno, non a caso, qualificato, dall'attuale Presidente, “l'anno della grande apertura”<sup>38</sup>. Esse, tuttavia, segnano un indiscutibile salto di qualità, significativamente messo in luce dal comunicato stampa che ne ha dato il primo annuncio: “La Corte si apre all'ascolto della società civile”<sup>39</sup>. Il quale evidenzia un mutamento di segno. Mi riferisco al passaggio da una logica *top-down* ad una logica *bottom-up*.

L'idea da cui esse sono sostenute è, infatti, che nel giudizio non debba darsi ingresso soltanto alle prospettazioni delle parti processuali, ma anche alle “opinioni” di “formazioni sociali senza scopo di lucro” e di “soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità”<sup>40</sup>. Il nuovo istituto, quindi, pur inserendosi in una strategia comunicativa in atto da tempo, adempie alla funzione ulteriore di accrescere la permeabilità della Corte a esigenze il cui soddisfacimento richiede l'uscita dalla stretta logica del modello incidentale (l'espressione è di Adele Anzon<sup>41</sup>). Il quale, attesi gli effetti delle pronunce di accoglimento, comporta una sfasatura

---

prof. Giuseppe Branca pronunciato in occasione dell'incontro con la stampa in data 20 dicembre 1969) – rappresentano strumenti di contatto con la pubblica opinione.

<sup>34</sup> Dall'8 gennaio 2018, hanno avuto luogo 36 incontri di giudici della Corte in altrettanti Istituti di istruzione superiore (alla pagina *Viaggio in Italia* sul sito della Corte costituzionale).

<sup>35</sup> Deliberato dalla Corte costituzionale l'8 maggio 2018, il viaggio nelle carceri ha avuto luogo dall'11 aprile al 4 ottobre 2018 (alla pagina *La Corte costituzionale nelle carceri* sul sito della Corte costituzionale: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>36</sup> Il docufilm di Fabio Cavalli *Viaggio in Italia, la Corte costituzionale nelle carceri*, prodotto da Rai Cinema e Clipper media, è stato, tra l'altro, proiettato, come evento speciale, nella 76. Mostra internazionale d'Arte cinematografica di Venezia, il 5 settembre 2019.

<sup>37</sup> Va segnalata la posizione decisamente critica espressa, al riguardo, da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 251 ss., spec. 268 ss., 273, 278. Per riserve sulla possibile sovraesposizione della Corte, con ridimensionamento della dimensione collegiale, conseguente alla partecipazione di singoli giudici ad iniziative esterne, v. F. COVINO, *Corte costituzionale e carcere. Un dialogo attraverso la Costituzione*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, cit., 109.

<sup>38</sup> M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 1 s.

<sup>39</sup> ... titolo giustamente valorizzato da P. RIDOLA, “La Corte si apre all'ascolto della società civile”, Editoriale – 22 gennaio 2020, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2/2020.

<sup>40</sup> Art. 4-ter, comma 1, n.i. La novità dell'apertura non ha bisogno di essere sottolineata, infatti, come rileva P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2019/I, 121, stanti gli orientamenti consolidatisi nella giurisprudenza costituzionale, non sarebbe stato agevole, facendo leva sulle risorse dell'intervento di terzi, ottenere l'apertura del giudizio a soggetti non “toccati direttamente od indirettamente dalla controversia”.

<sup>41</sup> A. ANZON, *La partecipazione dei terzi al giudizio sulle leggi tra esigenze della difesa e logica del modello incidentale*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nei giudizi sulle leggi*, Torino 1998. Con riferimento a questo profilo, v., anche per il riferimento ai precedenti: M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, cit., 9.



tra lo strumento procedimentale usato (che dà voce alle sole parti “costituite”) e l’efficacia “generale” degli atti che ne scaturiscono<sup>42</sup>.

Si tratta, come noto, di una strada battuta da non pochi organi di giurisdizione costituzionale<sup>43</sup>. I quali danno spazio a voci provenienti dalla società, aprendosi, così, per riprendere le parole di Peter Häberle, alla “società aperta degli interpreti della Costituzione”<sup>44</sup>.

A quanto dimostrano le esperienze maturate altrove, la gestione di questi strumenti non è esente da pericoli, anche gravi, come quello della trasformazione *dell’amicus curiae* in rappresentante di interessi lobbistici<sup>45</sup>, se non – come pure s’è detto – in *inimicus curiae*<sup>46</sup>, o quello dell’aumento, non facilmente gestibile, del carico di lavoro del giudice costituzionale.

Com’è ovvio, sarà solo l’esperienza che maturerà in concreto a dirci se la Corte riuscirà efficacemente a governare il flusso di “opinioni [...] utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità”<sup>47</sup>, e a superare le difficoltà che potranno presentarsi.

### *5. Un punto critico della nuova disciplina: l’estensione della legittimazione attiva alle formazioni politiche*

Non possono, tuttavia, non segnalarsi alcuni punti critici della nuova disciplina, che costituiscono altrettante insidie sul cammino che la Corte costituzionale si appresta a percorrere.

Il maggior punto critico riguarda la delimitazione dei soggetti che possono intervenire come *amici curiae*.

L’ampiezza della definizione offerta dal primo comma del citato art. 4-ter balza immediatamente agli occhi. Stando alla lettera della disposizione, infatti, l’area delle formazioni sociali abilitate ad indirizzare proprie “opinioni” alla Corte costituzionale è tale da abbracciare anche entità, la cui partecipazione al giudizio costituzionale, sia pure nella forma limitata prevista dalla norma, appare, quanto meno, inopportuna. Mi riferisco, in particolare, ai partiti e movimenti politici<sup>48</sup>, che possono usare la Corte come tribuna, per proseguire, davanti ad essa, polemiche che dovrebbero trovare altrove il proprio spazio fisiologico. Si tratta di una strada non esente da pericoli, per il giudice delle leggi, che potrebbe correre il rischio di veder appannata quella “immagine” la cui metabolizzazione

---

<sup>42</sup> In argomento: A. PUGIOTTO, *Per una autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 362 ss.

<sup>43</sup> Per una rassegna analitica, v., nella letteratura italiana recente: T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2019/1, 128 ss. *Adde* i contributi di C. GUERRERO PICÓ, S. PASETTO, M.T. RÖRIG e C. TORRISI, in P. Passaglia (a cura di), *L’intervento nei giudizi di legittimità costituzionale*, novembre 2018, edito dal Servizio studi della Corte costituzionale.

<sup>44</sup> P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, traduzione e presentazione di A. D’Atena, Milano 2000, 16 s.

<sup>45</sup> T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, cit., 127, rileva, al riguardo che “in tutti gli ordinamenti che menzionano questa figura, a partire dall’esperienza più nota, quella degli Stati Uniti, si è consumato il passaggio da un’amicizia neutra’ ad un’amicizia interessata’, che fa dell’*amicus* uno strumento attraverso il quale gli interessi collettivi organizzati fanno ingresso nel giudizio”.

<sup>46</sup> V., per riferimenti: S. PASETTO, *Stati Uniti*, in P. Passaglia (a cura di), *L’intervento nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., 88.

<sup>47</sup> Art. 4-ter, comma 3, n.i.

<sup>48</sup> Che, in base alla disciplina adottata, tra i soggetti legittimati figurino anche i partiti politici, è affermato – ad es. – da M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2/2020, 411 ss., il quale manifesta preoccupazioni anche in relazione a possibili aperture ulteriori, come – ad esempio – quelle in favore delle forze sindacali o di gruppi fondamentalisti.

da parte della pubblica opinione costituisce il maggior presidio della sua "legittimazione" nella società<sup>49</sup>.

Tra l'altro, questa possibile apertura si porrebbe in tensione con la scelta, mai finora abbandonata, di escludere, a differenza di quanto accade per altri organi di giurisdizione costituzionale, le minoranze parlamentari dal potere di promuoverne l'intervento nel giudizio sulle leggi<sup>50</sup>.

Ma, anche se, sulla scorta di queste considerazioni, la prassi applicativa, o addirittura un nuovo intervento sulle norme integrative, escludesse le forze politiche in senso stretto dall'area coperta dal citato primo comma dell'art. 4-ter, resterebbero altri problemi da risolvere: per esempio, quelli che si porrebbero a proposito della galassia di fondazioni e associazioni politiche sul cui ambiguo rapporto con i partiti metteva sull'avviso – negli anni '90 dello scorso secolo – Hans Herbert von Arnim<sup>51</sup>. Fondazioni e associazioni, che, non a caso, la normativa italiana equipara, entro certi limiti e a certi riguardi, ai partiti politici<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Pur senza affrontare il profilo toccato nel testo, A. BALDASSARRE, *Se si "politicizza" la Costituzione*, in F. Bassanini (a cura), *Costituzione, una riforma sbagliata*, Firenze, 2004, 41, si sofferma sul pericolo che i problemi irrisolti della politica si scarichino "su quella che la teoria della democrazia pluralista ipotizza come la sfera della neutralità e della garanzia, cioè sulle istituzioni *super partes* (Presidente della Repubblica, Corte costituzionale, Magistratura)", trascinandole "sul terreno più infido e delegittimante, sul terreno della *politique politiquante*". Sottolineano il rapporto tra la "legittimazione" della Corte costituzionale italiana e il mantenimento – entro certi limiti – di un "basso profilo": A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, cit., 9 ss., 13 ss., 25 s.

<sup>50</sup> Come noto, nel nostro ordinamento, non sono stati coronati da successo i tentativi di riconoscere a minoranze (o a gruppi) parlamentari la legittimazione ad impugnare le leggi (o certe categorie di leggi), in analogia a quando si verifica altrove (per una rassegna panoramica: P. Passaglia (cura di), *Irregolarità nel procedimento legislativo e poteri di ricorso alla giurisdizione costituzionale da parte delle minoranze parlamentari*, gennaio 2019, edito dal Servizio Studi della Corte costituzionale). I ristretti limiti entro cui è possibile denunciare la menomazione delle competenze di tali entità, attraverso lo strumento del conflitto di attribuzione, sono cosa qualitativamente diversa. Su questo secondo profilo, molto significativa è Corte cost., ord. n. 17/2019, la quale, non a caso, ha formato oggetto di un'infinità di commenti. Tra essi: A. PACE, *Un ricorso suicida*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 180 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Conflitto tra poteri dello Stato e ricorso individuale a tutela di diritti?*, *ibidem*, 183 ss.; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, *ibidem*, 191 ss.; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo ... virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost., n. 17 del 2019)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2019/I, 71; M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova "voce" nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 1/2019; G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza?»*, *ibidem*; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 4/2019; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, *ibidem*; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, *ibidem*; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 2018; V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17/2019*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. speciale 2019; I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi "mille" poteri dello Stato*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 5/2019; V. BALDINI, *La Corte ed il conflitto di attribuzioni sollevato da parlamentari in relazione alla legge di bilancio: tra diritti violati e modelli di quesiti ...*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2019, Editoriale; L. DI STEFANO, *Tutela giudiziale delle minoranze parlamentari e giurisdizionalizzazione del conflitto politico, Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2019.

<sup>51</sup> Ad es.: H.H. VON ARNIM, *Staat ohne Diener*, Aktualisierte und ergänzte Neuauflage, München 1995, 195 ss. Per un quadro del fenomeno in Italia, aggiornato al 2018: *Cogito ergo sum. Think tank, fondazioni e associazioni politiche in Italia*, in *openpolis* ([www.openpolis.it](http://www.openpolis.it)) 2018.

<sup>52</sup> V. l'art. 5, comma 4, d.l. n. 149/2013, conv. in l. 13/2014 (come modificato dall'art. 2, comma 20, l. n. 3/2019 e dall'art. 43, comma 1, lett. c) d.l. n. 34/2019, conv. in l. n. 58/2019), che assoggetta agli obblighi di trasparenza, previsti dal medesimo articolo per i partiti politici: "le fondazioni, le associazioni e i comitati la composizione dei cui organi direttivi o di gestione è determinata in tutto o in parte da deliberazioni di partiti o movimenti politici, o l'attività dei quali si coordina con questi ultimi anche in conformità a previsioni contenute nei rispettivi statuti o atti costitutivi"; "le

Tali problemi sono, inoltre, accresciuti dal non trascurabile spazio di discrezionalità, riconosciuto al Presidente, sentito il relatore, nella decisione di ammettere le opinioni scritte inviate alla cancelleria. È, infatti, vero che questo filtro è rivolto a mettere la Corte in condizione di non essere sommersa dal profluvio di *briefs* riscontrato in altre esperienze<sup>53</sup>. Tuttavia, non va sottovalutato il rischio che sulle decisioni di diniego possano svilupparsi polemiche, magari pretestuose, sovraesponendo la Presidenza su terreni che non le sono propri<sup>54</sup>.

Naturalmente, l'auspicio che può formularsi è che la prassi applicativa sdrammatizzi i problemi sopra illustrati e che la Corte, nella sua saggezza, sappia trarre dagli apporti esterni tutto quanto essi possono dare (e non è poco) e sappia conservare, nei confronti della "aggressività del tessuto pluralistico" e del "trambusto della società civile" (per dirla con Paolo Ridola<sup>55</sup>), quel distacco (ovviamente "percepito", ché quello effettivo è fuori discussione), il quale costituisce la cifra specifica del suo radicamento nella società.

---

fondazioni, le associazioni e i comitati i cui organi direttivi o di gestione sono composti per almeno un terzo da membri di organi di partiti o movimenti politici ovvero persone che sono o sono state, nei sei anni precedenti, membri del Parlamento nazionale o europeo o di assemblee elettive regionali o locali di comuni con più di 15.000 abitanti, ovvero che ricoprono o hanno ricoperto, nei sei anni precedenti, incarichi di governo al livello nazionale, regionale o locale, in comuni con più di 15.000 abitanti", "le fondazioni, le associazioni e i comitati che erogano somme a titolo di liberalità o contribuiscono in misura pari o superiore a euro 5.000 l'anno al finanziamento di iniziative o servizi a titolo gratuito in favore di partiti, movimenti politici o loro articolazioni, di membri di organi o articolazioni comunque denominate di partiti o movimenti politici ovvero di persone titolari di cariche istituzionali nell'ambito di organi elettivi o di governo".

<sup>53</sup> T. GROPPi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, cit., 136, sottolinea che, in altre esperienze, un certo tasso di discrezionalità nella selezione degli interventi di soggetti esterni mitiga i rischi di "capture" da parte delle *lobbies* e di sovraccarico di lavoro del giudice.

<sup>54</sup> Sul protagonismo, che – in modo particolarmente intenso, a far data dalla Presidenza Baldassarre – ha, con alterne vicende, caratterizzato il Presidente della Corte, v. la testimonianza di A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 17 ss., il quale riconduce alla situazione di "labilità costituzionale", che "poteva portare anche a una sorta di ottundimento costituzionale", il "consapevole orientamento del Presidente della Corte a enunciare pubblicamente il contenuto dei valori costituzionali che apparivano minacciati dal gioco politico [...] o che nella prassi apparivano essere interpretati in modo opposto a quello enunciato da sentenze della Corte costituzionale [...]". In argomento, spec. M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sul potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino 1991, 160 ss.; S. ALOISIO, *Alcuni cenni sull'evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 169 ss.; G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, *ibidem*, 182 ss.; G. GEMMA, *Potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale: quali limiti?*, *ibidem*, 201 ss.; S. ALOISIO, *Materiali per uno studio della prassi delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1997, 3169 ss.; M. BUQUICCHIO, *Contributo allo studio delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale*, Bari 2000. Sul valore della collegialità e sull'inopportunità – alla base dell'esclusione dell'opinione concorrente o dissenziente – che i membri del collegio si esponano *singulatim* all'esterno, riflessioni condivisibili si leggono in G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, cit., cap. 9, pos. 583 ss.

<sup>55</sup> P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, cit., VI, VIII, il quale sottolinea che "l'apertura all'ascolto della società civile esige in ogni caso un giudice costituzionale molto forte, molto autorevole, capace di resistere ai venti e ai venticelli che ogni giorno rischiano di trascinarlo da una parte e dall'altra".



ANGIOLETTA SPERTI

## Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte con la modifica delle Norme integrative: l'apertura agli *amici curiae* e l'audizione di esperti di chiara fama. – 2. La trasformazione della comunicazione pubblica della Corte costituzionale e del suo rapporto con l'opinione pubblica negli ultimi anni. – 3. Le modifiche delle norme integrative nel quadro della trasformazione del rapporto tra Corte costituzionale e opinione pubblica. – 4. La Corte costituzionale selezionatrice di interessi di parte?

### 1. Le novità introdotte con la modifica delle Norme integrative: l'apertura agli *amici curiae* e l'audizione di esperti di chiara fama

Lo studio della comunicazione pubblica della Corte costituzionale - soprattutto attraverso il suo sito *web* - e del contraddittorio nel processo costituzionale, con particolare riguardo all'apertura agli *amici curiae*, hanno costituito l'oggetto di importanti ricerche di Pasquale Costanzo<sup>1</sup>. Per rendere omaggio a questo illustre studioso – al quale desidero esprimere la mia sincera gratitudine per i consigli e gli spunti di riflessione che ho avuto il privilegio di ricevere da lui sin dai primi anni della mia attività di ricerca, grazie anche alla sua amicizia con il mio Maestro, Alessandro Pizzorusso, e durante la sua attenta presidenza dell'Associazione "Gruppo di Pisa" - mi propongo in questo scritto di esaminare le novità introdotte dalla recente modifica delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale<sup>2</sup>. Con comunicato stampa dell'11 gennaio 2020, la Corte costituzionale ha, infatti, annunciato la propria volontà di "aprirsi all'ascolto della società civile" per consentirle di "far sentire la propria voce sulle questioni di costituzionalità".

Questa finalità è perseguita attraverso l'introduzione di due novità sul piano processuale<sup>3</sup>. La prima è costituita dall'apertura ai cd. *amici curiae* (art. 4-ter<sup>4</sup>), al fine di permettere a "qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e a qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità", di depositare - entro venti giorni dalla

---

<sup>1</sup> P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come "nodo" della Rete*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) Studi 2015/1, 264; ID., *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2019, 120, nonché P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, in part. 17 ss.

<sup>2</sup> Delibera dell'8 gennaio 2020 pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* il 22 gennaio 2020.

<sup>3</sup> Sulla revisione delle Norme integrative si v., tra i primi commenti, F. CLEMENTI, *Amici Curiae? A proposito delle recenti "Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Il Mulino*, 9 marzo 2020; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *lavoce.info* (<https://www.lavoce.info/>), 17 gennaio 2020; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema Penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 23 gennaio 2020; A. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 23 gennaio 2020; A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)) (31 gennaio 2020); P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), editoriale del 22 gennaio 2020; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 24 gennaio 2020.

<sup>4</sup> Art. 4-ter, comma 1, Norme Integrative: "Entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta".

pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale - "brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio"<sup>5</sup>. Gli *amici curiae* – si precisa - "non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza" (comma 5). Inoltre, la nuova disposizione fissa una lunghezza contenuta (massimo 25.000 battute) per l'opinione scritta (comma 2), la quale sarà sottoposta ad un vaglio di ammissibilità del Presidente che, sentito il relatore, potrà ammettere le opinioni scritte che "offrono elementi utili alla conoscenza ed alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità" (comma 3). Il Presidente si pronuncia sull'ammissibilità delle opinioni scritte con decreto (comma 3) trasmesso alle parti costituite trenta giorni prima dell'udienza (o della adunanza in camera di consiglio) e pubblicato sul sito della Corte costituzionale (comma 4).

La seconda novità della riforma delle Norme integrative sul piano dell'apertura alla società civile è costituita dalla possibilità per la Corte di disporre, con ordinanza, l'audizione in apposita adunanza in camera di consiglio di "esperti di chiara fama" (art. 14- *bis*) nell'ipotesi in cui reputi "necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline". La nuova disposizione prevede che all'adunanza "possono assistere le parti costituite", le quali "con l'autorizzazione del Presidente, ... possono formulare domande agli esperti".

Nelle pagine che seguono mi propongo di inquadrare queste novità nel contesto della recente trasformazione della comunicazione istituzionale della Corte costituzionale e del suo rapporto con l'opinione pubblica e di offrire alcuni spunti di riflessione sulle conseguenze che l'apertura, anche sul piano processuale, alla società civile produce sul piano del ruolo e della legittimazione della Corte costituzionale.

## 2. La trasformazione della comunicazione pubblica della Corte costituzionale e del suo rapporto con l'opinione pubblica negli ultimi anni

La nostra Corte costituzione ha "una tradizione di apertura alla società"<sup>6</sup> che risale alla sua nascita. La Corte ha, per esempio, istituito da subito un ufficio stampa diretto da un giornalista professionista ed ha avviato la prassi delle conferenze annuali come occasione per fornire al paese un quadro dell'attività svolta. Tuttavia, negli ultimi anni, la Corte costituzionale ha avvertito il bisogno di "uscire dal Palazzo" e di incontrare il "Paese reale"<sup>7</sup>: questa esigenza nasce, in primo luogo, dalla consapevolezza che il linguaggio giuridico non consenta all'opinione pubblica un'adeguata comprensione delle pronunce<sup>8</sup> e che, di conseguenza, essa non sia messa in grado di

<sup>5</sup> Così il comunicato stampa dell'8 gennaio 2020.

<sup>6</sup> Si v. la *Relazione del Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della "Comunicazione istituzionale"* all'ordine del giorno del bilaterale con il Tribunale federale costituzionale della Germania - Karlsruhe, 26-28 giugno 2019 (il cui testo è disponibile sul sito della Corte costituzionale) in cui si sottolinea un deficit di conoscenza della Corte e della sua attività, che "concorre ad aumentare la distanza ... tra cittadini e istituzioni".

<sup>7</sup> Comunicato di D. STASIO, Responsabile della Comunicazione della Corte costituzionale, *Il viaggio raddoppia e riparte dalle periferie*; ma v. anche la *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della "Comunicazione istituzionale"*, cit.

<sup>8</sup> Si v. in part. la *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della "Comunicazione istituzionale"*, cit. Tra le dichiarazioni dei precedenti Presidenti della Corte, si v., ad esempio, U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010*, Roma, Palazzo della Consulta, 10 febbraio 2011, in part. 1 ("È vero, infatti, che la Corte parla essenzialmente tramite il testo delle proprie decisioni, ma anzitutto occorre riconoscere che il linguaggio giuridico con cui di necessità esse sono scritte non rende sempre agevole la loro esatta comprensione. Ma poi forse anche per il grande numero delle nostre decisioni, che si somma alla loro lettura non sempre agevole, troppo spesso la rappresentazione della nostra attività si riduce a poche, se non pochissime, vicende processuali ritenute evidentemente di grande interesse generale, mentre vengono quasi del

percepire “il complesso delle attività della Corte costituzionale”<sup>9</sup>, né di cogliere il reale “messaggio” trasmesso dalla Corte<sup>10</sup> e il suo ruolo nella vita dei cittadini<sup>11</sup>. Già in passato l'allora Presidente della Corte De Siervo osservò che, con l'esclusione delle “pochissime vicende processuali ritenute evidentemente di grande interesse generale”<sup>12</sup>, l'attività della Corte costituzionale italiana non fosse nota al grande pubblico e nel 2002 il Presidente Ruperto sottolineò come, stando ad un recente sondaggio, “la Corte sia il meno noto degli organi costituzionali”<sup>13</sup>. Nonostante le iniziative poste in essere negli ultimi anni – fra cui la pubblicazione sul sito della Corte di un volumetto divulgativo intitolato “*Cos'è la Corte costituzionale*” - il Presidente emerito Lattanzi ha sottolineato che nel 2017 solo il 15% degli italiani dichiarava di conoscere la Corte costituzionale e di sapere quali erano le sue attribuzioni<sup>14</sup>.

Per rispondere all'esigenza di apertura alla società civile, la Corte ha profondamente rivisitato la propria comunicazione istituzionale: sul sito della Corte costituzionale, ad esempio, è oggi accessibile una pagina dedicata alle “sentenze che hanno cambiato la vita degli Italiani”<sup>15</sup> e si fa ampio uso del tradizionale strumento del comunicato stampa<sup>16</sup> non solo al momento del deposito

---

tutto ignorate tante decisioni che pur sono molto importanti sul piano dei diritti individuali o collettivi o dei rapporti fra le nostre istituzioni democratiche”).

La stessa difficoltà è peraltro messa in evidenza nel libretto divulgativo dal titolo *Cos'è la Corte costituzionale*, 32 (in cui si parla di “difficoltà di comunicazione con l'opinione pubblica, la quale non sempre viene messa in grado di comprendere a fondo, anche per l'inevitabile tecnicismo che caratterizza l'attività della Corte, il significato e la portata esatta delle sue decisioni”).

<sup>9</sup> U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa*, cit., 1, cors. nostro (“Allora un rendiconto annuale può aiutare a ricordare almeno alcune sentenze particolarmente significative ed a meglio comprendere il complesso delle attività della Corte costituzionale; al tempo stesso, questo rendiconto può anche opportunamente ricollegarsi al contesto sociale ed istituzionale entro cui la Corte ha operato”).

<sup>10</sup> Così il Presidente Grossi nella sua presentazione della *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, 1.

<sup>11</sup> Si v. anche la premessa del Presidente Grossi alla 5° edizione del volumetto *Cos'è la Corte costituzionale*, cit., 5 il quale auspica che tale pubblicazione “valga a rafforzare la consapevolezza del ruolo altamente garantistico che la Corte ha svolto e svolge continuamente”; ma anche le affermazioni del giudice Amato nella sua intervista al settimanale *il Venerdì. Supplemento de La Repubblica*, dal titolo *In piedi. Esce la Corte*, 29 marzo 2019, 38 ss., in part. 40 (“Noi siamo partiti tre anni fa da una riflessione elementare: come è possibile che una istituzione come questa sia sconosciuta ai più e non parli con le persone per le quali ha lavorato fin dalle origini della sua storia?”).

<sup>12</sup> Si v. U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa*, cit., 1.

<sup>13</sup> *Cos'è la Corte costituzionale*, cit., 13.

<sup>14</sup> Si v. Relazione del presidente della Corte costituzionale G. LATTANZI sul tema della “Comunicazione istituzionale”, cit., 1. Si tratta tuttavia di un dato riscontrabile anche in altri ordinamenti ed in relazione anche ad altre corti (come la Corte Suprema degli Stati Uniti) delle quali si potrebbe supporre diffusa una maggiore visibilità da parte dell'opinione pubblica.

Come rileva M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 126 ss., il livello di attenzione che il cittadino presta alle pronunce della Corte è frutto di molteplici fattori, sia individuali che collettivi. Anche se il livello di attenzione di cui la Corte ha goduto presso i media è sempre stato piuttosto alto, la conoscenza dell'attività della Corte dipende, infatti, anche da fattori individuali come il bagaglio culturale, la militanza politica, ecc.

<sup>15</sup> Si v. “*In 100 secondi le sentenze che ci hanno cambiato la vita*”, video disponibile sul sito web della Corte costituzionale.

<sup>16</sup> Sull'accresciuto ricorso al comunicato stampa e sulle difficoltà poste dall'uso di tale strumento, si v. per tutti, A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 17 ss.; D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, 281 ss.; ID., *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. Soc.*, 2/2018, 255 ss.; ID., *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web. Spunti introduttivi*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, 3 ss.; G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e “le voci di dentro” tra tradizione e innovazione*, in *Dir. Soc.*, 2/2018, 237 ss.; M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 90 ss.; A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della corte costituzionale?*

delle pronunce, ma anche per anticipare – con un linguaggio spesso per “non addetti ai lavori” - il contenuto di pronunce ancora non depositate ma già oggetto di decisione<sup>17</sup>. Al comunicato stampa si affianca poi la diffusione di un’ampia varietà di note informative concernenti le iniziative cui hanno partecipato i singoli giudici o la Corte nel suo complesso.

Un ulteriore strumento che costituisce una finestra della Corte sulla società civile è costituito dal sito *web*, molto recentemente oggetto di nuova e profonda rivisitazione: come già sottolineato da Pasquale Costanzo, dalla sua inaugurazione nel 2000 il portale della Corte costituzionale è “assurto a nodo della Rete”<sup>18</sup>. Mentre, infatti, sino al 2015 il sito *web* “sembra[va] concedere assai poco a seduzioni grafiche”, apparendo rivolto essenzialmente ad un pubblico selezionato di giuristi e studiosi della giustizia costituzionale, dal 2016 è stato ampiamente arricchito nei contenuti e nella veste grafica. La sua più recente rivisitazione (febbraio 2020) risponde – come si legge nel comunicato stampa – ad “un principio di sensibilità civica e sociale” ed intende mettere il patrimonio informativo della Corte “a disposizione di una vastissima platea di utenti, con la garanzia della massima accessibilità, senza confini o barriere”<sup>19</sup>. Ancor più che nella precedente versione, il sito appare, quindi, rivolto, nella sua pagina iniziale ad un pubblico vasto, costituito dai cittadini (cui è dedicata un’apposita sezione *Per i cittadini*), al mondo dell’informazione (attraverso la sezione *Pressroom*), nonché agli studiosi cui sono riservati contenuti più specialistici attraverso la sezione della *Cancelleria* e quella della *Biblioteca*.

Occorre sottolineare che attraverso questi differenti modalità di comunicazione con la pubblica opinione, la Corte intende diffondere e rafforzare la cultura della Costituzione, “farne capire i valori, ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti”<sup>20</sup>. In altri termini – come dichiarato dal Presidente emerito Lattanzi – “la Corte ha maturato la consapevolezza che deve uscire dal Palazzo, dove farsi conoscere e conoscere, deve farsi capire e deve capire anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e capire la Costituzione”<sup>21</sup>, “mantenere vivi nelle coscienze dei cittadini i valori della Costituzione”<sup>22</sup>.

Sebbene non si possa negare che anche in passato i Presidenti abbiano sottolineato nelle proprie dichiarazioni l’importanza per la Corte di diffondere e rafforzare una “cultura della Costituzione”<sup>23</sup>,

---

sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d’incostituzionalità, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)). 2/2013, 17 maggio 2013; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, 251 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit., 77 ss.; P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in C.A. D’Alessandro, C. Marchese (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, vol. 1, Roma, 2018, 183 ss., in part. 194 F. Rigano, *Sulla divulgazione del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1990, 208 ss.

<sup>17</sup> Si v. D’AMICO, *op. ult. cit.*, 249 che ricorda come da un periodo nel quale l’uso del comunicato per le decisioni non ancora depositate e pubblicate era più contenuto (una media di 5 comunicati l’anno) si è assistito ad *exploit* a partire dal 2016 (13 comunicati), seguito da 8 comunicati nel 2017 e da 13 nel 2018.

<sup>18</sup> P. COSTANZO, *La Corte costituzionale nodo della Rete*, cit., 276.

<sup>19</sup> Comunicato del 20 febbraio 2020, *È online il nuovo sito della Corte costituzionale*.

<sup>20</sup> *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, cit., 1.

<sup>21</sup> Presidente G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, intervista al quotidiano *La Repubblica*, 31 gennaio 2019, 5.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 5.

<sup>23</sup> Si v., ad esempio, le considerazioni finali del Presidente G.M. FLICK sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, 1; F. GALLO, *La giustizia costituzionale nel 2012*, in *Foro It.*, 2013 (in cui si ricorda come “la Carta costituzionale non è soltanto un documento normativo da assumere a parametro di decisioni giudiziarie, ma rappresenta — anche e soprattutto — un grande progetto di convivenza solidale, tollerante e civile. È un fattore di integrazione permanente, che può operare con pienezza solo fuoriuscendo dalle aule giudiziarie e divenendo cultura, senso comune, massima etica. Il che può avvenire solo se la Costituzione viene interiorizzata e percepita dalle istituzioni rappresentative, dalle forze politiche e sociali, dalle autonomie e dai singoli come il patrimonio più prezioso”); F. SAJA, *La giustizia costituzionale*



l'esperienza più recente registra due sostanziali elementi di novità. Come ho sottolineato anche in altra sede,<sup>24</sup> si tratta di un compito che la Corte costituzionale sente oggi di dover assolvere *in prima persona*, senza quindi la mediazione degli organi di stampa: mentre, infatti, in passato la tradizionale conferenza di presentazione della relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno appena trascorso costituiva "l'unico momento di contatto ufficiale del Presidente della Corte con i rappresentanti del mondo dell'informazione"<sup>25</sup> e, quindi, l'unica occasione per "rendere conto alla pubblica opinione ... tramite ... [gli] operatori dell'informazione" dell'attività della Corte nell'anno appena trascorso,<sup>26</sup> ora la Corte avverte l'esigenza di informare *direttamente* l'opinione pubblica delle proprie attività e di comunicare "un racconto della Costituzione"<sup>27</sup>.

Inoltre, in passato, oltre che mediata dai mezzi di informazione, la comunicazione pubblica della Corte costituzionale era essenzialmente unidirezionale. Gli *input* da parte dell'opinione pubblica giungevano, infatti, alla Corte essenzialmente per il tramite della stampa, in particolare in occasione del tradizionale incontro per la presentazione della relazione sull'attività svolta nell'anno appena trascorso<sup>28</sup>. Oggi, al passaggio da un rapporto mediato a quello diretto con l'opinione pubblica si accompagna anche una seconda evoluzione: quella del passaggio dal monologo al *dialogo* con la pubblica opinione.

Se, infatti, l'opinione pubblica – per sua stessa definizione - presuppone una società civile separata dallo Stato, "tra le due entità deve esistere un flusso comunicativo che consenta loro di dialogare, che consenta di trasmettere allo Stato e ai suoi organi le volontà e le richieste dei cittadini riuniti nella società civile e, viceversa, di informare questi ultimi sulle attività e sulle decisioni assunte dallo Stato"<sup>29</sup>. E, infatti, il Presidente emerito Lattanzi, nel descrivere l'esperienza dei viaggi nelle scuole e nelle carceri, scrive che "all'inizio abbiamo avvertito l'esigenza di uscire dal Palazzo, di farci conoscere e di conoscere i cittadini, di incontrare il Paese reale. Strada facendo però il Viaggio si rivelato qualcosa di più di uno strumento di conoscenza, un'occasione importante di ascolto reciproco"<sup>30</sup>.

---

*nel 1988, in Foro It., 1989, parte V, col. 173 (in cui si sottolinea come la conferenza annuale "contribuisca a rendere viva la Costituzione nella coscienza dei cittadini e a indicare con esattezza il ruolo della Corte nel nostro ordinamento"); A. LA PERGOLA, La giustizia costituzionale nel 1986, in Foro It., 1987, parte V, col. 149 (che ricorda il compito del giudice di "spiegare a tutti i precetti della Costituzione e la propria opinione e il dover comunicare con la pubblica coscienza"); L. AMADEI, Discorso in occasione del venticinquennale della Corte Costituzionale, ("Oggi se la Costituzione è il vero sostegno della piramide kelseniana, se le sue norme costituiscono un messaggio vivente nella coscienza dei cittadini, non poco merito di questo va all'attività della Corte").*

<sup>24</sup> Sia consentito rinviare a *La Corte costituzionale e l'opinione pubblica*, Relazione al Convegno di Torino del 17-18 ottobre 2020 sul tema "*Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*", in corso di pubblicazione in *Dir. Soc.* 4/2019.

<sup>25</sup> A. QUARANTA, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2011*, Roma, Palazzo della Consulta, 23 febbraio 2012, 1. Sul potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale, ed in particolare sulle relazioni annuali, si v. M. BUQUICCHIO, *Contributo allo studio delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale*, Bari, 2000, in part. 84 ss.

<sup>26</sup> U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa*, cit., 1.

<sup>27</sup> *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella riunione straordinaria* del 21 marzo 2019, cit., 1.

<sup>28</sup> Il Presidente U. DE SIERVO, ad esempio, sottolineava nel suo incontro con la stampa del 10 febbraio 2011 che "un rendiconto annuale può aiutare a ricordare almeno alcune sentenze particolarmente significative ed a meglio comprendere il complesso delle attività della Corte costituzionale; al tempo stesso, questo rendiconto può anche opportunamente ricollegarsi al contesto sociale ed istituzionale entro cui la Corte ha operato".

<sup>29</sup> P. MANCINI, *Manuale di comunicazione pubblica*, Bari-Roma, 2006, cap. IV, § 4.

<sup>30</sup> Così il Presidente Lattanzi nella sua intervista *La nostra Costituzione, uno scudo per i più deboli*, cit., 5. Si v. anche la *Relazione* dello stesso Presidente Lattanzi del 21 marzo 2019, cit. ("La Corte ha maturato la consapevolezza che deve uscire dal Palazzo, deve conoscere e farsi conoscere, deve farsi capire e deve capire, anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e far capire la Costituzione").

In terzo luogo, rispetto al passato, sono mutati anche i *destinatari* della comunicazione della Corte costituzionale: oggi la Corte ritiene di non dover parlare più solo ad un “pubblico generale”<sup>31</sup> ed indifferenziato identificabile con tutti i cittadini e gli stranieri che vivono nel nostro Paese e che si riconoscono nei principi della nostra Carta costituzionale, ma di dover instaurare un dialogo anche con “pubblici” più mirati, considerati espressione del “Paese reale”<sup>32</sup>. Nel 2019 – in occasione delle celebrazioni per il settantesimo anniversario dell’entrata in vigore della Costituzione – la Corte ha, in particolare, individuato nei giovani delle scuole e nei detenuti i destinatari della propria comunicazione: i primi perché – come ha chiarito lo stesso Presidente Lattanzi – è compito delle nuove generazioni “custodire e conservare” la Costituzione; i secondi perché le hanno consentito di trasmettere il messaggio secondo cui “la Costituzione è di tutti ed è per tutti, pure per chi è detenuto, con i doveri e le relative responsabilità, ma anche con i diritti e le relative tutele”<sup>33</sup>.

Il rapporto diretto e dialogico della Corte con la pubblica opinione ha anche stimolato la ricerca di *nuove forme di comunicazione* per raggiungere “tutte le persone”<sup>34</sup> nelle diverse realtà del Paese. La Corte ha pertanto avviato un’iniziativa “assolutamente inedita e che non ha precedenti non solo nella storia della nostra Repubblica ma neppure nel mondo”<sup>35</sup> intitolata “viaggio in Italia”.

Si tratta di un viaggio che si è venuto articolando in due percorsi: il “viaggio nelle carceri” e il “viaggio nelle scuole”. Il viaggio presso gli istituti penitenziari è iniziato il 4 ottobre 2018 nel carcere romano di Rebibbia e si è articolato in dodici tappe. Da questa esperienza è nato un docu-film, diretto dal regista Fabio Cavalli, dal titolo “*Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri*” che è stato proiettato in anteprima a Roma, presso l’Auditorium Parco della Musica ed in seguito trasmesso dal servizio radiotelevisivo nazionale e presentato alla Biennale del Cinema di Venezia. Il viaggio è stato descritto dalla Corte come “un’importante occasione di scambio reciproco”<sup>36</sup> ed è stato accompagnato da dichiarazioni ed interviste dei giudici della Corte pubblicati su molte delle principali testate giornalistiche italiane o trasmessi dai canali radio e televisivi della emittente pubblica nazionale<sup>37</sup>.

Molto più articolato è stato, invece, il “viaggio nelle scuole”, un percorso di 36 tappe partito nel 2018 e che la Corte intende proseguire sino alla fine dell’a.s. 2019/20. Il viaggio, definito un vero e proprio “brand della Corte costituzionale”<sup>38</sup>, ha consentito ai giudici di incontrare studenti di istituti scolastici di tutto il Paese, con un’attenzione particolare alle periferie. Anche questo viaggio è stato accompagnato da una narrazione mediatica attenta e diffusa su tutto il territorio, soprattutto a livello locale<sup>39</sup>, ed è stato documentato, tappa dopo tappa, sul sito della Corte costituzionale con gallerie fotografiche e brevi narrazioni dei giudici “per sintetizzare il senso” dell’iniziativa, nonché con brevi video dei singoli giudici sulle “parole della Costituzione”.

---

<sup>31</sup> Secondo la definizione di P. GROSSI, *L’opinione pubblica. Teoria del campo demoscopico*, Roma-Bari, 2004, § 4.2.

<sup>32</sup> G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli*, cit., 5.

<sup>33</sup> *Ivi*, 1.

<sup>34</sup> *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella riunione straordinaria* del 21 marzo 2019, cit., 2.

<sup>35</sup> L’informazione circa la presentazione del film e del discorso che in questa occasione ha reso il Presidente Lattanzi è stata diffusa dalla Corte costituzionale attraverso il proprio sito ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>36</sup> Si v. la già più volte richiamata intervista del Presidente G. LATTANZI al quotidiano la Repubblica, *La nostra costituzione è uno scudo*, in part. 5.

<sup>37</sup> Una rassegna stampa è contenuta sul sito della Corte costituzionale, nella pagina di presentazione dell’iniziativa (<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/vic/vic-auditorium.do>).

<sup>38</sup> Comunicato di D. STASIO, Responsabile della Comunicazione della Corte costituzionale, *Il viaggio raddoppia e riparte dalle periferie*.

<sup>39</sup> La rassegna stampa completa delle interviste e degli articoli è anch’essa disponibile sul sito della Corte costituzionale.

Un'ulteriore modalità “per comunicare con il Paese, per conoscere e farsi conoscere”<sup>40</sup>, per “uscire dal palazzo e incontrare il Paese reale”<sup>41</sup> è stata la mostra fotografica intitolata “il volto della Corte”, “un'inedita narrazione della Corte costituzionale – come si legge nel comunicato stampa di presentazione - attraverso 60 fotografie delle donne e degli uomini che lavorano nel Palazzo della Consulta insieme ai giudici costituzionali”<sup>42</sup>. Spirito dell'iniziativa – come dichiarato dall'allora vice-Presidente Marta Cartabia, in occasione della presentazione alla stampa – è stato quello di valorizzare il volto “umano” della Corte, la sua “vicinanza alle persone” e di presentare la Costituzione come la “casa degli italiani”<sup>43</sup>, una “casa in cui ci si sente al sicuro, tra persone care, ci si riposa”<sup>44</sup>.

Lo spazio di questo contributo non consente di approfondire le ragioni del rilevante cambiamento del rapporto tra Corte costituzionale e società civile.<sup>45</sup> Si tratta di una trasformazione che ritengo debba essere letta, in primo luogo, come la necessaria risposta ad un processo di trasformazione della comunicazione pubblica e della sfera pubblica e che si accompagna, da un lato all'esigenza di fornire un'informazione accurata e veritiera sulla propria attività e il proprio ruolo e, in secondo luogo, alla consapevolezza di dover assumere anche un ruolo di formazione delle “coscienze” dei cittadini, “per mantenere vivi i valori della Costituzione”.<sup>46</sup>

Il timore della difficoltà di un'adeguata percezione dell'attività e del ruolo del giudice costituzionale è comune anche ad altre corti costituzionali e supreme: negli Stati Uniti, ad esempio, uno studio ha rivelato che nonostante la sovrabbondanza di fonti di informazione sulla attività della Corte Suprema – Internet, canali satellitari, radio, blog tematici, ecc. – il livello di conoscenza da parte del pubblico americano dei singoli giudici era addirittura calato rispetto agli anni Settanta.<sup>47</sup> In Inghilterra, ove la Corte Suprema è un organo di recente istituzione, essendo stata introdotta con il *Constitutional Reform Act 2005* e divenuta operativa il 1 ottobre 2009, si avverte una forte esigenza di comunicare al grande pubblico la natura, il valore e la legittimazione del nuovo organo. Il primo responsabile della comunicazione della Corte ha sottolineato l'importanza per la Corte di essere “aperta, trasparente e accessibile” ed è per questo motivo che la Corte Suprema inglese è stata la prima a fornire una comunicazione in tempo reale sulle proprie principali pronunce attraverso Twitter. Uno studio ha peraltro evidenziato come i giornalisti tendano a fornire un'immagine falsata dell'attività della Corte Suprema inglese, prediligendo spesso le notizie relative

---

<sup>40</sup> Comunicato stampa del 13 marzo 2019.

<sup>41</sup> Comunicato *Il viaggio raddoppia e riparte dalle periferie*, cit.

<sup>42</sup> Comunicato stampa del 13 marzo 2019.

<sup>43</sup> M. CARTABIA, *Porte aperte alla Consulta*, Intervista al *Corriere della Sera*, 27 marzo 2019.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Mi sia consentito, anche a questo proposito, rinviare alle considerazioni che ho espresso in *La Corte costituzionale e l'opinione pubblica*, cit.

<sup>46</sup> L'espressione è sempre tratta dalle dichiarazioni del Presidente LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., 5 (“Sentiamo la responsabilità di mantenere vivi nelle coscienze dei cittadini i valori della Costituzione”). Per considerazioni analoghe, rese da altri giudici costituzionali in ordinamenti stranieri, si v. le dichiarazioni del giudice Brennan, negli Stati Uniti, secondo cui a Corte Suprema ha bisogno della stampa per assolvere il proprio ruolo “di istruire e ispirare” (W.J. BRENNAN JR., *Why Protect the Press?* 18 *Columbia Journalism Review* 59 (1980), 59). Alla Corte Suprema del Canada si riconosce analogamente il ruolo “to construct and impose a real and symbolic universe on Canadian society” (F. SAUVAGEAU, D. SCHNEIDERMAN, D. TARAS, *The Last Word: Media Coverage of the Supreme Court of Canada*, Vancouver, 2006, 21).

<sup>47</sup> R. DAVIS, D. TARAS (EDS.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, 2017 20. I sondaggi – che negli Stati Uniti coprono ogni aspetto dell'attività e del ruolo istituzionale della Corte Suprema – hanno rivelato che nel 2005 una bassissima percentuale di americani conosceva il Presidente della Corte Suprema Roberts o ne ricordava il nome ed ancor più bassa era la *name recognition* dei singoli giudici.

a pronunce in tema di tutela dei diritti umani e lasciando, invece, *unreported*<sup>48</sup> la maggior parte delle sue decisioni. In ultimo, in Francia, il *Conseil constitutionnel*, al fine di agevolare la comprensione delle pronunce da parte del pubblico e dei media, ha deciso nel 2016 di “modernizzarne la redazione”,<sup>49</sup> abbandonando la tradizionale stesura delle pronunce in *considérants*. Si tratta, certamente, com’è stato rilevato, di una modifica di natura formale<sup>50</sup>, ma che segnala un nuovo approccio del *Conseil* nella comunicazione pubblica. L’introduzione nel 2010 della *Question prioritaire de légitimité constitutionnelle (QPC)* ha, infatti, accresciuto la visibilità del *Conseil* e suggerito l’adozione di più attente strategie di comunicazione della giurisprudenza costituzionale.

Nell’attuale scenario che la nostra Corte costituzionale, al pari delle altre corti costituzionali, ha quindi bisogno dei media e dell’opinione pubblica così come i media e l’opinione pubblica hanno bisogno della Corte. Se fino a pochi anni or sono le corti costituzionali curavano, per esigenze di trasparenza<sup>51</sup>, il solo aspetto della trasmissione ai media delle informazioni relative alla propria attività, si comprende come oggi le due “dimensioni” della comunicazione (input e output, comunicazione e trasparenza) tendano a fondersi.

### 3. Le modifiche delle norme integrative nel quadro della trasformazione del rapporto tra Corte costituzionale e opinione pubblica

Le modifiche delle Norme Integrative – con particolare riguardo all’apertura ad *amici curiae* e ad esperti esterni – devono, dunque, essere lette alla luce della profonda trasformazione della comunicazione istituzionale della Corte e del suo rapporto con l’opinione pubblica. E’ in questo contesto che è maturato, infatti, il provvedimento del Presidente del 21 novembre 2018 sull’accesso agli atti da parte dei terzi<sup>52</sup> (con il quale si chiedeva di porre fine alla prassi di mettere a disposizione gli atti processuali agli intervenienti prima che – in udienza pubblica o in camera di consiglio – si fosse deciso sull’ammissibilità degli interventi) e si è avviato un confronto sul tema “Interventi di terzi e *amici curiae*” attraverso un seminario di studi.

Nel tentativo di delineare il ruolo di questa figura nel nostro giudizio di legittimità costituzionale, si possono richiamare il già citato comma 1 dell’art. 4-ter, secondo cui l’*amicus curiae* debba essere portatore di “interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità” ed il comma 4 che precisa che l’opinione deve offrire “elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità”. La disposizione sembra, dunque, accogliere una nozione tendenzialmente restrittiva di *amicus curiae*, quale soggetto che può offrire un contributo alla

---

<sup>48</sup> L.J. MORAN, *Judicial Institutional Change and Court Communication Innovations. The Case of the UK Supreme Court*, in R. DAVIS, D. TARAS (eds.), *Justices and Journalists*, in part. 261-2, ad esempio, cita il caso della sentenza *Birmingham City Council v. Abdulla and others* della Corte Suprema inglese del 2012, riguardo alla quale un *report* era disponibile sul sito di un quotidiano e sulla banca dati *Lexis Nexis* un minuto dopo il suo annuncio.

<sup>49</sup> Si v. il Comunicato stampa del Presidente del *Conseil constitutionnel* del 10 maggio 2016, sul cui P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in C.A. D’Alessandro, C. Marchese (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, vol. 1, Roma, 2018, 183 ss., in part. 194.

<sup>50</sup> P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale*, cit.,

<sup>51</sup> Sul concetto di trasparenza e sulla sua differenza con la comunicazione, G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in G. Arena (a cura di), *La funzione di comunicazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001 e E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un’analisi comparata*, in *Dir. Inf. e dell’Informatica*, 1987, 819.

<sup>52</sup> Il testo del provvedimento è disponibile su *Consulta OnLine* ([www.giurcast.org](http://www.giurcast.org)) con nota di commento di A. RUGGERI, *Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell’intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità*, *Studi* 2018/III, 616.

decisione del caso – soprattutto a fronte di questioni difficili - senza farsi portatore di un interesse particolare.

La figura dell'*amicus curiae* nasce negli ordinamenti di *common law* nell'interesse delle corti e con l'intento di offrire loro tutti gli elementi utili alla conoscenza della questione oggetto del giudizio, in modo indipendente dagli interessi delle parti del giudizio o da quelli di soggetti terzi<sup>53</sup>. Negli Stati Uniti – ove questa figura è stata disciplinata dalla *Rule 37* per i giudizi di fronte alla Corte Suprema (e dalla *Rule 29* delle *Federal Rules for Appellate Procedures*), pur in assenza di una precisa definizione, si chiarisce che solo “la memoria (brief) dell'*amicus curiae* che pone all'attenzione della Corte questioni rilevanti non rilevate delle parti può essere di considerevole aiuto per la Corte” e che diversamente, essa “*burdens the Court and its filing is not favoured*”.

Tali precisazioni non hanno tuttavia impedito una trasformazione della funzione dell'*amicus curiae*<sup>54</sup> : anche in considerazione degli stessi caratteri dell'*adversary system* americano, l'*amicus curiae* non costituisce più solo un soggetto che può offrire *aiuto* alla comprensione del caso e delle questioni che non emergono (in tutto o in parte) dagli atti processuali, ma è divenuto soprattutto il portatore di un interesse qualificato inerente, in modo diretto ed immediato, a quello oggetto del giudizio, il cui compito è quello “di sostenere una delle parti o di dare risalto, pubblicità o credibilità al caso o ad una specifica questione”<sup>55</sup>.

Nella nostra esperienza, la difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra interesse particolare ed interesse diffuso o collettivo – ben potendo, infatti, i due profili finire per coincidere – rende quindi difficile leggere nel criterio della rappresentanza di interessi diffusi o collettivi un filtro efficace attraverso cui la Corte potrà operare una concreta selezione delle opinioni scritte degli *amici curiae*. Più efficace potrebbe, invece, rivelarsi il criterio dell'*attinenza* dell'opinione alla questione di legittimità costituzionale<sup>56</sup> nonché, per la sua più incerta e discrezionale interpretazione, quello della sua *utilità* per la conoscenza e la valutazione del caso.

Se quindi, da un lato, è plausibile che la novità produca una “chiamata alla partecipazione”<sup>57</sup> dei molteplici soggetti, portatori di interessi diffusi, inerenti alla questione di legittimità costituzionale, consentendo loro di far sentire a pieno titolo la propria voce e di uscire dall'incerta qualificazione in cui le maglie strette della procedura li avevano in passato confinati, la Corte dovrà dunque anche – anche sul piano della sua apertura alla società civile sul piano processuale - abilmente “dosare” il proprio grado di apertura alla società civile. Occorre, infatti, evitare le conseguenze negative che ha prodotto il grande successo della figura dell'*amicus curiae* in altri ordinamenti, ove la partecipazione di tale tipologia di soggetti ha finito per essere spesso surrettiziamente sollecitata dalle stesse parti<sup>58</sup>: un'eccessiva sproporzione nella capacità delle parti di “attrarre consenso” per le proprie posizioni, soprattutto ove vengano in considerazione temi socialmente controversi, potrebbe infatti

---

<sup>53</sup> Sul tema B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 4/2019, 26 novembre 2019.

<sup>54</sup> Sulla trasformazione del ruolo dell'*amicus curiae* da «amicus» ad «advocate», si v. oltre al citato contributo di B. BARBISAN, *Amicus Curiae*, si v. P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte suprema degli Usa*, in *Giur. Cost.* 1994, 2135 ss.; T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2019/1; ID., *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. Cost.*, 2019, 371 ss.; A. WIIK, *Amicus curiae before international courts and tribunals*, Heidelberg e Oxford, 2018, 87.

<sup>55</sup> WIIK, *Amicus curiae before international courts and tribunals*, cit., 83.

<sup>56</sup> Sul punto F. CLEMENTI, *Amici Curiae?* cit.

<sup>57</sup> A. LECIS, *La svolta del processo costituzionale*, cit.

<sup>58</sup> M. SCHACHTER, *The utility of pro-bono representation of US-based amicus curiae in non-US and multi-national courts as a means of advancing the public interest*, in 28 *Fordham International Law Journal* (<https://www.fordhamilj.org/>), 89 (2004), 90.

tradursi in una disparità tra le parti del giudizio *a quo* o, ancor peggio, acuire il rischio di una politicizzazione del giudizio di legittimità costituzionale.

Quanto, invece, alla seconda novità – quella relativa all’audizione di esperti “di chiara fama” chiamati dalla Corte a fornire informazioni “attinenti a specifiche discipline”, essa risponde ad un’esigenza particolarmente avvertita dal giudice costituzionale, come emerso dalle stesse dichiarazioni del Presidente emerito Lattanzi<sup>59</sup>. L’audizione viene, dunque, concepita in modo non dissimile da quella che si tiene di fronte al Parlamento quindi come un confronto della Corte con studiosi su una questione specifica, con posizioni diverse<sup>60</sup>. Sul punto, come opportunamente osservato in dottrina<sup>61</sup>, le maggiori perplessità riguardano la selezione degli esperti in assenza di contraddittorio con le parti, cui è consentito solo rivolgere domande agli esperti con autorizzazione del Presidente, quindi né proporre la loro audizione, né essere coinvolti nella selezione.

#### 4. La Corte costituzionale selezionatrice di interessi di parte?

In linea con i cambiamenti introdotti dalla Corte sul piano della comunicazione e delle attività non istituzionali, le modificazioni delle Norme integrative si propongono, dunque, di dare voce alla società civile, di avvicinarla alla Corte<sup>62</sup> e di accrescere la sua consapevolezza dell’impatto delle decisioni sul «Paese reale». Al tempo stesso, le modifiche –introducendo dei presupposti per l’ammissibilità delle opinioni scritte degli *amici curiae* e definendo le modalità per l’acquisizione delle informazioni da parte degli esperti - riflettono l’esigenza della Corte di bilanciare le opposte esigenze di trasparenza e chiusura, di vicinanza ed opportuna distanza dalla società civile, obiettivo che costituisce altresì la maggior sfida con cui la Corte è chiamata a misurarsi anche nella rivoluzione sul piano della comunicazione.

Si comprende, quindi, come anche con riferimento alla modificazione delle Norme integrative siano state espresse quelle stesse perplessità che sono state avanzate in dottrina in merito all’assunzione di un ruolo attivo della Corte nella comunicazione ed al suo ricorso a nuove strategie di dialogo con la pubblica opinione<sup>63</sup>. In particolare, si è sottolineato come “le modifiche delle norme

---

<sup>59</sup> Si v. in particolare le considerazioni del Presidente Lattanzi in apertura del Seminario sul tema “*Interventi dei terzi e amici curiae nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell’esperienza delle altre corti nazionali e sovranazionali*”, svoltosi presso la Corte costituzionale il 18 dicembre 2018 (“Se può valere una testimonianza aggiungo che in questi anni, e sono ormai quasi alla fine dell’incarico, non ho sentito l’esigenza di contributi ulteriori da parte di eventuali intervenienti, mentre in alcuni casi sarebbero stati utili approfondimenti di tipo istruttorio o anche diversi. Penso ad esempio ad audizioni come quelle delle Camere, da fare in udienza, per acquisire conoscenze ulteriori”).

<sup>60</sup> Sul tema, prima dell’introduzione delle modificazioni delle N.I., si v. V. MARCENÒ, *La solitudine della corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. Cost.*, 2019, 2, 393 ss.

<sup>61</sup> A. SCHILLACI, *La “porta stretta”*, cit.

<sup>62</sup> Sul punto anche le considerazioni di G. SOBRINO, «*Uscire dal Palazzo della Consulta*»: *ma a che scopo? E in che modo? La “rivoluzione comunicativa” della Corte nell’attuale fase della giustizia costituzionale*, intervento al Convegno sul tema *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino, 17-18 ottobre 2019.

<sup>63</sup> Sul punto, si v. da ultimo, MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., in part. 274 e ss., ma si v. anche E. BETTINELLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica (in un sistema politico debole)*, cit., in part. 41; D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., in part. 283; G. D’AMICO, *La Corte e “le voci di dentro”: strategie comunicative e capacità persuasiva del giudice delle leggi nei suoi comunicati stampa*, in AA. VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Torino, 2018, 295 ss. in part. 298; Id., *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta*, cit.; M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 115 ss.; P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale*, cit., in part. 187 ss.; R. PINARDI, *Il problema dell’impatto della declaratoria di incostituzionalità alla luce del ruolo della Corte nel sistema. Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Milano, 9-10 giugno 2017*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2017, n. 7; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte tra*

integrative ... richiederanno di essere maneggiate ... con molta cura ed altrettanta prudenza”,<sup>64</sup> ma soprattutto da parte di alcuni commentatori si è avvertito “il pericolo che la Corte possa esporsi a pressioni<sup>65</sup> o che l’ascolto della società civile “si commuti in un ribaltamento della sua legittimazione”.<sup>66</sup> Si teme, anche in questo contesto, che la Corte possa essere condizionata dagli «umori» dell’opinione pubblica, che possa ricercare nel consenso dell’opinione pubblica una fonte di legittimazione e che il giudizio costituzionale possa trasformarsi in una sede di confronto tra opposte visioni politiche.

Come ha scritto Bin, “la forza della Corte costituzionale è la forza del consenso”<sup>67</sup>: un consenso che la Corte non deve ricercare sulle singole pronunce o su singoli temi di rilevanza costituzionale, ma sul suo ruolo complessivo e sulla sua giurisprudenza e che solo in questi termini può consentirle “di sottrarsi all’abbraccio mortale della vita politica e partitica in senso stretto”<sup>68</sup>.

Il senso della trasformazione in atto, quindi, non va quindi letto come un cedere alla tentazione del consenso popolare, quanto piuttosto, un esercizio – attraverso nuove modalità di dialogo e interazione con la società civile – di quella funzione di integrazione nei valori costituzionali che la Corte ha sempre svolto, sin dai primi anni della sua attività. Alla Corte oggi spetta – con le nuove potenzialità offerte dai mezzi di comunicazione e con le aperture rese possibili dalla modificazione delle Norme integrative - “fornire quel particolare apporto culturale che i giudici hanno dato in ogni tempo e in ogni luogo alla condotta degli affari pubblici, a supporto o a moderazione delle spinte più propriamente qualificabili come politiche”<sup>69</sup>.

Come ha sottolineato Ridola, infatti, “chi abbia seguito gli itinerari dello stato costituzionale non può non apprezzare l’idea di una Corte costituzionale radicata nella società, capace di comprenderne le trasformazioni, i bisogni, le voci di dissenso, le posizioni minoritarie, la complessità delle fratture identitarie. E tuttavia una Corte costituzionale non è un’agorà, non è un foro delle opinioni, perché è chiamata a rielaborare le domande prodotte continuamente dalla complessità, ed il «giudizio» è lo strumento peculiare per approdare, attraverso un iter argomentativo e persuasivo, agli equilibri ed ai contemperamenti che sostanziano la funzione di unificazione politica delle costituzioni del pluralismo”<sup>70</sup>.

Ed allora – come ho avuto occasione di sottolineare in altra sede<sup>71</sup> – sebbene non si possa negare la difficoltà con cui la Corte dovrà oggi misurarsi nella ricerca di un equilibrio tra l’instaurare con la società civile un contatto diretto e tuttavia mantenere con essa quell’opportuna distanza che deriva suo ruolo di garanzia costituzionale - sarebbe errato leggere il suo rapporto dell’opinione pubblica nel modo in cui esso è stato costruito con riferimento agli organi elettivi. In altri termini, ritengo che molte delle osservazioni critiche che sono state sino ad ora rivolte alla Corte, siano conseguenza di una lettura del suo rapporto con l’opinione pubblica quale esso si è venuto delineando per gli organi politici con l’emergere del governo rappresentativo e secondo cui l’opinione pubblica svolgerebbe una funzione di “integrazione sociale e consenso”, unificando i comportamenti pubblici verso decisioni di natura politica o sarebbe espressione degli interessi di parte e, quindi, stimolo per la competizione politica.

---

*l’“anima politica” e quella giurisdizionale. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in part. 1 ss.*

<sup>64</sup> P. RIDOLA, *La Corte si apre all’ascolto della società civile*, cit.

<sup>65</sup> S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”*, cit.

<sup>66</sup> A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale*.

<sup>67</sup> R. BIN, *Sull’imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, 4015.

<sup>68</sup> A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini* (<https://associazioneeuropalibera.wordpress.com/>, 11.01.2017)

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Si v. P. RIDOLA, *La Corte si apre all’ascolto della società civile*, cit.

<sup>71</sup> Sia consentito rinviare, per una più ampia riflessione sul rapporto tra Corte costituzionale e opinione pubblica, a A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit.

Al contrario, invece, ove vengano in considerazione le nuove modalità (anche processuali) di apertura alla società civile, occorre piuttosto guardare a quella funzione dell'opinione pubblica che è quella di integrazione sociale<sup>72</sup>, con particolare riguardo all'integrazione sui valori costituzionali. In questo compito non mi pare, quindi, che sino ad oggi la Corte abbia voluto selezionare – attraverso i viaggi o altre modalità di comunicazione - interessi particolari, né rappresentare una parte della popolazione piuttosto che un'altra: al contrario, nelle dichiarazioni pubbliche dei giudici emerge con particolare insistenza come la scelta del pubblico (le scuole, le carceri) sia funzionale alla trasmissione di un messaggio di portata generale, in particolare all'affermazione – come si legge nelle dichiarazioni del Presidente emerito Lattanzi – di “un'idea di società democratica, pluralista, aperta e tollerante” contenuta nella Costituzione. È, quindi, in questa prospettiva che devono quindi leggersi anche le novità introdotte con la modificazione delle Norme integrative. Tuttavia, anch'esse chiamano la Corte ad una nuova consapevolezza del proprio ruolo e della propria responsabilità.

Consulta Online

---

<sup>72</sup> Si v. in particolare, P. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., cap. III, nonché ampiamente N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano, 2014.



**L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'*amicus curiae* in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale**

SOMMARIO: 1. Il carattere giurisdizionale delle Corti costituzionali: originarietà o conquista sul campo? – 2. Legittimazione ad agire e legittimazione ad intervenire a difesa di interessi adespoti ed esponenziali. – La prospettiva italiana ... – 3. ... e quella francese. – 4. L'integrazione del contraddittorio nel giudizio di costituzionalità.

*1. Il carattere giurisdizionale delle Corti costituzionali: originarietà o conquista sul campo?*

Da più di cinquant'anni la comparazione giuspubblicistica in tema di riflessione sui sistemi di giustizia costituzionale si è ampiamente concentrata sull'elaborazione di una modellistica ancorata al profilo processuale: modalità di accesso e tipologia di pronunce hanno costituito il terreno di confronto principale, lasciando tuttavia sullo sfondo la questione dell'integrazione del contraddittorio, legata ad una configurazione del controllo di costituzionalità lontana dalla dimensione più autenticamente processuale.

Il tempo tuttavia segna il passo e, all'occhio dello studioso, non può che rivelarsi in tutta la sua problematicità la prepotente evoluzione semantica che la nozione di giustizia costituzionale ha subito e che ha reso evidente la difficoltà a considerare oggi esaurienti classificazioni che si riferiscono a contesti storicamente dati.

Il concetto di "giustizia costituzionale" si è, infatti, esteso comprendendo, a pari titolo rispetto al controllo di costituzionalità delle leggi, funzioni di controllo diverse e non meno rilevanti, quali i controlli in materia elettorale o in materia di conflitti di competenza (tra poteri/organi e tra livelli territoriali di governo) e rendendo gli elementi identificativi delle classificazioni tradizionali, per ciò stesso, insufficienti perché parziali in quanto *modellati* sul giudizio di costituzionalità delle leggi.

La questione si intreccia con la qualificazione delle Corti costituzionali, ossia se le stesse possano essere considerate vere e proprie *giurisdizioni* o se alle medesime debba essere riservato lo *status* di organo costituzionale: un'indicazione sintomatica in tal senso è offerta dalla posizione riservata alle Corti costituzionali nei testi costituzionali, i quali a volte qualificano essi stessi le Corti costituzionali come organi giurisdizionali (art. 92 GG; art. III Cost. USA), mentre più spesso, seguendo le orme di Kelsen, le collocano al di fuori del potere giudiziario come organi *costituzionali* dotati di competenze esclusive (art. 134 Cost. italiana; art. 161 Cost. spagnola; art. 61 e 61-1 Cost. francese; art. 142 Cost. belga; artt. 137 ss. Cost. austriaca).

La *querelle* non è di poco conto, come a volte da taluni è stato sottolineato<sup>1</sup>, in quanto strettamente connessa alla "quota" di legittimazione che le Corti devono avere in virtù del potere – alle stesse costituzionalmente riconosciuto – di giudicare l'operato di altri organi costituzionali, che si traduce nel "grado" di autorità delle decisioni costituzionali.

Non va infatti sottovalutato che la *quaestio* della natura giurisdizionale delle Corti costituzionali investe anche il versante dell'estensione al processo costituzionale delle garanzie processuali comuni del principio di imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante collegate alle condizioni personali del giudice (astensione e ricasazione): la delicatezza di tale problematica, oggetto di riflessione da parte della dottrina costituzionalistica italiana in occasione della modifica da parte della Corte costituzionale delle Norme integrative con la delibera del 7 ottobre 2008, è di tutta evidenza e interessa il profilo dell'indipendenza "interna" del collegio giudicante sul versante della

---

<sup>1</sup>D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2006, 53 ss.

capacità di decisione neutrale (leggi: imparzialità del giudice costituzionale, art. 111, comma 2, Cost. it.), e non solo il profilo “esterno” dell’indipendenza, ossia quello volto a scongiurare le interferenze del potere politico.

La problematica si rivela interessante anche sotto il profilo della funzionalità del collegio: poiché la composizione delle corti costituzionali è fissa, la ricusazione di un giudice, in assenza di meccanismi di compensazione (ad es. l’abbassamento del quorum strutturale fissato per le deliberazioni), finirebbe con l’incidere direttamente sulla concreta possibilità di esercizio della funzione costituzionale; analoga questione si pone con riferimento ai ritardi che caratterizzano la sostituzione dei giudici costituzionali il cui mandato è in scadenza<sup>2</sup>. Del resto, alcuni sistemi di giustizia costituzionale prevedono espressamente l’istituto della ricusazione nel processo costituzionale, nella specie quello belga, tedesco e spagnolo.

La stessa questione si pone altresì oggi per quel che concerne la previsione o l’eventuale trasposizione di istituti processuali volti a garantire il contraddittorio nel procedimento/processo costituzionale: in particolare, a seguito della recente modifica delle Norme Integrative avvenuta con la delibera della nostra Corte costituzionale in data 8 gennaio 2020 è stata ammessa la possibilità di intervento del terzo portatore di interessi collettivi, e che si pone in un’ottica di superamento di quelle remore interpretative che rendevano il procedimento davanti alla Corte costituzionale un processo *sui generis* che faceva eccezione all’applicazione delle regole di diritto comune.

Sotto il profilo della natura giurisdizionale è interessante il percorso, per certi versi opposto, che in una sorta di auto-legittimazione hanno seguito, da un lato, il Tribunale costituzionale federale tedesco e, dall’altro, il Consiglio costituzionale francese, il Tribunale costituzionale spagnolo e la Corte costituzionale italiana.

Nel celebre *Status-Denkschrift* del 27 giugno 1952, il Tribunale costituzionale federale tedesco, sebbene la Costituzione lo qualifichi espressamente come organo giurisdizionale, si è auto-qualificato come organo costituzionale (*Verfassungsorgan*), affermando la propria identità di pari rango rispetto agli altri soggetti costituzionali la cui attività è chiamato a sindacare: si è trattato di affermare la propria legittimazione a decidere casi *politici* di natura costituzionale e di dare ai propri poteri un fondamento giuridico di cui la Corte si riteneva destinataria e *dominus*.

Il *Conseil constitutionnel* perviene al medesimo risultato ma per vie diverse.

La Costituzione della V Repubblica istituisce il *Conseil constitutionnel* come *pouvoir public de la République* e lo situa al di fuori del potere giudiziario.

*Nulla quaestio*, dunque, in ordine alla negazione del suo carattere giurisdizionale. Anzi, la soluzione negativa poteva evincersi anche dalla circostanza che la Costituzione ha qualificato i suoi componenti come “membres” e non come “juges”: il *tournant jurisprudentiel* è, com’è noto, costituito dalla storica decisione n. 44 del 16 luglio 1971, nella quale il Consiglio costituzionale non solo estende il parametro costituzionale attraverso la creazione del *bloc de constitutionnalité* – sono queste vicende troppo note e sulle quali in tale sede non ci si sofferma – ma anche consacra il diritto costituzionale come “*droit pourvu de sanctions*”<sup>3</sup> al pari delle altre branche del diritto, sanzioni che spetta al Consiglio costituzionale comminare in quanto “giudice naturale” esclusivo del contenzioso costituzionale.

La grande trasformazione che ha interessato il Consiglio costituzionale agli inizi degli anni settanta ha offerto, dunque, l’occasione di un mutamento concettuale del diritto costituzionale francese rispetto alla tradizionale visione sistematica, per cui il diritto costituzionale giurisprudenziale è divenuto l’oggetto ordinario di analisi del costituzionalista.

---

<sup>2</sup> A. RAUTI, *Riflessioni in tema di imparzialità dei giudici costituzionali*, all’indirizzo telematico dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti (<https://www.associazionedeicostituzionalisti.it>); E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla corte costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 1/2009, 113 ss.

<sup>3</sup> D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Dalloz, Paris, 1995, 13 s.

Anche il Tribunale costituzionale spagnolo, come ribadito nell'ormai celebre *auto* n. 26/2007 del 5 febbraio 2007, richiamandosi alla *declaracion* n. 1/2004 relativa alla legittimazione di tale organo a sollevare la pregiudiziale comunitaria, si è qualificato organo giurisdizionale: il riconoscimento di tale natura è diretto all'estensione al processo di costituzionalità dell'istituto della ricusazione dei giudici, che sarà esercitato dall'Adunanza plenaria del Tribunale costituzionale con la decisione del 5 febbraio 2007 nei confronti del giudice prof. P. Pérez Tremps nell'ambito del contenzioso sullo Statuto della Catalogna.

Con un percorso non dissimile anche la Corte costituzionale italiana, che è stata *ab origine* concepita dal costituente come il supremo organo di garanzia costituzionale dotato di competenze specifiche e composto non da giudici di carriera ma da giudici designati secondo un sistema di selezione misto, in parte per nomina e in parte per elezione, nella nota ordinanza n. 103 del 2008 ha ceduto all'esigenza di riconoscersi natura giurisdizionale, sebbene *sui generis*, auto-qualificandosi giurisdizione competente in unica istanza e nei limiti del giudizio in via principale a promuovere la pregiudiziale comunitaria.

Occorre, pertanto, chiarire la natura del contenzioso costituzionale, considerato che l'oggetto essenziale del diritto costituzionale e in misura non meno rilevante delle altre branche del diritto, secondo la nota teoria di Louis Favoreu, è ormai la risultante degli apporti della giurisprudenza delle Corti costituzionali.

La prima caratteristica della giustizia costituzionale è l'esclusività della competenza e la seconda, tipica dei sistemi europeo-continentali, è che si tratta

(1) di una competenza esercitata

(2) da un organo indipendente dal potere giudiziario, al quale quest'ultimo è collegato da eventuali momenti di cooperazione procedurale, e

(3) la cui legittimazione nell'ordinamento costituzionale discende in misura determinante dalla sua composizione.

È possibile rintracciare una linea di continuità tra questi elementi identificativi e la modellistica elaborata dalla più autorevole dottrina?

La tradizionale classificazione della giustizia costituzionale elaborata a partire dai modelli americano o diffuso e austriaco o accentrato risale a Piero Calamandrei<sup>4</sup> (ed è stata successivamente ripresa e approfondita da Mauro Cappelletti<sup>5</sup>): il primo modello, nel rispetto della tradizione giusnaturalistica, trasfusa nella Costituzione del 1787 (concepita per questo come *higher/fundamental law*), dell'esistenza di diritti inviolabili e intangibili dalla legge ordinaria, affida a qualunque giudice di ogni ordine e grado la competenza a dichiarare in via incidentale, ossia nel corso di un giudizio, l'incostituzionalità di una norma di legge; il modello accentrato (*Verfassungsgerichtbarkeit*), al contrario – fondato sulla tradizione giuspositivistica del *Rechtsstaat* e concepito come una estensione agli atti legislativi del controllo di legalità previsto per gli atti amministrativi, con la conseguenza che la Costituzione prevale sulle leggi ordinarie perché è collocata a un gradino superiore della gerarchia delle fonti, secondo la concezione kelseniana e della scuola di Vienna, e non perché portatrice di valori che informano il sistema costituzionale nel suo complesso (anche se in tal senso evolverà il concetto di costituzione nel secondo dopoguerra) – demanda a un organo appositamente costituito (*Verfassungsgerichtshof*) la competenza a decidere sui ricorsi proposti da soggetti giuridici dotati di espressa legittimazione ad agire. Quanto agli effetti delle pronunce, nel sindacato diffuso di costituzionalità la pronuncia del giudice che ha valore dichiarativo, in virtù del principio dello *stare decisis*, contribuisce alla formazione del *common law*

---

<sup>4</sup> P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950.

<sup>5</sup> M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1976 (1968).

al pari delle altre pronunce giurisdizionali, nel sindacato accentrato la pronuncia di incostituzionalità ha efficacia *erga omnes* e valore costitutivo di annullamento, provocando un vuoto normativo che spetta al legislatore colmare. I due modelli, com'è noto, hanno subito una potente forza di attrazione quando, sotto il profilo modale, si realizza un avvicinamento del sistema misto vigente in Austria (successivamente alle riforme costituzionali del 1929 e del 1975), Italia, Germania e Spagna alla *judicial review*: Esso unisce l'iniziativa di tipo diffuso del modello americano alla concentrazione in un unico organo della funzione di decisione, tipica del modello accentrato, e si fonda sul rapporto di pregiudizialità tra il giudizio di costituzionalità e il giudizio (civile, penale o amministrativo) nell'ambito del quale prende vita la questione della conformità costituzionale della legge: la decisione di incostituzionalità ha effetti *erga omnes* (come in Austria) e valore di una dichiarazione di nullità produttiva di effetti *pro praeterito* (come negli Stati Uniti), secondo la nota lezione capellettiana<sup>6</sup>.

La questione dell'identificazione e qualificazione di un diritto processuale costituzionale è stata avvertita anche dalla dottrina italiana e straniera soprattutto con riferimento all'estensione al processo costituzionali di regole e istituti giuridici del processo comune (principio del contraddittorio, astensione e ricsuzione del giudice costituzionale). Occorre tuttavia precisare che il riferimento a un diritto processuale costituzionale contiene una certa dose di ambiguità: innanzitutto perché il processo costituzionale non esaurisce la materia "giustizia costituzionale" che si compone di elementi non solo processualistici ma anche di carattere sostanziale stante l'intima connessione tra la teoria della giustizia costituzionale e la teoria della Costituzione e le connessioni con il diritto sovranazionale (sotto il profilo contenutistico si distinguono la giurisdizione costituzionale delle libertà, la giurisdizione costituzionale organica e la giurisdizione costituzionale transnazionale); in secondo luogo per la peculiarità e specificità dei procedimenti attraverso i quali si adiscono le Corti costituzionali, ciascuno dei quali ha una propria specifica autonomia e finalità, e la loro difficoltà di una *reductio ad unum*, tant'è che sarebbe più opportuno parlare di "processi costituzionali", infine per l'atipicità delle decisioni adottate e per la peculiarità dei loro effetti (*erga omnes*) che allontanano questo tipo di processo dai processi comuni<sup>7</sup>.

In questo contesto multiforme e sfaccettato si inerisce la questione dell'integrazione del contraddittorio.

## 2. Legittimazione ad agire e legittimazione ad intervenire a difesa di interessi adespoti ed esponenziali. La prospettiva italiana ...

La riflessività delle vicende giudiziarie, il fatto che le stesse "si riflettano" sulla società civile ha

---

<sup>6</sup> M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità*, cit., 110. Per orientare il lettore nell'ambito della copiosa letteratura sul tema si segnalano, tra i tanti: A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521 ss., ora anche in L. Pegoraro, A. Reposo, M. Gobbo (a cura di), *Letture introduttive al diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 1998, 233-242; A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, 7 ss.; di M. CAPPELLETTI, oltre al *Il controllo giudiziario di costituzionalità*, cit., si veda anche *Nécessité et légitimité*, in F. Favoreu (a cura di), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, Paris, 1982, 461 ss.; infine si veda l'ormai classico studio di L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007 e gli accurati riferimenti bibliografici contenuti nella apparato di note dell'introduzione.

<sup>7</sup> E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (a cura), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008; A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, nei Paper del *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)); L. Mezzetti, F. Mac-Gregor (a cura di), *Diritto processuale costituzionale*, Padova, Cedam, 2010

spinto da tempo la giurisprudenza italiana (soprattutto amministrativa, ma anche civile e contabile<sup>8</sup>) a prendere posizione sulla configurabilità di un diritto delle associazioni di promuovere azioni (*legitimatio ad causam*) ed intervenire a vario titolo in giudizio a tutela degli interessi che rappresentano.

La promozione della posizione processuale delle associazioni non riconosciute, in ordine alla sussistenza dei requisiti della legittimazione a ricorrere (interesse ad agire ed interesse legittimo), contro provvedimenti amministrativi, è strettamente connessa alla vicenda della identificazione della categoria degli interessi diffusi ed alla progressiva soggettivizzazione degli stessi mediante l'imputabilità a soggetti giuridici determinati, in relazione alla quale le decisioni giurisprudenziali si intrecciano con le riflessioni della dottrina a partire dalla fine degli anni Settanta: difatti entrambe sono state a lungo divise sulla qualificazione degli interessi diffusi come categoria autonoma rispetto a quella degli interessi collettivi<sup>9</sup>, pervenendo all'individuazione di due indici di esponenzialità dell'interesse diffuso, il collegamento stabile con una data area territoriale e il collegamento con le finalità statutarie dell'associazione.

La posizione della giurisprudenza amministrativa, che per esigenze di economia della trattazione limiteremo a quella degli esordi, è stata fortemente ambigua in relazione all'individuazione dell'indice della territorialità dell'interesse come criterio generale potenzialmente applicabile a tutte le ipotesi in cui sia in discussione una lesione del bene ambiente<sup>10</sup>: dopo aver operato un distinguo all'interno della categoria degli interessi diffusi tra interessi genericamente appartenenti

---

<sup>8</sup> Sulla questione ha preso posizione la Corte di Cassazione agli inizi degli anni Settanta con due decisioni: nella prima del 20 dicembre 1972 n. 3626 (S.U. civ.), ha stabilito che «una pretesa alla legittimità dell'atto non può essere riconosciuta a tutti i cittadini e che, invece, va attribuita soltanto a coloro che si trovano in una posizione differenziata nei confronti della collettività, da taluno definita posizione legittimante. Ma, poiché tale disposizione si individui, è sufficiente e necessario che il singolo si trovi in una situazione sulla quale quella specifica attività amministrativa generi delle conseguenze. Non occorre, dunque, per la configurabilità di tale posizione, che già si siano verificati un danno patrimoniale o una menomazione della personalità».

Nella seconda la Suprema Corte tenta di dare una definizione di interesse diffuso e di configurare delle forme di tutela: in relazione al primo punto, «sono interessi diffusi quegli interessi che per inidoneità dell'oggetto – a causa della sua natura e del carattere della normativa – ad essere considerato nell'ambito esclusivamente individuale, sono riferibili non al soggetto come individuo, ma come membro di una collettività più o meno ampia, coincidente al limite con la generalità dei cittadini» per cui si giunge ad un capovolgimento del problema «non assunzione di un nuovo e più ampio criterio discriminante della giurisdizione amministrativa, ma, partendo dall'interesse legittimo nella sua accezione tradizionale, individuazione eventuale nel portatore dell'interesse diffuso di una posizione differenziata che renda l'interesse legittimo» (Cass., 8 maggio 1978 n. 2207). Mentre la Corte di Cassazione si muove nell'ottica dell'individuazione e specificazione dell'interesse diffuso in relazione al soggetto titolare, conferendogli in tal modo una base di legittimità, la Corte dei Conti ha affermato in via diretta la tutelabilità degli interessi diffusi, a prescindere dalla loro configurazione quali situazioni giuridiche soggettive e definendosi «giudice naturale degli interessi diffusi della collettività», di cui è portatore lo Stato, in quanto il danno ambientale costituisce lesione di interessi diffusi della collettività nazionale, in qualità di fruitore dell'ambiente medesimo (Corte conti, sez. I, 15 maggio 1973 n. 39; Corte conti, sez. I, 20 dicembre 1975 n. 108; Corte conti, sez. I, 8 ottobre 1979 n. 61; Corte conti, sez. I, 16 dicembre 1980 n. 115; Corte conti, sez. I, 22 gennaio 1982 n. 10).

<sup>9</sup> Tema tipico della riflessione giuridica degli anni '80 in merito al quale la dottrina si è spesso soffermata sulla individuazione di confini ermeneutici, per la verità spesso labili, tra interessi adespoti, interessi diffusi ed interessi collettivi, i primi, secondo alcuni, irrilevanti per il diritto in quanto irriducibili ad un titolare (M. BESSONE, *Interesse collettivo dei consumatori e regolazione giuridica del mercato*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 299 ss.), i secondi ascrivibili ai rapporti tra cittadini e Pubblica Amministrazione, talvolta mediato dall'intervento di aggregazioni sociali costituite a loro tutela, ed i terzi necessariamente imputabili ai gruppi portatori degli stessi in quanto interessi di categoria (R. FEDERICI, *Gli interessi diffusi*, Cedam, Padova, 1984, 150 ss.; V. DENTI, *Interessi diffusi*, in *Noviss. Dig. It. (App., IV)*, UTET, Torino, 1983, 307; N. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 1989, 2; E. GABRIELLI, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi ed interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 992; in senso critico, B. CARAVITA DI TORITTO, *Interessi diffusi e collettivi (Problemi di tutela)*, in *Dir. e società*, 1982, 166 ss.; Id., *La tutela giurisprudenziale degli interessi diffusi e collettivi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 35 ss.).

<sup>10</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 19 ottobre 1979 n. 24, in *Foro it.*, 1980, III, 1 ss., con osservazione di A. ROMANO.

alla collettività e dunque privi del requisito della riferibilità ad un soggetto determinato, da cui discende il carattere della legittimità e tutelabilità in sede giurisdizionale, ed interessi che si riferiscono ad una collettività unitariamente considerata ed insediata stabilmente in un dato ambiente naturale, discendendo da ciò «*la possibilità di costituirsi e di acquistare rilevanza giuridica dell'interesse al godimento dei valori espressi dall'ambiente*», di modo che in talune manifestazioni gli interessi in esame, pur conservando il carattere della «*generale riferibilità*», risultano simultaneamente e soggettivamente riferibili «*a tutti o parte dei componenti di una data collettività, individualmente considerati, riguardo al medesimo bene*», il giudice amministrativo esclude che si possa negare pregiudizialmente «*la configurazione di interessi legittimi facenti capo a forme di aggregazione sociale*» tanto più che la detta simultanea riferibilità dell'interesse diffuso alla collettività agevola i fenomeni di aggregazione.

Diversa è la posizione del giudice amministrativo in ordine alla rilevanza della previsione statutaria della difesa di interessi diffusi (ambiente, tutela dei consumatori), in relazione alla quale il fine statutario non è idoneo di per sé a garantire l'effettiva esponenzialità dell'interesse, ritenendosi prevalente il criterio della localizzazione dello stesso in un determinato ambiente territoriale<sup>11</sup>. Se, dunque, da sola, la finalità statutaria non dà conto, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, della soggettività dell'interesse, di contro la sussistenza di entrambi i presupposti (territorialità e scopo sociale), costituiscono indici rilevatori dell'esponenzialità dell'ente in relazione all'interesse diffuso: infatti, la celebre decisione del Consiglio di Stato, cui ci si richiama, non prende posizione precisa sul punto, limitandosi ad escludere la legittimazione a ricorrere dell'associazione Italia Nostra in quanto il riconoscimento governativo non è «*condizione sufficiente*» per ritenere sussistente lo «*stabile e non effimero*» legame territoriale, lasciando intendere un orientamento del giudice amministrativo nel senso di riconoscere la legittimazione a ricorrere a quelle associazioni (anche se prive della personalità giuridica) che operano nell'ambito territoriale di residenza dei soggetti che si assumono lesi in quegli interessi, indipendentemente dal grado di organizzazione dell'ente considerato<sup>12</sup>.

La vicenda del riconoscimento in capo ad enti di fatto della legittimazione ad agire in giudizio non va confusa con la questione delle *class actions*<sup>13</sup>, istituto tipico dell'esperienza giuridica di *common law*, nelle quali l'interesse dedotto in giudizio deve essere comune ai membri della *class* e dunque

---

<sup>11</sup> Cons. Stato, Ad. plen. n. 24 del 1979, cit.

<sup>12</sup> Sul punto v. B. CARAVITA DI TORITTO, *Interessi diffusi...*, cit., 247. Il Consiglio di Stato nella decisione n. 24 del 1979 ha mutato orientamento rispetto alla precedente decisione n. 253 del 1973 il cui iter decisionale era stato il seguente: a) riconosceva a Italia Nostra la natura di «*associazione di privati che si sono costituiti in gruppo organizzato allo scopo di concorrere alla tutela del patrimonio storico, artistico e naturale, ...per il perseguimento di un fine che corrisponde a un interesse per sua natura pubblico e generale*»; b) «*la determinazione di perseguire un tale fine non è rimasta un atto meramente soggettivo, perché ha ricevuto il crisma del riconoscimento governativo: nello statuto vi è, per giunta, un riferimento specifico alla tutela legale del patrimonio artistico e naturale*»; c) «*queste circostanze pongono Italia Nostra in posizione differenziata rispetto al comune cittadino il quale non può vantare alcun titolo fuori dell'appartenenza alla comunità nazionale, ad agire per la tutela di un interesse pubblico diffuso*»; d) «*non si può ritenere che la natura privata dell'ente costituisca ostacolo alla legittimazione, giacché la facoltà di richiedere il controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti della p.a. rientra nell'ambito dell'autonomia privata*»; e) «*pertanto si ritiene che l'associazione ricorrente sia legittimata a proporre il ricorso*» (B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli indirizzi giurisprudenziali in materia di interessi collettivi*, in *Pol. dir.*, 1981, 155 ss.).

<sup>13</sup> Viene definita *class action* quell'azione attivata da un gruppo sociale avente le seguenti caratteristiche: «*1- the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; 2- there are questions of law or fact common to the class; 3- the claims or defences of the representatives parties are typical of the claims or defences of the class; 4- the representatives parties will fairly and adequately protect the interest of the class*» per cui è una *class action* l'azione con la quale «*one or more members of a class may sue either for themselves or for themselves and other members of class*» (*Black's Law Dictionary*, St. Paul Minnesota, Revised 4th ed, 1968, 315); v. anche A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, II ed., 1998, 48 ss.).

rapportabile alla categoria dell'interesse collettivo, per la quale rileva la riferibilità dell'interesse ai singoli individui, uniti da un comune *status*, ed il grado di rappresentatività dello stesso da parte dell'ente associativo, desumibile in vari modi (generalizzazione dell'iscrizione, come per gli ordini professionali, o mediante norme di legge, come per i sindacati)<sup>14</sup>.

Differente è l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza in ordine alla legittimazione all'intervento in giudizio delle associazioni di fatto: qui assume rilievo la finalità statutaria dell'ente che, se non comporta la differenziazione giuridica del soggetto collettivo, di certo gli vale la qualità di centro di imputazione di interessi. Sussistendo la detta ipotesi, costituisce un dato acquisito dalla giurisprudenza che anche gli enti non riconosciuti, purché costituiti per la salvaguardia di beni di interesse generale, siano legittimati ad intervenire in un giudizio pendente: si pensi alle associazioni che promuovono lo sviluppo economico-turistico di una zona balneare, legittimate ad intervenire *ad adiuvandum* in un giudizio per l'annullamento di atti che dispongono la realizzazione di opere pubbliche a danno della spiaggia<sup>15</sup>.

La *vexata quaestio* della legittimazione processuale, sia nella forma della *legitimatio ad causam* che in quella della legittimazione all'intervento, delle associazioni non riconosciute, con riferimento ai criteri di ammissibilità elaborati dal giudice amministrativo in relazione alle associazioni ecologiste, è stata definitivamente superata dal legislatore mediante due espedienti: l'adozione di misure normative *ad hoc* per le associazioni ecologiste e dei consumatori, e la predisposizione di clausole legislative generali, da cui si evince la titolarità del diritto di azione processuale in capo agli enti di fatto.

Con riferimento alle associazioni dei consumatori, prima della legge 30 luglio 1998 n. 281 non esisteva, a differenza delle associazioni ambientaliste, una disciplina organica della materia, ma le misure legislative di carattere speciale venivano desunte, di volta in volta, dalla normativa diretta a colpire specifiche situazioni da cui può derivare un danno all'utente. La legittimazione processuale delle associazioni in discorso si rinveniva, pertanto, in tre distinti corpi di disposizioni: in primo luogo la legge 7 agosto 1986 n. 282, sulla repressione delle sofisticazioni alimentari, che aveva previsto una generale legittimazione delle associazioni di utenti nell'ipotesi di violazione della legge, poi abrogata dalla novella del codice di procedura penale<sup>16</sup>, il quale all'art. 212 delle disposizioni di attuazione testualmente esclude l'ammissibilità della costituzione di parte civile sulla base di leggi e decreti non contemplati dal codice; in secondo luogo la l. 28 dicembre 1993, recante misure a protezione dell'ozono stratosferico e dell'ambiente, legittimava l'azione delle associazioni di consumatori e di protezione ambientale tesa a sequestrare e distruggere i beni prodotti in violazione della normativa ed a richiedere il risarcimento dei danni alle imprese colpevoli; infine la direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 n. 13, relativa alle clausole abusive nei contratti, il cui art. 7 autorizzava le organizzazioni nazionali degli utenti a sottoporre a verifica giurisdizionale ed amministrativa le clausole sospettate di illegittimità al fine di ottenerne lo stralcio<sup>17</sup>. La legge 30 luglio 1998 n. 281<sup>18</sup> introduceva una organica e unitaria disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti: la legge in primo luogo si pone come obiettivo fondamentale la tutela dei diritti e degli interessi dei

<sup>14</sup> In tal senso, B. CARAVITA DI TORITTO, *Interessi diffusi*, cit., 223-228.

<sup>15</sup> T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 29 aprile 1982 n. 224. Anche l'associazione Italia Nostra si è vista riconoscere la legittimazione ad intervenire in giudizio da Cons. Stato, sez. IV, 22 febbraio 1980 n. 114. In senso adesivo A. M. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e Soc.*, 1983; S. VIGORITI, *Legittimazione ad agire ed intervento nelle azioni collettive: proposte per una discussione*, in *Giust. civ.*, 1982, II, 421.

<sup>16</sup> D.p.r. 22 settembre 1988 n. 447, in *G.U.*, n. 250 del 24 ottobre 1988, *Suppl. ord.* n. 92, con avvisi di rettifica in *GG.UU.* n. 291 del 13 dicembre 1988, n. 293 del 15 dicembre 1988 e n. 304 del 29 dicembre 1988.

<sup>17</sup> G. NAPOLITANO, *Le associazioni private*, cit., 605-607; G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, 642 ss.; G. TARZIA, *Le associazioni di categoria nei processi collettivi con rilevanza collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 799 ss.

<sup>18</sup> *G.U.* n. 189 del 14 agosto 1998.

consumatori e degli utenti<sup>19</sup>, sia in forma singola che associata<sup>20</sup>, e di seguito, dopo aver individuato dettagliatamente le situazioni giuridiche soggettive oggetto di protezione, predispone un insieme di garanzie processuali atte a rendere effettiva tale tutela. La grande novità della legge n. 281 si ravvisava nella *legittimatio ad causam* (art. 3) delle associazioni dei consumatori ed utenti, in possesso dei requisiti *ex art. 5<sup>21</sup>*, a tutela degli interessi collettivi che rappresentavano: le azioni consentite erano da un lato l'*actio inhibitoria*, volta a rimuovere gli atti e i comportamenti lesivi delle situazioni giuridiche protette; e dall'altro l'azione riparatoria, sia nella forma della *restitutio in integrum*, ove possibile, che nella forma del risarcimento dei danni; in ogni caso l'associazione può chiedere al giudice competente la pubblicazione della sentenza a spese della parte soccombente. La disciplina della legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori è stata successivamente perfezionata dall'adozione del codice del consumo (decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005 e succ. modiff.)<sup>22</sup>, il cui art. 139, rubricato "legittimazione ad agire", riconosce alle associazioni, inserite nell'elenco del MISE di cui all'art. 137, il diritto ad agire a tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori, decorsi quindici giorni dalla messa in mora dei soggetti ritenuti responsabili, e di accedere alla procedura di conciliazione dinanzi alla Camera di Commercio, industria, artigianato e agricoltura, competente per territorio, o dinanzi ad altri organismi di composizione stragiudiziale delle controversie, al fine di defatigare la macchina della giustizia civile. È interessante segnalare che la misura della conciliazione stragiudiziale era già prevista dalla legge n. 281 del 1998, come pure la possibilità di ricorrere in caso di urgenza ai procedimenti cautelari previsti dagli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c., costituendo in tal modo la normativa a tutela dei consumatori una sorta di "progetto pilota".

Per quanto concerne le associazioni ambientaliste il quadro normativo è definito nel modo che segue: l'art. 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349 ha riconosciuto alle associazioni individuate (ma non

---

<sup>19</sup> La legge n. 281 riconosceva all'art. 1 i seguenti diritti «fondamentali»: diritto alla tutela della salute; diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; diritto ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; diritto all'educazione al consumo; diritto alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; diritto alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra consumatori e utenti; diritto all'erogazione dei servizi pubblici secondo *standard* di qualità ed efficienza. Perplessità sorgono in ordine alla qualificazione di tali diritti come fondamentali: se per taluni la stretta derivazione da alcuni diritti fondamentali costituzionali non si pone in dubbio (salute, informazione, libertà di associazione), per gli altri entrano in gioco, semmai, principi di carattere organizzativo, come il principio di buon andamento dell'amministrazione pubblica riferito allo *standard* qualitativo richiesto nell'erogazione di pubblici servizi, nel cui ambito ben possono trovare adeguata tutela situazioni giuridiche del tipo indicato. Resta da considerare il diritto alla «correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti contrattuali concernenti beni o servizi»: tale diritto sembra muoversi più nell'ambito dell'autonomia contrattuale privata, che deve comunque ispirarsi al principio della massima diligenza che le parti devono avere nell'esecuzione del contratto, che nelle categorie del diritto pubblico, ferma restando la sua qualificazione di diritto soggettivo privato, laddove la qualificazione di diritto fondamentale si attaglia meglio alle situazioni giuridiche soggettive pubbliche.

<sup>20</sup> Sono considerati, ai fini della legge n. 281, «consumatori e utenti», le persone fisiche che acquistano o impiegano beni e servizi per scopi estranei all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta; e «associazioni dei consumatori e degli utenti», le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti (art. 2). Si ritiene, pertanto di dover escludere tale ente dalla categoria delle ONLUS perché privo dell'imprescindibile requisito dell'esclusiva finalità solidaristica.

<sup>21</sup> I requisiti indicati dall'art. 5 della legge n. 281, che l'associazione deve possedere per essere iscritta nell'Elenco delle Associazioni dei consumatori e degli utenti tenuti presso il Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, si configurano come veri e propri indici di rappresentatività e sono: a) ordinamento interno democratico; elenco degli iscritti con indicazione delle quote di partecipazione; rapporto iscritti popolazione nazionale non inferiore allo 0,5 per mille; rendicontazione annuale; funzionamento dell'associazione da almeno un triennio.

<sup>22</sup> Sull'azione a tutela dei consumatori si veda G. BUONOMO, *Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. 1950 "Disposizioni in materia di azione di classe"*, Tomo II (dottrina), n. 273/II, gennaio 2016.



riconosciute) sulla base dei requisiti previsti ai sensi dell'art. 13<sup>23</sup> da un lato la facoltà di intervento nelle azioni di danno e di denuncia allo Stato e/o agli enti pubblici territoriali di fatti lesivi di beni ambientali e dall'altro la facoltà di proporre ricorso per l'annullamento di provvedimenti amministrativi illegittimi. L'esclusione in capo alle associazioni ecologiste della legittimazione a proporre azione di risarcimento del danno ambientale prodotto, ha indotto taluni a parlare di «tutela dimezzata», ipotizzando l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 l. 349/1986 per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.<sup>24</sup>: in realtà l'ipotesi di incostituzionalità sarebbe sanata da una duplice previsione, da un lato della facoltà per i suddetti enti di porre in essere l'azione di *restitutio in integrum* dei luoghi danneggiati<sup>25</sup>, e dall'altro della facoltà di esperire l'*actio inibitoria* delle attività illecitamente poste in essere, come stabilisce l'art. 18 della *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, sottoscritta dall'Italia a Lugano il 21 e 22 giugno 1993.

La posizione processuale delle associazioni ambientaliste è stata di recente confermata dalla giurisprudenza amministrativa che, nel ribadire la legittimazione processuale delle associazioni che rispondano ai requisiti indicati nell'art. 13 della legge n. 349/1986, ha negato tale qualità a quelle associazioni che difettano del requisito della rappresentatività della collettività di riferimento, non potendosi considerare tale il numero dei cd. "Seguaci virtuali" (*followers*) dovendosi questi considerare dei meri osservatori e come tali inadeguati ad integrare e/o compensare sotto il profilo soggettivo un numero esiguo di persone fisiche affiliate all'associazione di protezione ambientale<sup>26</sup>.

La posizione processuale degli enti di fatto portatori di interessi diffusi è stata, inoltre, rafforzata dalla clausola legislativa generale contenuta nei noti artt. 6 della l. 142/1990 e 9 della l. 241/1990, che se da un lato codificano un principio di collaborazione tra cittadini e Pubblica Amministrazione nel perseguimento di interessi pubblici, dall'altro sono particolarmente significativi ai fini dell'indagine in corso, in quanto, introducendo una nozione di procedimento pubblico «allargato», consentono un ampliamento della legittimazione processuale amministrativa nei confronti di soggetti giuridici tradizionalmente estranei al binomio Pubblica Amministrazione/destinatario(i) del provvedimento finale.

Difatti, se l'art.18 in combinato disposto con l'art. 13 della l. 349/86 stabilisce una regola eccezionale che comporta la legittimazione esclusiva delle associazioni individuate dal Ministero dell'Ambiente e nell'ambito della nozione di ambiente fornita dalla legge citata<sup>27</sup>, la previsione *ex*

---

<sup>23</sup> L'art. 13 della l. 349/1986 così prevede: «Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'Ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio Nazionale dell'Ambiente».

<sup>24</sup> M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 584.

<sup>25</sup> M. TARUFFO, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela della nuova disciplina del danno ambientale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 436.

<sup>26</sup> TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18 febbraio 2019 n. 302, con nota di L. GAVONI, *Legittimazione a ricorrere delle associazioni di protezione ambientale all'epoca di Internet e dei social media*, in *RGA online* (<http://rgaonline.it/>), 2 aprile 2019.

<sup>27</sup> Il giudice amministrativo fornisce un'interpretazione restrittiva della legge 349/86, fornendo un criterio di esclusività della legittimazione processuale delle associazioni ecologiste *ex art. 13*: Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 1990 n. 728, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 90 ss.; T.A.R. Emilia-Romagna (Parma), 19 marzo 1991 n. 72, in *Foro amm.*, 1991, 1527; T.R.G.A. Trentino Alto-Adige (Trento), 10 aprile 1990 n. 162, in *T.A.R.*, I, 1990, 2016; T.A.R. Lazio, sez. I, 23 novembre 1990 n. 1124, in *T.A.R.*, 1990, I, 4105. La legittimazione delle associazioni ecologiste si muove, inoltre, all'interno della restrittiva interpretazione che della nozione di ambiente è stata data dal giudice amministrativo sulla base della l. 349/86: in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 1992 n. 223 (in *Foro it.*, 1993, III, c. 97 ss.) ritiene l'associazione Italia Nostra non legittimata a proporre ricorso a tutela di interessi culturali ed urbanistici, in quanto l'art. 18 conferisce

art. 9 della l. 241/90 della partecipazione di associazioni portatrici di interessi diffusi al procedimento amministrativo conferisce agli enti partecipanti «una posizione differenziata e legittimante all'impugnazione dei provvedimenti amministrativi»<sup>28</sup>, indipendentemente dall'individuazione di concreti indici di esponenzialità dei medesimi e al di là delle categorie associative «protette» (associazioni ambientaliste e associazione dei consumatori), stabilendo un principio di «autorizzazione a ricorrere» di carattere generale fondato sul presupposto dell'intervento endoprocedimentale dell'associazione di fatto: il giudice amministrativo si è orientato in questa direzione, affermando secondo un indirizzo giurisprudenziale uniforme la legittimazione del *Codacons*, ente di coordinamento delle associazioni ecologiste e di quelle in difesa dei diritti dei consumatori e degli utenti, a ricorrere e ad intervenire *ad opponendum* avverso quei provvedimenti amministrativi lesivi degli interessi in cui si sostanziano le proprie finalità istituzionali<sup>29</sup>.

### 3. ... e quella francese.

Per quanto concerne la posizione processuale degli enti di fatto suscita interesse la disciplina francese dell'associazionismo, ai fini di enucleare, mediante il confronto con la disciplina italiana, un codice di comportamento associativo comune.

Se, difatti, la legge del 1901, sul contratto di associazione, non frappone difficoltà (v. artt. 5 e 6) in ordine alla legittimazione processuale delle associazioni *déclarées* e per i sindacati professionali con personalità giuridica (art. 411 cod. lav.)<sup>30</sup>, la rigidità del necessario presupposto della personalità giuridica è stato attenuato dall'interpretazione giurisprudenziale attraverso il ricorso alla nozione di «*individualité*», enucleata dalla *Cour de Cassation* nel 1894<sup>31</sup>, e ripresa anche dopo l'entrata in vigore della legge del 1901 dalla giurisprudenza successiva<sup>32</sup> al fine di coniare un concetto ampio di soggettività giuridica, individuando anche nell'associazione non dichiarata «*un être collectif, un sujet de droit distinct des membres du groupe*»<sup>33</sup>, analogamente a quanto avvenuto nell'ordinamento italiano ad opera dell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Cassazione a partire dal 1955.

Ma se la giurisprudenza francese, insieme con la dottrina degli inizi del secolo<sup>34</sup>, ha adottato un indirizzo interpretativo favorevole all'estensione della legittimazione a stare in giudizio agli enti di fatto, ricongiungendola con l'estensione del concetto di soggettività giuridica – la nota decisione del 1894 afferma, infatti, che «*les associations formées dans un but d'intérêt général et spécialement les sociétés des courses, lorsqu'elles ont obtenu l'approbation du pouvoir administratif, trouvent tant dans la nature de leur objet que dans cette adhésion de l'autorité publique, une individualité*

---

la legittimazione processuale solo in difesa della natura. In linea con l'interpretazione restrittiva di «ambiente», T.A.R. Lombardia (Brescia), 15 gennaio 1993 n. 10, in *Riv. giur. amb.*, 1993, 919 ss.

<sup>28</sup> T.A.R. Trentino Alto-Adige (Bolzano), 23 ottobre 1991 n. 161, in *Riv. giur. amb.*, 1992, 905 ss., con riferimento però al criterio selettivo basato sull'esponenzialità degli enti collegata alla localizzazione territoriale degli interessi, da ritenersi assorbito nella disciplina predisposta dalla legge 349/86.

<sup>29</sup> T.A.R. Lazio, sez. II, 14 aprile 1992 n. 1709, in *T.A.R.*, 1992, I, 3342 e nello stesso senso T.A.R. Lazio, sez. III, 22 aprile 1992 n. 433, in *Foro it., Rep.* 1993, voce *Giustizia amministrativa*, n. 468; T.A.R. Lazio, sez. II, 19 dicembre 1990 n. 2235, in *Foro it.*, III, 1991, cc. 179 ss.

<sup>30</sup> R. BRICHET, *Associations*, cit., 530 ss.

<sup>31</sup> *Cour Cass. pen.* 2 janvier 1894, S. 1894, J.C.P. 130.

<sup>32</sup> *Cour Cass. civ.*, 4 juillet 1954, in *Bull. Civ.*, I, 195; Trib. civ. Meaux, 23 avril 1952, in *D.* 1952, J. 431; Trib. civ. Rennes, 2 février 1953, in *D.* 1953, J. 230; Trib. civ., Poitiers, 15 juin 1960, in *D.* 1960, J. 111.

<sup>33</sup> G. SOUCI, *Le fonctionnement des associations*, L'Hermès, Lyon, 1984, 68.

<sup>34</sup> M. MARGAT, *De la condition juridique des associations non déclarées*, in *RTD civ.*, 1905, 235 ss.

propre»<sup>35</sup>–, la progressiva estensione della *legitimatio ad causam* delle associazioni (indipendentemente dalla loro *déclaration, reconnaissance* o *agrément*) si è avuta grazie anche all'evoluzione interpretativa della giurisprudenza moderna che ha riconosciuto alle associazioni la possibilità di intraprendere un'azione giudiziaria per la difesa di interessi collettivi, svincolati dagli interessi individuali dei membri dell'associazione medesima (cd. interessi superindividuali)<sup>36</sup>: le tre pietre miliari di tale giurisprudenza sono costituite da altrettanti *arrêts*, la decisione della *Chambre Criminelle* della Corte di Cassazione del 14 gennaio 1971, che ha dichiarato ricevibile il ricorso dell'associazione «*Le Réseau du souvenir*», avente per scopo di mantenere vivo il ricordo dei deportati nei campi nazisti morti per la libertà, contro una casa discografica produttrice di dischi sul III Reich che esaltavano l'azione di Hitler, ponendo in essere una vera e propria apologia di crimini di guerra; la decisione della Corte di Appello di Colmar del 10 febbraio 1977, che ha dichiarato ricevibile l'azione proposta dall'associazione «*Aide à toute détresse*», avente per scopo la tutela del sottoproletariato, contro il sindaco di un comune che aveva fatto demolire la baracca in legno dove viveva una famiglia in miseria; e infine la decisione della Corte di Assise di Parigi del 15 dicembre 1977, che ha ammesso la costituzione di parte civile dell'associazione «*Choisir*» in un processo per stupro. Le tre pronunce summenzionate sono tutte dominate da un unico filo conduttore: riconoscono alle associazioni la capacità di agire in giudizio in quanto portatrici di un interesse ad agire direttamente connesso allo scopo ideale della loro attività, e dunque la loro azione in giudizio non si pone in contrasto con quella espletata dal pubblico ministero a difesa dell'interesse generale alla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume, ma svolge un utile supporto alla stessa, in quanto per l'attività che svolgono sono in grado di conoscere con tempestività le violazioni dei diritti ed interessi delle categorie che proteggono<sup>37</sup>.

Accanto alla legittimazione ad agire riconosciuta in via generale dalla giurisprudenza civile e penale francese alle associazioni in vista dello scopo sociale dalle stesse perseguito – e che si sostanzia nel duplice rimedio della azione civile di risarcimento danni e nella costituzione di parte civile –, v'è da segnalare la posizione del giudice amministrativo: dinanzi a detta giurisdizione sono proponibili due rimedi, il ricorso per eccesso di potere e il ricorso «*de pleine jurisdiction*». In linea di principio la giurisprudenza amministrativa riconosce all'associazione tutela giurisdizionale in entrambe le ipotesi: il ricorso per eccesso di potere è esperibile dall'associazione solo se, in mancanza di mandato, l'atto amministrativo lede tutti indistintamente i membri dell'associazione; in tal caso la giurisprudenza del Consiglio di Stato è più rigorosa nell'ipotesi di misure regolamentari

---

<sup>35</sup> *Cour Cass.* 2 janvier 1894, cit.

<sup>36</sup> L'ostacolo che si frapponeva al riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio alle associazioni era il rigido indirizzo giurisprudenziale che attribuiva alle formazioni sociali la capacità a stare in giudizio da un lato per la difesa di un interesse personale, qualora l'associazione avesse la personalità giuridica, e dall'altro per la difesa degli interessi dei suoi membri, che la dottrina francese qualifica come «interessi collettivi», ossia come «*la somme des intérêts individuels des membres de l'association*», il che costituirebbe un'eccezione al principio «*nul ne plaide par procureur*». D'altronde, sempre secondo questo indirizzo l'interesse collettivo, assai poco definito, si presta a facili confusioni con l'interesse generale, la cui difesa spetta al pubblico ministero (G. SOUCI, *Le fonctionnement*, cit., 69-73; R. BRICHET, *Associations et Syndacats*, Litec, Paris, 1992., 337-339).

<sup>37</sup> G. SOUCI, *Le fonctionnement*, cit., 75-78. Merita di essere segnalata la motivazione della sentenza della Corte di Assise di Parigi, nella quale viene confutato ogni rilievo sulla non ammissibilità dell'azione civile delle associazioni fondata su di un interesse collettivo: «*Considérant que selon ses status, cette association (Choisir) a notamment pour but de veiller au respect de la personne humaine et à la sauvegarde des femmes exposées au danger; que la spécificité de sa mission en l'occurrence de la défense des femmes moralement atteintes à la suite des crimes sexuels précités, ne se confonde pas avec l'action parallèle du Ministère Public, qui doit assurer la protection de l'ordre public et des mœurs; que cette association défend un intérêt collectif, en l'espèce la dignité de la femme, valeur fondamentale sur le plan éthique et sociale qui doit être juridiquement reconnue et protégée; que la constitution de partie civile de cette association est recevable en la forme et fondée en son principe puisqu'elle justifie d'un préjudice direct, personnel, actuel et certain causé par les infractions précitées*» (ivi, 78).

incidenti su interessi di natura patrimoniale (così è stata negata la legittimazione a ricorrere all'associazione di funzionari contro un regolamento di mera riorganizzazione dei servizi pubblici<sup>38</sup>; mentre è stato ammesso il ricorso dell'associazione a difesa degli interessi dei macellai contro un decreto ministeriale che fissava i prezzi della vendita di carne al dettaglio<sup>39</sup>)

Molto spesso accade che le associazioni si costituiscano al solo scopo di ottenere dal giudice amministrativo una pronuncia a favore del riconoscimento della superiorità di diritti individuali specifici, come il diritto di proprietà, consacrato dalla Dichiarazione dei Diritti del 1789 (art. 17) come sacro e inviolabile e considerato un valore fondamentale del sistema economico: l'esempio più eclatante è costituito dal contenzioso sull'espropriazione per pubblica utilità, che, toccando in alcuni casi interessi di una molteplicità di individui, determina la creazione di un'associazione a difesa degli interessi comuni, la quale, però, non viene legittimata ad agire solo per il fatto di rappresentare gli interessi dei proprietari, ma soprattutto perché agisce a tutela di altri interessi, tra i quali spicca la protezione dell'ambiente (si pensi al contenzioso scaturente dalle espropriazioni conseguenti o coeve all'approvazione di un piano regolatore generale)<sup>40</sup>. All'opposto viene generalmente riconosciuto l'interesse a ricorrere di associazioni che agiscono a difesa di interessi morali (associazioni contro l'alcolismo, federazione nazionale dei genitori degli alunni di scuole pubbliche)<sup>41</sup>. Se, al contrario, l'atto amministrativo ha come destinatari uno o più membri individuati, l'associazione può ricorrere solo in qualità di mandataria<sup>42</sup>.

Il ricorso «*de pleine juridiction*» concerne, invece, il contenzioso dei contratti e della responsabilità per danni: la giurisprudenza del Consiglio di Stato riconosce all'associazione l'interesse a ricorrere quando la lesione colpisce l'ente nel suo complesso e non un singolo associato. Infine la legittimazione ad intervenire, *ad adiuvandum* o *ad opponendum*: in linea di principio l'associazione può intervenire nei giudizi civili e amministrativi in tutti i casi in cui avrebbe la *legitimitas ad causam*<sup>43</sup>. In definitiva, mediante il sistematico ricorso alle giurisdizioni amministrative, strumentale alla funzione di garanzia del rispetto delle regole procedurali, di competenza e di forma, nonché della legalità interna delle decisioni della Pubblica Amministrazione, che si estende alla verifica del rispetto dell'interesse generale, le associazioni contribuiscono in modo rilevante al controllo (democratico) della regolarità dell'azione amministrativa<sup>44</sup>.

Sulla scia dell'indirizzo giurisprudenziale, il legislatore francese con leggi di settore ha predisposto per diversi tipi di associazioni varie forme di legittimazione, che vanno dall'affidamento di funzioni pubbliche alla facoltà di stare in giudizio a tutela di interessi superindividuali, che si rapportano al loro oggetto sociale: ciò che consente di considerare i suddetti enti associativi titolari della legittimazione in ordine alla difesa degli interessi diffusi non è più soltanto la previsione statutaria dei diversi interessi tutelabili, ma l'attribuzione alle associazioni della tutelabilità degli stessi in giudizio, facoltà conferita ad opera della relativa legge.

Le leggi speciali sono numerose e si riferiscono ad associazioni che operano in difesa di interessi generali e che proprio in virtù di questa azione svolgono una funzione collaborativa con i pubblici poteri: si citano, ad esempio, le associazioni familiari (ord. 3 marzo 1945 e d. 24 gennaio 1956) aventi

---

<sup>38</sup> *Cons. État*, 26 ottobre 1956, in *R.D.P.*, 1956, 1309.

<sup>39</sup> *Cons. État*, 23 ottobre 1974, in *A.J.D.A.*, II, n. 52, 363.

<sup>40</sup> In questi casi il Consiglio di Stato esercita sia un controllo di legittimità in ordine alla procedura di approvazione dell'atto amministrativo, sia un controllo di merito sul contenuto dello stesso, impiegando la tecnica valutativa del controllo sull'errore manifesto di apprezzamento (*Cons. État*, 5 gennaio 1979, in *A.J.D.A.*, aprile 1979, 45; *Cons. Stato*, 19 ottobre 1979, in *A.J.D.A.*, febbraio 1980, 110).

<sup>41</sup> V. per tutte, *Cons. État*, 24 mai 1963, in *Gaz. Pal.*, 1963, 285.

<sup>42</sup> *Cons. État*, 21 décembre 1906, *D.*, 1907, 41.

<sup>43</sup> R. BRICHET, *Associations*, cit. 325-364.

<sup>44</sup> R. HOSTIOU, *Le contentieux associatif devant les juridictions administratives*, in J.C. Helin - R. Hostiou (a cura di), *Les associations, l'environnement et le droit*, Economica, Paris, 1984, 94.

il fine di assicurare la difesa degli interessi morali e materiali delle famiglie francesi; le associazioni per la gioventù (ord. 2 ottobre 1943) avente ad oggetto la promozione sul territorio francese delle case della gioventù; le associazioni per la lotta contro l'alcolismo (d. 20 maggio 1955); le associazioni contro il razzismo (l. 1 luglio 1972); le associazioni dei consumatori, l. Royer del 27 dicembre 1973; le associazioni ecologiste, l. 10 luglio 1976.

Le associazioni oggetto di maggiore attenzione da parte del legislatore francese sono state proprio quelle appartenenti alle ultime due categorie, ovvero le associazioni ecologiste e quelle a tutela dei diritti dei consumatori. Il complesso di leggi di riforma concernenti il riordino della disciplina sull'ambiente, realizzato mediante la legge 10 luglio 1976 (in specie art. 40) e la l. del 31 dicembre 1976 (in specie art. 44, che ha introdotto l'art. 160-1 cod. urban.) ha, difatti, esplicitamente attribuito alle associazioni ecologiste per il miglioramento della qualità della vita, che siano state riconosciute d'utilità pubblica ai sensi degli artt. 10 ss. l. 1 luglio 1901 (ed 8 ss. d. 16 agosto 1901, di attuazione) o *agrées*<sup>45</sup> la facoltà di costituirsi parte civile in tutti i giudizi aventi ad oggetto infrazioni che, a qualunque titolo, arrecano un pregiudizio agli interessi che tutelano (dal maltrattamento agli animali alle infrazioni urbanistiche di vario tipo)<sup>46</sup>. Inoltre, accanto alla facoltà di costituirsi parte civile in giudizi penali riconosciuta dal legislatore, la giurisprudenza francese ha, da tempo, ammesso la facoltà per le associazioni ambientaliste di proporre ricorso per eccesso di potere innanzi al giudice amministrativo: il Consiglio di Stato francese ha ritenuto sufficientemente diretto il legame tra il pregiudizio subito dagli associati e l'associazione, legittimando quest'ultima all'azione<sup>47</sup>.

L'urgenza di predisporre un'adeguata tutela dei diritti degli utenti ha indotto, sin dalla metà degli anni settanta, il legislatore francese, a differenza di quello italiano, a predeterminare in via legislativa gli enti collettivi legittimati ad agire in difesa dei suddetti interessi superindividuali: al riguardo rilevano due complessi normativi di disciplina generale del settore commerciale, la l. quadro (*loi d'orientation*) del 27 dicembre 1974 n. 1193 (c.d. *loi Royer*), sul commercio ed artigianato, e la legge n. 14 del 1988, sulle clausole contrattuali abusive. La *loi Royer* riconosce alle associazioni di utenti un vero e proprio «diritto-dovere» di promuovere l'azione civile per il risarcimento danni o l'inibitoria: deve trattarsi, però, di associazioni *agrées*, ossia di organizzazioni funzionanti da almeno un anno e rispondenti a determinati indici di rappresentatività fissati dall'art. 1 del decreto di attuazione n. 491 del 1974<sup>48</sup>. La legge n. 14 del 1988 ha conferito alle organizzazioni di consumatori la facoltà di impugnare le clausole abusive dei contratti a prescindere dalla sussistenza di infrazioni di carattere penale<sup>49</sup>. Il modello francese della tutela risarcitoria dei diritti dei consumatori è stato di recente innovato grazie all'introduzione di una particolare forma di

---

<sup>45</sup> Per essere *agrées* le associazioni ai sensi del d. 7 luglio 1977 devono avere i seguenti requisiti: a) tre anni di costituzione; b) funzionamento conforme agli statuti; c) assenza di scopo di lucro e attività nell'ambito della protezione e del miglioramento della natura e dell'ambiente; d) organizzazione sufficiente (cospicuo numero di soci, regolarità di funzionamento degli organi statutari, rilievo pubblico dell'attività sociale (Y. PITTARD, *La pratique de l'agrément des associations, présentations des premières résultats d'une enquête régionale*, in J.C. Helin - R. Hostiou, a cura di, *Les associations l'environnement et le droit*, cit., 65.).

<sup>46</sup> Sul punto G. SOUCI, *Le fonctionnement*, cit., 79-80; M. PRIEUR, *L'agrément des associations*, cit., 147.

<sup>47</sup> *Cons. État* 18 maggio 1979, in *R.D.P.*, 1979, 1481; B. TOULEMONDE, *Le droit des associations à l'information et à la participation en matière d'urbanisme et d'environnement*, in J.C. Helin - R. Hostiou (a cura di), *Les associations l'environnement et le droit*, cit., 24; J.M. GARRIGOU LAGRANGE, *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, L.G.D.J., Paris, 1970, 54-56.

<sup>48</sup> J.-CH. SERNA - CH. BENOIT, *Le dispositif d'orientation du commerce et de l'artisanat (la loi n. 73-1193 du 27 décembre 1973 et les textes subséquentes)*, in *J.C.P.*, 1974, I, 2643 ss.; J. CALAIS-AULOY - M.O. BESSONE, *La loi Royer et les consommateurs*, in *Foro it.*, 1974, V, 179 ss.; M. BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, in *Foro it.*, 1974, V, 186 ss.).

<sup>49</sup> J. CALAIS - AULOY, *Les actions en justice des associations des consommateurs*, in *Dalloz*, 1974, *Chron.* 194.

«azione collettiva»: l'art. 8 della legge n. 60 del 18 gennaio 1992<sup>50</sup> consente alle associazioni di utenti rappresentative a livello nazionale di agire in nome e per conto – sulla base, dunque, di una vera e propria clausola di mandato – dei due o più consumatori che «abbiano subito pregiudizi individuali a causa di un medesimo operatore economico ed aventi un'origine comune». In tal modo l'ente di fatto assume le vesti di «parte processuale»: ma, come si è potuto constatare, la vicenda italiana è ben lontana da siffatti meccanismi di tutela, essendosi solo apparentemente diretta verso il modello scandinavo-britannico<sup>51</sup>, che demanda la tutela dei diritti e dell'interesse collettivo degli utenti ad un'autorità indipendente: difatti, benché in Italia siano stati, difatti, previsti nel 1990 il Garante della concorrenza e del mercato e nel 1995 il Garante dei servizi sociali, tali autorità, per la configurazione del sistema politico-amministrativo, non godono delle medesime prerogative dell'omologo anglosassone.

Anche se esaminata senza pretesa di esaustività, l'esperienza d'Oltralpe mostra un elemento di contiguità con il legislatore italiano nella predisposizione di adeguati meccanismi di selettività, i quali consentano agli enti portatori di interessi diffusi di interloquire con il potere giurisdizionale nel momento in cui si verificano lesioni delle suddette posizioni collettive superindividuali, che, in difetto di un referente immediato, rischiano di rimaner prive di tutela.

#### 4. L'integrazione del contraddittorio nel giudizio di costituzionalità

Se il processo amministrativo ha costituito il terreno privilegiato di affermazione della posizione processuale degli enti associativi esponenziali, da tempo la dottrina costituzionalistica dibatte sulla necessità di estendere al processo costituzionale l'istituto dell'integrazione del contraddittorio nella forma dell'intervento di terzo traendo spunto da un istituto tipico del diritto anglosassone, l'*amicus curiae*. Tale esigenza nasce, indubbiamente, dalla progressiva concretizzazione del giudizio di costituzionalità delle leggi avvenuta in Europa a partire dal superamento del prototipo austriaco-kelseniano con affermazione di sistemi di giustizia costituzionali ibridi che coniugassero la concretezza della tutela all'astrattezza del controllo: sebbene in molte esperienze costituzionali il giudizio di legittimità costituzionale sia stato concepito ab origine come un controllo su atti (atti normativi scritti) e tra atti (nel rapporto tra le fonti del diritto di grado diverso), la rilevanza del fatto nel giudizio di costituzionalità e la sua metamorfosi in caso concreto con una propria identità valoriale<sup>52</sup> che incide non più solo nella fase prodromica del giudizio di costituzionalità, nella quale deve emergere il vizio di costituzionalità, ma anche nel momento della decisione finale, quando l'elemento della concretezza illumina la disposizione e ne chiarisce il significato.

L'esigenza di un contraddittorio allargato davanti alla Corte costituzionale trova una sua peculiare espressione nel sistema di *common law* e nel carattere eminentemente concreto del *judicial review of the constitutionality of legislation*: è noto, infatti, che l'ordinamento giuridico nordamericano non conosce la distinzione tra giustizia ordinaria e giustizia costituzionale, applicandosi ad entrambi i processi la medesima disciplina contenuta nelle *Rules of the Supreme Court of the United States* revisionate nel 2013. Alla Corte suprema non si accede di diritto, ma solo sulla base di una *petition* volta ad ottenere un *writ of certiorari*, una sorta di azione di accertamento, che viene ammessa con il voto favorevole di almeno quattro dei nove *Justices*. Tuttavia, se l'accesso alla Corte è soggetto a molteplici restrizioni, una volta ammesso vige un ampio contraddittorio: la *rule 24 del Federal Rules of Civil Procedure* disciplina due tipologie di intervento, l'*intervention of right* (intervento di diritto),

<sup>50</sup> J.O. 21 janvier 1992, 964 ss.

<sup>51</sup> B. Capponi - M. Gasparinetti - C.M. Verardi (a cura di), *La tutela collettiva dei consumatori*, ESI, Napoli, 1995, 246 ss.

<sup>52</sup> G. ZAGREBELSKI, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2017,

che riguarda quei soggetti che vantano un diritto di intervento sulla base di una norma di legge federale oppure che abbiano un interesse che possa essere pregiudicato o lesa dalla decisione del ricorso in modo sostanziale<sup>53</sup>, e il *permissive intervention* (intervento concesso), che riguarda quei soggetti che condividono la stessa questione di diritto e di fatto con il ricorrente principale e abbiano un interesse personale o economico alla risoluzione della controversia<sup>54</sup>.

Una delle più grandi trasformazioni che ha interessato il processo costituzionale dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti ha riguardato l'estensione dell'intervento di terzi attraverso il ricorso per *amicus curiae*. La *Rule 37* disciplina minuziosamente le condizioni di presentazione dell'*amicus brief* che può essere depositato solo da un avvocato abilitato a comparire davanti alla Corte Suprema entro trenta giorni dall'inserimento del ricorso nel ruolo dei casi e che va notificato a tutte le parti del giudizio<sup>55</sup>.

Nei primi anni di funzionamento della corte, i ricorsi per *amicus curiae* erano molto rari, nelle prime decadi del XX secolo solo il 10% dei casi registravano interventi di terzi ma alla fine del XX secolo la proporzione si inverte e i casi che non includono ricorsi di terzi intervenienti sono assai rari<sup>56</sup>, consolidandosi successivamente arrivando addirittura a raggiungere il 98% di partecipazione di *amici curiae* nei casi trattati tra il 2014-2015 con 800 *briefs* depositati<sup>57</sup>.

Troviamo una definizione del ruolo e delle funzioni dell'*amicus curiae* nel famoso caso *United States v. Barnett* del 1964<sup>58</sup>, relativo al caso di rifiuto di ammissione del ricorrente Meredith, un giovane di colore, alla *State University* del Mississippi: in questo caso, che toccò anche la questione della competenza della Corte di Appello in materia di diritti costituzionali e a questo riguardo fu consentito al Governo federale di partecipare al processo e il giudice Goldberg, nella sua opinione dissenziente, precisò la natura e le funzioni dell'*amicus curiae*: "*A traditional function of an amicus is to assert "an interest of its own separate and distinct from that of the [parties]," whether that interest be private or public. It is "customary for those whose rights [depend] on the outcome of cases ... to file briefs, amicus curiae, in order to protect their own interests." .... This Court has recognized the power of federal courts to appoint "amici to represent the public interest in the administration of justice"*".

Gli *amici curiae* che sono legittimati dalle Corti a partecipare al contraddittorio sono divisi in tre categorie: in primo luogo, le cariche istituzionali rappresentative; in secondo luogo, organizzazioni private di professionisti o altre categorie di lavoratori (Camere di commercio, Federazioni di Lavoratori, l'associazione dei pensionati, ecc.); infine, associazioni private o enti, in genere organizzati ed espressione di ampi interessi (enti religiosi, gruppi di colore, associazioni ebraiche, ecc.)<sup>59</sup>. Esiste anche la possibilità che sia la stessa Corte Suprema a nominare un esperto per argomentare la posizione di chi ha deciso di non difendere dinanzi alla Corte Suprema la propria vittoria nel grado di giudizio inferiore: questa prassi tuttavia getta una certa incertezza intorno agli interessi effettivamente rappresentati dall'*amicus curiae*, poiché in difetto di costituzione delle parti

---

<sup>53</sup> *Cascade Natural Gas Corp. v. El Paso Natural Gas Co.*, 386 U.S. 129, del 1967.

<sup>54</sup> *SEC v. United States Realty & Improvement Co.*, 310 U.S. 434, del 1940.

<sup>55</sup> J.D. KEARNEY – T.W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, 743 ss.

<sup>56</sup> P.M. COLLINS, JR. – P.C. CORLEY – J. HAMNER, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content*, articolo presentato al 109° Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, Illinois, 29 agosto – 1° settembre 2013.

<sup>57</sup> A.J. FRANZE – R. REEVES ANDERSON, *Record Breaking Term for Amicus Curiae in Supreme Court Reflects New Norm*, in *The National Law Journal*, 19 agosto 2015.

<sup>58</sup> *United States v. Barnett*, 376 U.S. 681, del 1964.

<sup>59</sup> E. ANGELL, *The amicus curiae American development of English institutions*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1967, 1019.

verrebbe meno la sussistenza della controversia<sup>60</sup>.

La valutazione dell'impatto dell'intervento di terzi in un processo costituzionale fondato sulla concretezza dell'azione, offre indubbiamente un argomento a favore del supporto che l'integrazione del contraddittorio può apportare al *decision-making* in termini tecnici e informativi: non è un caso che spesso, nelle motivazioni delle decisioni, compaiano frequenti citazioni degli *amicus brief* come supporto delle *opinions* dei giudici<sup>61</sup>.

Non sempre, tuttavia, i giudici statunitensi sono stati propensi a considerare l'efficacia e il valore aggiunto degli interventi di terzi, perché spesso duplicanti le posizioni e le argomentazioni giuridiche delle parti principali del processo<sup>62</sup>. Il giudice Scalia, illustre esponente della dottrina dell'originalismo, ha proposto una sua interpretazione degli *amicus brief*, riconoscendo negli stessi, soprattutto se provenienti da "*self-interests organisations*" una forma di attività di *lobbying* di gruppi di interessi diretta nei confronti della Corte. Il caso è quello di *Jaffee v. Redmond* nel quale la Corte ha riconosciuto una sorta di privilegio processuale delle organizzazioni degli psicoterapeuti in base all'art. 501 delle *Federal Rules of Evidence* e il giudice Scalia, in una *dissenting opinion*, offre la seguente interpretazione: "*In its consideration of this case, the Court was the beneficiary of no fewer than 14 amicus briefs supporting respondents, most of which came from such organizations as the American Psychiatric Association, the American Psychoanalytic Association, the American Association of State Social Work Boards, the Employee Assistance Professionals Association, Inc., the American Counseling Association, and the National Association of Social Workers. Not a single amicus brief was filed in support of petitioner. That is no surprise. There is no self-interested organization out there devoted to pursuit of the truth in the federal courts. The expectation is, however, that this Court will have that interest prominently-in deed, primarily-in mind. Today we have failed that expectation, and that responsibility*"<sup>63</sup>. Il ragionamento di Scalia tende a mettere in evidenza che i gruppi organizzati hanno una capacità di intervento più forte dei gruppi ad organizzazione debole e che la sovra-rappresentazione di gruppi di interessi ben strutturati sono in grado di influenzare la decisione della Corte e il suo riflesso nella società civile.

La giurisprudenza costituzionale statunitense, oscilla tra una concezione del processo costituzionale aperta all'integrazione del contraddittorio, valorizzando al massimo il contributo che l'intervento dei terzi possa apportare al modello giuridico convenzionale del procedimento deliberativo giudiziale, nel quale i giudici risolvono i casi sulla base dei pareri tecnici degli attori professionali che chiariscono la portata di norme giuridiche, e una concezione del processo costituzionale che dà rilievo all'attitudine del comportamento del giudice, che partendo da connotati ideologici fissi determina i risultati del proprio ragionamento giuridico sulla base delle proprie prestabilite preferenze sulle quali le argomentazioni prodotte dagli *amici curiae* hanno un impatto minimo, se non nullo: in questa cornice si colloca la terza concezione del giudice Scalia, la

---

<sup>60</sup> B.P. GOLDMAN, *Should the Supreme Court Stop Inviting Amici Curiae to Defend Abandoned Lower Court Decisions?*, in *Stanford Law Review*, vol. 63, 2011, 907 ss.

<sup>61</sup> Per esempio, *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288, 300 (1989), opinione di maggioranza di O'Connor, J. (che statuisce contro i ricorrenti sulla questione della retroattività sebbene la domanda fosse "*has been raised only in an amicus brief*"). Uno studioso ha offerto un quadro della frequenza delle citazioni di *amicus briefs*, affermando che "*the proportion of written opinions citing at least one brief*" was 417 for Warren Court Justices, 656 for Burger Court Justices, and 676 for Rehnquist Court Justices", L. EPSTEIN, *Interest Group Litigation During the Rehnquist Court Era*, in *Journal of Law and Politics*, 1993, 639, 650.

<sup>62</sup> *V. Ryan v. Commodity Futures Trading Comm'n*, 125 F.3d 1062, 1063 (7th Cir. 1997), in cui il giudice Posner scrive: "*After 16 years of reading amicus curiae briefs the vast majority of which have not assisted the judges, I have decided that it would be good to scrutinize these motions in a more careful, indeed a fish-eyed, fashion. The vast majority of amicus curiae briefs are filed by allies of the litigants and duplicate the arguments made in the litigants' briefs, in effect merely extending the length of the litigants' brief. Such amicus briefs should not be allowed*".

<sup>63</sup> Scalia, J., *dissenting*, 518 U.S. 1 (1996), 35-36.



quale fa proprie le conclusioni dell'impatto minimo sulla decisione costituzionale da parte dell'intervento di terzo, ma ritiene che qualora l'intervento sia effettuato da enti esponenziali di interessi organizzati, questi possano costituire un indice dell'interesse che i gruppi di interesse influenti sull'opinione pubblica possano avere per la decisione di determinati casi in senso conforme ai propri interessi<sup>64</sup>.

A differenza del modello anglosassone, dove il naturale riconoscimento del principio dell'*amicus curiae* si collega alla natura di giudice della Corte suprema e alla qualità giurisdizionale del *judicial review of the constitutionality of legislation*, in Francia la dottrina ha mostrato una certa ritrosia ad accostare le parole "*procès*" e "*constitutionnel*", almeno sino al 1983, quando il Presidente del Consiglio costituzionale, Daniel Mayer, decise di pubblicare sul *J.O.* i ricorsi presentati al giudice costituzionale e successivamente nel 1994 la decisione di pubblicare le Osservazioni presentate a difesa dal Segretario Generale del Governo<sup>65</sup>. Sulla stessa linea di apertura del contraddittorio vanno collocate le audizioni dei parlamentari-ricorrenti, sebbene parti del processo, per precisare le loro posizioni giuridiche in occasione dell'impugnazione della *Loi Perben II* nel 2004<sup>66</sup> e della *loi Hortefeux* del 2007<sup>67</sup>.

Anche l'iniziativa del Presidente Louis Debré di invitare gli esperti per esporre le proprie analisi sulle disposizioni in contestazione si iscrive nella medesima tendenza correttiva dell'eccesso di oggettivizzazione del ricorso per incostituzionalità: nonostante lo sforzo di apertura portato avanti dal Presidente della Corte, erano evidenti le lacune del sistema di giustizia costituzionale francese, caratterizzato come un giudizio astratto e *a priori*, privo di un interesse sostanziale che dava spazio all'intervento di soggetti privati, dunque, configurato come un processo senza parti, nel quale il contraddittorio era espletato unicamente dalle forze politiche interessate alla conservazione o all'annullamento della legge attraverso lo scambio informale di memorie, pareri e osservazioni<sup>68</sup>.

Eppure, non può non rilevarsi che il rispetto del principio del contraddittorio, contenuto nell'art. 6, comma 1, della CEDU, si pone già con riferimento al controllo preventivo ed è ravvisabile proprio nel contraddittorio informale, le cc.dd. "*portes étroites*", ossia le osservazioni della dottrina su una questione di costituzionalità pendente che si pongono in linea di continuità con la concretizzazione del contraddittorio realizzata con il controllo incidentale di costituzionalità<sup>69</sup>.

L'introduzione della *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), vale a dire del controllo di costituzionalità a posteriori introdotto dalla revisione costituzionale del 23 luglio 2008, realizza pertanto l'attesa modifica di prospettiva.

Infatti, anche a voler arguire dal mero dato testuale, si nota un evidente cambio di passo: l'impiego del termine "*litige*" nell'art. 61-1 Cost. francese per identificare il processo nel cui ambito prende vita la QPC apre la via alla concretizzazione e giuridicizzazione della tutela delle libertà fondamentali e dunque all'ammissione di tutti quegli strumenti processuali che sono rimessi all'iniziativa delle parti che difendono posizioni antagoniste, tra i quali figura l'intervento di terzo<sup>70</sup>.

La fonte di produzione della disciplina del processo costituzionale è l'art. 56 dell'ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958 sul funzionamento del *Conseil constitutionnel* che demanda al

---

<sup>64</sup> J.D. KEARNEY, T.W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, n. 3, 774-776.

<sup>65</sup> D. ROUSSEAU, *Le procès constitutionnel*, in *Pouvoirs*, n. 137, 2011, 47.

<sup>66</sup> Conseil constitutionnel, dec. n. 2004-492 DC del 2 marzo 2004.

<sup>67</sup> Conseil constitutionnel, dec. n. 2007-557 DC del 15 novembre 2007.

<sup>68</sup> A. CONCARO, *Il Conseil constitutionnel francese: verso un "contraddittorio ufficiale"*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1997, 441 ss.

<sup>69</sup> G. DRAGO, *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n. 84, 751.

<sup>70</sup> T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé*, in *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 25, 2008, reperibile al sito [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

Regolamento interno la definizione della procedura da seguire: la disciplina del contraddittorio è contenuta nell'art. 1, che identifica nelle parti del giudizio *a quo*, nel Presidente della Repubblica, nel Primo ministro e nei Presidenti delle due Camere i soggetti legittimati a presentare memorie, osservazioni e documenti, e nell'art. 6, che prevede la possibilità di audizioni, i cui verbali vengono inviati alle parti alle quattro più alte cariche dello Stato, che per prassi inaugurata dalla decisione n. 2007-4002, SEN, del 25 ottobre 2007, resa in sede di contenzioso elettorale sulle elezioni senatoriali dell'Hérault, possono assistervi.

Per quel che concerne la nozione di terzo, si pensi alla prassi dell'invio di lettere informali al Consiglio costituzionale, che sono state sempre interpretate in senso molto restrittivo, sebbene la disciplina dell'intervento di terzo non abbia trovato spazio né nella legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009 né nel regolamento interno del Consiglio costituzionale del 4 febbraio 2010, lasciando che l'istituto si sviluppasse attraverso la prassi derivante dall'art. 7 del Regolamento, che prevede che i giudici costituzionali debbano informare le parti e le autorità costituzionali interessate dei ricorsi presentati da interventi assegnando un breve termine per il deposito di deduzioni<sup>71</sup>.

La nozione di terzo è, tuttavia, destinata a trovare una definizione più articolata, considerati gli effetti *erga omnes* delle pronunce di incostituzionalità delle leggi che ben avrebbero potuto colpire gli interessi di soggetti diversi dalle parti dei giudizi *a quibus* e dalle parti del giudizio *a priori* e che avrebbero potuto vantare un interesse qualificato all'intervento in giudizio.

Di conseguenza il Consiglio costituzionale in prima applicazione della QPC ha ammesso in via pretoria l'intervento del terzo nel processo costituzionale, seguendo un andamento parallelo ma opposto rispetto a quello seguito dalla Corte Costituzionale italiana: quest'ultima, infatti, ha seguito una linea di sviluppo che ha condotto all'ammissione del terzo interveniente e dell'*amicus curiae* partendo dalla prassi giurisprudenziale e approdando alla modifica delle Norme integrative processuali, mentre il *Conseil constitutionnel* ha sviluppato la prassi giurisprudenziale di apertura del contraddittorio, interpretando dapprima estensivamente le norme regolamentari e immediatamente dopo intervenendo direttamente sull'art. 6 del Regolamento.

Con due pronunce del 2010, sin da subito il *Conseil* ha ammesso l'intervento di terzo autorizzando la presentazione di memorie scritte: questa giurisprudenza ha aperto la via all'immediata modifica dell'art. 6 del Regolamento con la decisione n. 2011-120, ORGA, del 21 giugno 2011, che ha dato un fondamento normativo all'intervento di terzo, aprendo tuttavia un nuovo fronte all'interpretazione giurisprudenziale: la novella regolamentare introduce nell'art. 6 il presupposto che legittima la richiesta di intervento del terzo che deve "*giustificare un interesse speciale*" la cui genericità rende molto complessa l'individuazione di criteri oggettivi per orientare l'ammissibilità degli interventi, ampliando l'uso del potere discrezionale del *Conseil*.

I tentativi di classificazione della nozione di interesse "speciale" non sono mancati: in genere la dottrina concorda sul riconoscimento dell'interesse all'intervento dei soggetti che vantano una situazione giuridica soggettiva che potrebbe essere incisa dalla dichiarazione di incostituzionalità della legge o portatori di un interesse generale alla difesa di diritti e libertà fondamentali e dei soggetti che hanno proposto un'identica QPC che è stata rigettata dal giudice *a quo*, trattandosi di soggetti che vantano un interesse molto specifico, sovente a carattere nazionale, alla conservazione o all'abrogazione della legge impugnata<sup>72</sup>.

Inneggabile, sotto questo aspetto, l'influenza della giurisprudenza costituzionale italiana

---

<sup>71</sup> M. GUILLAUME, *Le règlement intérieur su la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*, reperibile al sito [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>72</sup> M. GUILLAUME, *Question prioritaire de constitutionnalité*, in *Répertoire du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2013, parr. 183-189; A.-M., LECIS COCCO-ORTU, *QPC et interventions des tiers: le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des amici curiae*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2015, 863 ss.; M. DISANT, *Droit de la QPC. Cadre juridique, Pratiques jurisprudentielles*, Lamy, Paris, 2011, 282 ss.

sull'integrazione del contraddittorio che, come si vedrà in seguito, a partire dagli anni novanta ha elaborato una nozione di "interesse qualificato" alla partecipazione al procedimento costituzionale: il *Conseil constitutionnel* si è pertanto ispirato a questa giurisprudenza nell'elaborazione dei criteri di individuazione dell'interesse speciale del terzo, realizzandosi in questo traghettamento di principi un caso tipico di circolazione implicita del diritto comparato nella giurisprudenza costituzionale. Si tratta di una *soft communication/fertilization*, più difficile da individuare, per la quale quali i giudici costituzionali operano nelle decisioni un richiamo implicito<sup>73</sup> a indirizzi consolidati, tradizioni costituzionali, soluzioni normative e attraverso i quali è possibile individuare un comune nucleo costituzionale duro. In tale ipotesi, tuttavia, si può parlare più di influenza culturale che di comparazione<sup>74</sup>, che per essere tale «*deve essere basata su un processo valutativo esplicito, e quindi verificabile, da parte del soggetto che la compie*»<sup>75</sup>.

Con riferimento, poi, alla questione dell'intervento di soggetti collettivi non sulla base di un interesse proprio ma in virtù dello scopo perseguito in base al proprio statuto, il *Conseil constitutionnel* a partire dalla decisione n. 2010-71 del 26 novembre 2010 ha inaugurato l'importante prassi di aprire il contraddittorio a persone giuridiche (associazioni, sindacati, soggetti portatori di interessi collettivi ecc.) in grado di offrire con le proprie osservazioni elementi utili che riguardano l'applicazione delle disposizioni oggetto di controllo, sebbene, in tale loro qualità di soggetti portatori di interessi collettivi nazionali sono qualificabili più come *amici curiae* che come terzi intervenienti in senso stretto<sup>76</sup>.

La procedura diviene, pertanto, un appuntamento importante per lo sviluppo del Consiglio costituzionale in senso giurisdizionale: l'idea di un diritto processuale costituzionale spinge verso una sorta di diritto comune processuale estensibile anche alla giustizia costituzionale, anziché mettere in evidenza le specificità sue proprie<sup>77</sup>.

Questo perché le parti del processo costituzionale incidentale non possono essere epurate della propria dimensione soggettiva e concreta, non difendendo una posizione esemplare, ma essendo al

---

<sup>73</sup> M.-C. PONTHEAUX, *Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel*, cit., 176.

<sup>74</sup> Tra le esperienze di *civil law*, anche la Corte italiana, soprattutto nel corso degli anni ottanta, ha fatto frequente uso del diritto straniero citando casi giurisprudenziali della Corte Suprema statunitense, del *Conseil constitutionnel* o del *Bundesverfassungsgericht* (sentt. nn. 123/1980, 300/1984, 161/1985) o servendosi di generiche clausole, quali ad es. il riferimento a "Stati democratici contemporanei" (L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni 80*, in *Quad. cost.*, 1987, 601ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, in *Dir. pub. comp. eu.*, 2005, 1003 ss.; A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *DPCE*, 2006, 983ss.); di recente la Corte italiana nella sentenza n. 1 del 2014 che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge elettorale, nella parte motiva ha espressamente richiamato, a proposito della distorsione della rappresentanza causata dal premio di maggioranza, la motivazione della sentenza della Corte costituzionale tedesca n. 3/11 del 25 luglio 2012 sulla natura del sistema proporzionale di generare nell'elettore l'aspettativa di un'equa ripartizione dei seggi (cd. voto "in uscita") richiamando il fatto che la Germania è un ordinamento costituzionale omogeneo a quello italiano nel quale vige il medesimo principio di eguaglianza del voto e non è costituzionalizzata la legge elettorale. Lo stesso dicasi per il Tribunale costituzionale spagnolo, con svariati richiami sia a formule interpretative generali ("stato democratico", "ordinamenti repubblicani europei", "diritto comparato" e così via) sia a singoli ordinamenti, in particolare alla Costituzione tedesca) o alla giurisprudenza di altre Corti costituzionali, come quella tedesca o quella italiana (L. PEGORARO, *Corti costituzionali e uso del diritto comparato: un'analisi comparatistica*, in L. Mezzetti – E. Ferrer MacGregor (a cura di), *Diritto processuale costituzionale*, Padova, Cedam, 2010, 307-308).

<sup>75</sup> G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, 144.

<sup>76</sup> I casi sono tanti e variegati e non sempre è agevole individuare la ratio che porta all'individuazione di criteri univoci di ammissibilità dell'intervento: si veda, ad esempio, l'intervento del *Groupe d'intervention asile*, che ha presentato memorie e osservazioni nei procedimenti n. 2011/174 QPC, *Hospitalisation d'office en cas de péril imminent*, n. 2011-185 QPC, *Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables*, n. 2012-235 QPC, *Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement*.

<sup>77</sup> G. TUSSEAU, *Plaidoyer pour le droit processuel constitutionnel*, in *Constitutions*, 2013, 585.

contrario, portatrici di situazioni giuridiche soggettive che intendono far vale dinanzi al giudice costituzionale al pari del giudice *a quo*, se non altro nella propria veste di soggetti interessati alla decisione del giudice costituzionale a causa del nesso di pregiudizialità che lega i due processi, quello perdente e l'incidente di costituzionalità<sup>78</sup>.

Anche in Germania, l'art. 27, lett. a), della legge ordinaria sul Tribunale costituzionale federale del 1998 (*BVerfGG*) riconosce al Tribunale la facoltà di "*dare a terzi esperti l'opportunità di esprimere il proprio parere*": questa possibilità, che ricade nell'ambito delle modalità di attivazione dell'istituto dell'*amicus curiae* va tenuta distinta dai poteri istruttori del giudice costituzionale, che sono disciplinati dagli artt. 26 e 28 *BVerfGG* che prevedono il diritto di acquisire tutte le prove e di audire periti secondo le disposizioni previste dai codici di rito. L'art. 27 *BVerfGG* espressamente definisce il terzo chi non è parte del processo costituzionale: possono intervenire tanto persone fisiche, quanto persone giuridiche purché possiedano la qualità di "esperti".

Oltre ai terzi, il contraddittorio costituzionale vede come protagonisti principali le parti del giudizio *a quo* (art. 82, comma 3, *BVerfGG*), mentre nell'ambito del ricorso individuale di costituzionalità possono intervenire vari soggetti pubblici, tra cui organi costituzionali, autorità, giudici del Bund e del Land (art. 94 *BVerfGG*).

Nella penisola iberica, l'art. 37 della legge organica sul Tribunale costituzionale spagnolo (*LOTC*) nella sua originaria formulazione prevedeva la notifica del ricorso di costituzionalità ammesso alla Camera dei Deputati, al Senato, al Governo e all'Esecutivo e all'Assemblea della Comunità autonoma qualora la norma impugnata fosse una norma autonoma. L'art. 37 è sempre stato interpretato anche dal Tribunale costituzionale in modo tassativo (ATC 132/1983, del 23 marzo 1983): questa norma limitava fortemente il contraddittorio non consentendo a soggetti terzi lesi dalle disposizioni impuginate di proporre intervento e acquisire gli atti processuali a difesa dei propri interessi. Il difetto di contraddittorio del giudizio di costituzionalità spagnolo è stato riconosciuto dalla Corte EDU con la sentenza *Ruiz-Mateos c. Spagna* del 23 giugno 1993: nel paragrafo 63 la Corte precisa che, sebbene i processi costituzionali abbiano natura peculiare per l'oggetto del giudizio e per l'efficacia generale delle proprie pronunce, talvolta essi costituiscono incidenti processuali di giudizi che riguardano un numero determinato di soggetti privati, che in linea di principio devono poter accedere alle memorie delle parti e replicare. A valle di detta decisione il Tribunale costituzionale spagnolo ha ribadito che valutare l'estensione del contraddittorio è una decisione che spetta alla discrezionalità del legislatore, poiché la citata sentenza della Corte di Strasburgo può trovare applicazione solo in quei casi peculiari in cui si è in presenza di leggi provvedimento o speciali, ossia di atti normativi che difettano della caratteristica della generalità; nella decisione STC n. 48/2005 del 3 marzo 2005, il Tribunale costituzionale, in relazione all'impugnazione in via incidentale di una legge singolare di espropriazione delle Isole Canarie, ha affermato "*En el presente caso, por el contrario, la Ley enjuiciada responde al concepto de ley singular, de manera que, atendida la doctrina del Tribunal Europeo, sus destinatarios deberían haber sido parte en este procedimiento. Sin embargo, es lo cierto que el tenor literal del art. 37 de nuestra Ley Orgánica es aún hoy el que era cuando se dio lugar a aquella Sentencia del Tribunal Europeo. Esto no supone —como, por lo demás, acredita la actuación de este Tribunal Constitucional en supuestos como el de la STC 245/1991, de 16 de diciembre— que no nos sea posible flexibilizar el tenor de nuestra Ley rectora cuando así lo impongan consideraciones inaplazables de defensa de los derechos fundamentales, en particular cuando su infracción ha sido formalmente constatada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con todo, nuestra vinculación a la Ley Orgánica requiere que, en tanto no se articule ante nosotros una pretensión específica de adecuación a lo que resulta de la jurisprudencia europea, sólo*

---

<sup>78</sup> F.CERRONE, *L'intervento del Presidente del Consiglio e del Presidente della Giunta regionale*, in V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio*, cit., 145.

*si los interesados hubieran pretendido la personación en este procedimiento, deberíamos haber arbitrado el cauce procesal necesario”*(FJ 2).

L'esigenza di adeguare l'art. 37 LOTC è stata accolta dal legislatore organico: la legge organica n. 6/2007 ha modificato l'art. 37 LOTC consentendo alle parti del giudizio *a quo* di costituirsi in giudizio entro 15 giorni dalla pubblicazione dell'ammissibilità del ricorso, restando ferma l'esclusione tanto dell'intervento di terzo quanto dell'*amicus curiae*.

In questo contesto normativo di *favor* nei confronti dell'estensione del contraddittorio nel processo costituzionale, si colloca la delibera della Corte costituzionale dell'8 gennaio 2020 di porre mano alle Norme integrative: la delibera prevede l'inserimento dell'art. 4-ter, appositamente rubricato "*Amici curiae*" che prevede la possibilità per le formazioni sociali senza scopo di lucro e per i soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi di presentare un'opinione scritta alla Corte entro il termine di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione sulla Gazzetta ufficiale. Le opinioni saranno ammesse con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore e il decreto sarà comunicato alle parti costituite trenta giorni liberi prima dell'udienza.

La disciplina di questa peculiare forma di intervento di terzi, che non prevede la partecipazione all'udienza ma solo l'invio di un'opinione scritta, si inserisce nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, configurandosi come il precipitato dispositivo di un istituto faticosamente riconosciuto in modo non sempre univoco e praticato in sede pretoria: per oltre venti anni, infatti, è stata vigente la corrispondenza tra parti del giudizio *a quo* e parti del processo costituzionale, avendo la Corte costituzionale negato la possibilità di rappresentare nel processo contro la legge interessi di soggetti terzi rispetto alle parti del giudizio principale. Con ordinanza del 5 dicembre 1956<sup>79</sup>, la Corte puntualizza che "*a norma dell'art. 23, comma 4. l. 11 marzo 1953, n. 87, devono ritenersi parti del giudizio di costituzionalità delle leggi i soggetti processuali, ai quali deve essere notificata l'ordinanza di rimessione, quando non ne sia stata data lettura nel pubblico dibattimento*", posizione confermata dalla dottrina del tempo<sup>80</sup>.

Un primo, sebbene embrionale, mutamento di indirizzo si ha con la sentenza n. 20 del 1982, con la quale la Corte per la prima volta ammette la costituzione di due soggetti diversi dalle parti in un caso peculiare nel quale la Corte aveva sollevato dinanzi a se stessa la legittimità costituzionale della disposizione che fondava la posizione giuridica dei soggetti terzi, aprendo così uno spiraglio in quella giurisprudenza che appariva granitica.

La sentenza citata, infatti, introduce per la prima volta una deroga alla regola dell'inammissibilità dell'intervento di terzo nel processo costituzionale (e come tale viene indicata nella successiva sentenza n. 1 del 1984): essa viene presentata come un'eccezione giustificata dall'interesse concreto del soggetto non parte del processo principale e tale presupposto giustificativo consentirà di superare quell'assioma preclusivo coltivato implicitamente dalla giurisprudenza precedente.

La resistenza della Corte a riconoscere la legittimità dell'intervento di terzo verrà mantenuta per tutti gli anni '80, sebbene a partire dalla sentenza n. 20/1980, aperto lo spiraglio, si moltiplicano le richieste di intervento, che fanno esplicito riferimento a questa sentenza e che la Corte è chiamata a valutare<sup>81</sup>.

Una seconda decisiva svolta si ha con la sentenza n. 429 del 1991 nella quale la Corte, pur evidenziando il caso peculiare, ammette l'intervento di un terzo nel processo costituzionale considerando che la posizione del soggetto di intervenire nel giudizio *a quo* si sarebbe radicata solo all'esito del giudizio di costituzionalità e che pertanto a seguito dell'ordinanza di rimessione "*è sorto ... un interesse diretto a intervenire nel giudizio incidentale di costituzionalità*". Detto principio viene

<sup>79</sup> Accessoria alla sent. 26 gennaio 1957, n. 30 (ne dà notizia, ad es., l'ord. n. 81 del 1964).

<sup>80</sup> M.S. GIANNINI, *Sull'intervento nel processo dinanzi alla Corte costituzionale (giudizi di legittimità costituzionale)*, in *Giur. cost.* 1956, 240 ss.; M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 155 ss.

<sup>81</sup> M. D'AMICO, *Le parti del processo a quo costituite e non costituite*, in V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio*, cit., 98, 68.

conferma l'anno successivo con la sentenza n. 314/1992, nella quale la Corte ribadisce che *“allorché con l'ordinanza di rimessione viene sollevata una questione di legittimità costituzionale dalla cui risoluzione dipende l'intervento nel giudizio a quo del soggetto che ha chiesto di costituirsi nel processo costituzionale”*.

La terza apertura del contraddittorio si ha nel 1993 con la sentenza n. 456: in questo caso la Corte ammette l'intervento della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, considerato che la loro legittimazione concerneva norme che riguardavano *“la sfera di competenza degli Ordini professionali, in quanto attengono all'oggetto della professione medica ed alla relativa attività”*.

In un contesto di forte oscillazione giurisprudenziale, che alterna una posizione generale, più ancorata al rigore dell'indirizzo interpretativo restrittivo, e aperture puntuali all'integrazione del contraddittorio, la questione dell'interesse sostanziale viene posta sullo sfondo dell'astrattezza del giudizio di costituzionalità: affinché l'intervento di un soggetto-terzo rispetto alle parti processuali del giudizio *a quo* possa essere ammesso all'intervento occorre che l'interesse addotto sia *“diretto e individualizzato, riconoscibile, nel caso di soggetti non aventi titolo a intervenire nel giudizio a quo, quando l'esito del giudizio di costituzionalità sia destinato a incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell'interveniente”* (sent. n. 421/1995).

L'interesse che legittima all'intervento del terzo deve essere dunque attuale, diretto e qualificato ad impedire la lesione di un diritto proprio: in tal modo la giurisprudenza costituzionale ha inteso circoscrivere le ipotesi di apertura del contraddittorio in difetto del quale *“il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità sarebbe travolto ... dalla possibilità di un numero indeterminato di interventi in difesa della legge o contro la stessa”* (sent. 421/1995).

La pluriennale giurisprudenza della Corte costituzionale ha dato così corpo alle due regole in tema di inammissibilità dell'intervento di terzi: la non coincidenza dei soggetti interessati con le parti del giudizio *a quo*, per il giudizio in via incidentale, e la non condivisione da parte dei terzi intervenienti della funzione legislativa, per il giudizio in via principale. Ed è proprio con riferimento al giudizio in via principale che viene maturandosi una forma di intervento scisso dall'interesse sostanziale dedotto in giudizio. Due sono i casi esemplificativi. Nella sentenza n. 150 del 2005, l'interveniente, consapevole della giurisprudenza restrittiva, offre una collaborazione come *amicus curiae* situazione che già aveva avuto positiva soluzione in un giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, anche in considerazione della materia ambientale oggetto del giudizio per la quale nel processo comune si prevedeva l'intervento delle associazioni ambientaliste. Nella sentenza n. 129 del 2006, il terzo interveniente chiede di essere audito come *amicus curiae* sulla base delle sue competenze specifiche in materia di telecomunicazioni. Il diniego opposto dalla Corte appare in verità un po' rigido, considerati i poteri istruttori che l'art. 13 della legge n. 87 del 1953 riconosce alla Corte che può disporre l'audizione di soggetti esterni al processo come testimoni, e dunque di terzi non di parti, in quanto soggetti dotati di conoscenza specifica delle questioni generali che prescindono dai fatti dedotti nel giudizio *a quo*, ponendosi pertanto sulla stessa linea del *Conseil constitutionnel*, il cui Regolamento prevede le audizioni per esigenze istruttorie (art. 6, comma 1)<sup>82</sup>.

La Corte costituzionale, più volte sollecitata dalla dottrina anche recentemente che ha evidenziato la necessità di mettere fine alle prassi informali di acquisizione di dati informativi dall'esterno e di consentire la visione degli atti processuali anche a soggetti il cui intervento non fosse ancora stato ammesso<sup>83</sup>, ha finalmente colmato il vuoto di normazione sull'integrazione del contraddittorio, scelta in un certo senso obbligata anche in relazione al ruolo di equilibrio

---

<sup>82</sup> P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2019/I, 120-121.

<sup>83</sup> A. RUGGERI, *Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2018/III, 616.

istituzionale e costituzionale che la stessa assolve con riferimento alla forma di Stato e di Governo.

La recente modifica delle Norme Integrative della Corte costituzionale, avvenuta con delibera dell'8 gennaio 2020, costituisce pertanto lo svolgimento in senso estensivo dei risultati raggiunti dalla giurisprudenza in merito all'ammissione, ai sensi dell'art. 4, dell'intervento di "altri soggetti" che siano titolari di un interesse qualificato e inerente in modo diretto al giudizio. Le innovazioni introdotte dalla novella del 2020 attraverso l'art. 4 ter aprono l'accesso al processo costituzionale anche ai cc.dd. *amici curiae* e alla possibilità per la Corte, quando ha necessità di acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, di disporre con ordinanza l'audizione in camera di consiglio di esperti di chiara fama con avviso alle parti almeno dieci giorni prima dell'udienza relativa. La prima decisione di ammissibilità di un atto di intervento è stata adottata dalla corte con l'ordinanza n. 37 del 10 febbraio 2020, con la quale è stato ammesso l'intervento del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti nel giudizio in via incidentale avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa) e dell'art. 595, comma 3, del codice penale: la Corte nell'ammette l'intervento confermando la sua giurisprudenza in merito all'ammissibilità dell'intervento nei giudizi in via incidentale per ciò che concerne la natura rappresentativa di un interesse qualificato del terzo richiedente e che "*l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente deve derivare dall'immediato effetto che tale pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo (ex plurimis, ordinanza letta all'udienza del 22 ottobre 2019, allegata alla sentenza n. 253 del 2019)*".

La Corte costituzionale italiana ha cercato, nel tempo, di trovare una soluzione più stabile alla questione dell'ampliamento del contraddittorio, che superasse tanto le oscillazioni giurisprudenziali quanto le determinazioni del suo Presidente, che il 21 novembre 2018 aveva espressamente autorizzato l'accesso ai documenti del processo ai terzi proponenti non ancora autorizzati all'intervento, superando la prassi negativa in tal senso: questo è ancora più evidente se ci si sposta dal piano nazionale, dove la riforma delle N.I. del 2020 ha tracciato una strada che conduce nei limiti indicati anche dalla giurisprudenza costituzionale a valorizzare la partecipazione dei cittadini interessati, al piano comparativo considerato che, da un lato, il tema dell'integrazione del contraddittorio non è trattato nelle principali opere di giustizia costituzionale comparata e, dall'altro, che esiste una certa variabilità semantica nelle definizioni di terzo interveniente e di *amicus curiae*, a differenza della nozione di parte processuale unanimemente accolta.

Così assistiamo a definizioni non coincidenti nel diritto anglosassone e in quello di derivazione romanistica con riferimento alla nozione di terzo, tradotta come *third-party* o *intervener* in inglese e *tiers intervenant* in francese, e se consideriamo la nozione di "*amicus curiae*" questa ha perso la connotazione originaria di terzo estraneo al processo e chiamato a offrire al giudice elementi tecnici cognitivi rilevanti al fine del *decision-making*, per assumere nel traghettamento in altri sistemi giuridico-costituzionali anche la funzione di rappresentare nel processo gli interessi di gruppi collettivi esponenziali di determinate categorie di soggetti<sup>84</sup>. A conclusione di questo *excursus* sull'apertura partecipativa dell'attività processuale, possiamo tentare di individuare il *fil rouge* dell'esigenza di integrazione del contraddittorio: il processo, sia esso costituzionale o di altra natura, non è un'azione esclusivamente bilaterale, che si svolge e si esaurisce nel rapporto parti necessarie/giudice, ma contiene una vocazione pluralistica che travalica le parti del processo, toccando e coinvolgendo interessi che spesso hanno destinatari plurali. E consentire la partecipazione al procedimento di soggetti formalmente estranei, ma sostanzialmente coinvolti, contribuisce alla ricerca della decisione giusta, non in sé ma quanto più ampiamente accettabile sotto il profilo sociale e credibile sotto il profilo giuridico.

---

<sup>84</sup> T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2019/1, 127.





ANDREA PATRONI GRIFFI

## Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni\*

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. Le strettoie della porta incidentale e il dibattito sull'accesso individuale diretto. – 2. La sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale e il difetto di legittimazione incidentale dell'Agcm. – 3. La Corte costituzionale si “sceglie” il proprio giudice a quo e rinuncia a ricondurre a omogeneità e prevedibilità la propria giurisprudenza sulla legittimazione incidentale. – 4. Una decisione che chiude tutte le porte alla legittimazione incidentale delle autorità indipendenti? Le questioni non risolte.

1. *Una breve premessa. Le strettoie della porta incidentale e il dibattito sull'accesso individuale diretto.*

Il Seminario di Federalismi sulle “Recenti tendenze in tema di accesso al giudizio costituzionale” e il tema assegnato della legittimazione incidentale delle autorità amministrative indipendenti, alla luce della sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale, costituiscono un'occasione di riflessione per ripercorre e, soprattutto, mettere “alla prova” alcune tesi che ebbi modo esprimere nel libro del 2012 sulla legittimazione incidentale di nuovi giudici – o meglio anche organi – “*a quo*”. Si cercò infatti in quella sede di verificare l'ipotesi di spazi di accesso incidentale per alcune autorità indipendenti, sia pure per ipotesi di legittimazione da riconoscere “caso per caso” e “ai limitati fini” del sindacato di costituzionalità delle leggi<sup>1</sup>. Di fronte all'opinione di chi, in alcuni casi, giunge a sostenere apertamente un passaggio di fatto, ormai realizzato, a un sindacato diffuso di costituzionalità, talora attraverso una malintesa dottrina sull'interpretazione conforme<sup>2</sup>, il volume si concludeva, invece, e nonostante alcune discrasie e periodiche incoerenze nella giurisprudenza costituzionale sulla legittimazione, nel senso della vitalità del meccanismo incidentale, con particolare riferimento alla legittimazione *a quo*, quale garanzia di ottimale funzionalità ed elasticità di un sistema di giustizia costituzionale, che pure non prevede ipotesi di ricorso individuale diretto. Si trattava nel libro – e si tratta ancora oggi e costantemente per il futuro, anche alla luce della giurisprudenza via via intervenuta – di verificare se l'accesso incidentale abbia sopito la sua spinta propulsiva nel sistema di giustizia costituzionale o sia più vivo che mai e sia capace di gettare la “luce della Costituzione”, per usare la nota immagine, delle zone d'ombra o anche solo grigie del controllo di costituzionalità. E quello della persistenza delle zone d'ombra e grigie è tema sempre centrale, perché è il fattore che incide sullo stesso ricorrente dibattito sull'introduzione del ricorso individuale diretto nel nostro sistema di giustizia costituzionale.

Tali zone si ricollegano infatti alla “esistenza di strettoie derivanti specialmente dalla impossibilità o difficoltà di una applicazione in un giudizio”<sup>3</sup>. Se non si ravvedono o, ed è lo stesso,

---

\* Articolo pubblicato anche su *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 13/2019.

<sup>1</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli organi a quo. Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 2012.

<sup>2</sup> Sottolinea, in riferimento all'interpretazione conforme, come “dall'errata applicazione del suo paradigma possono derivare alla giustizia costituzionale danni assai gravi” M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, su *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 6. Di qui l'esigenza di “razionalizzare l'uso indiscriminato dell'interpretazione conforme”, così G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, 170.

<sup>3</sup> Corsivo aggiunto. T. GROPPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 2/2019, 419 che richiama A. PIZZORUSSO.

se vi sono comunque rimedi atti a ricondurre dinanzi al controllo di costituzionalità, le zone d'ombra e grigie, sono intrinsecamente più deboli gli argomenti a favore dell'introduzione, *de jure* costituzionale *condendo*, di una generale via di accesso individuale diretta dinanzi alla Corte.

Naturalmente vale anche l'incontrario, nel senso che riprendono quota gli argomenti favorevoli all'introduzione di vie ulteriori di accesso diretto, sino a riconoscerlo anche al singolo, di fronte a strettoie eccessive causate proprio dalla chiusura della porta della legittimazione incidentale<sup>4</sup>.

## 2. La sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale e il difetto di legittimazione incidentale dell'Agcm.

Il punto di novità che qui si intende affrontare, nel quadro delle dinamiche della legittimazione incidentale, riguarda il fatto che l'ipotesi dell'accesso delle autorità amministrative indipendenti, adombrata anche da una parte della dottrina costituzionalistica, sembrerebbe invece tramontare nella sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019<sup>5</sup>, che nega legittimazione all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, ma con una serie di argomenti che sembrerebbero estensibili anche ad altre autorità e altri casi.

Il fatto da cui origina la vicenda è presto spiegato.

L'Agcm aveva avviato un procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione della legge antitrust, "realizzata attraverso: a) richieste a tutti i notai del distretto di dati «concorrenzialmente» sensibili, al fine di fare emergere le posizioni di preminenza economica; b) iniziative disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi ed economicamente performanti".

Poco prima della comunicazione alle parti coinvolte delle risultanze dell'istruttoria, la legge di bilancio 2018 veniva a modificare la legge notarile del 1913 escludendo, in definitiva, l'applicazione della normativa *antitrust* "alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati".

Dunque, tale nuova disposizione, all'interno di un maxi emendamento sulla legge di bilancio, oggetto di una questione di fiducia votata dalle due Camere, viene fatta valere dal Consiglio notarile di Milano nell'audizione di fronte al Garante della concorrenza, per dichiarare l'incompetenza della medesima a intervenire.

Di qui la decisione dell'Autorità *antitrust* di sollevare, nel maggio del 2018, nel corso del procedimento avviato nei confronti del Consiglio notarile di Milano, la questione di legittimità costituzionale<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Sul tema del rapporto tra ricorso individuale diretto e accesso incidentale in relazione ai "difetti" di quest'ultimo v. di recente T. GROPPi, op. cit.

<sup>5</sup> Per un primo commento v. G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, paper, destinato a *Giur. cost.*, n. 1/2019.

<sup>6</sup> Per una ricostruzione dei temi sul tappeto all'indomani dell'ordinanza di remissione si segnalano tra gli altri: P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca". Prmissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 17/2018; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 14/2018; G. MAZZANTINI, M. C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio costituzionale*

È importante, nell'affrontare l'impianto motivazionale sottostante alla recente decisione della Consulta, comprendere se il giudice delle leggi, nella sentenza n. 13/2019, ritenga inammissibile il ricorso per come è stato prospettato dall'Agcm nell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, oppure esprima una chiusura generale alle autorità, a *tutte* le autorità amministrative indipendenti di controllo e per lo svolgimento di *tutti* i loro procedimenti contenziosi. E' questa, a bene vedere, la questione fondamentale. Perché una chiusura sulla legittimazione dell'Agcm nel peculiare caso originato dal procedimento istruttorio nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, poteva fondarsi, invero, su una molteplicità di ragionevoli motivi, legati alla specificità del caso e alla possibilità di soluzioni "altre" rispetto alla remissione della questione di costituzionalità, in particolare sul piano del diritto europeo. Altra cosa invece è, laddove si ritenga, come pure sembra emergere, che la decisione di inammissibilità contenga un generale *caveat* della Corte, a *tutte* le autorità indipendenti a non rimettere per *nessuna* delle funzioni di garanzia contenziosa a loro assegnata, una questione di legittimità costituzionale. E semmai questo perché la Corte vada in definitiva a considerare, in maniera più o meno esplicita nella sentenza, l'Agcm – e, con argomentazione estensibile, a tutte le altre autorità di controllo – al pari di qualsiasi altra amministrazione tradizionale, come rientranti nella mera dimensione di cui all'articolo 97 della Costituzione. Un tale approccio sarebbe, a mio sommesso avviso, grave. Si rischierebbe, infatti, di cancellare d'un tratto decennali studi di attenta dottrina giuspubblicistica, in cui si è evidenziata la distinzione ontologica tra imparzialità dell'amministrazione e "indipendenza", per l'appunto, di un'autorità amministrativa indipendente, di cui peraltro è stata tentata anche l'espressa introduzione in Costituzione in falliti procedimenti di riforma costituzionale. Sia pure, beninteso, l'indipendenza delle autorità non ricostruibile come "eguale" all'indipendenza del giudice – atto quindi non certo a configurare nuovi, e quindi illegittimi, giudici speciali –, ma espressione di una logica di controllo e garanzia indipendente, e non semplicemente "imparziale", in grado di disegnare anche singoli, eccezionali spazi di legittimazione incidentale<sup>7</sup>. Tale approccio rischierebbe di fare cadere ogni diaframma e ragione distintiva tra amministrazione imparziale, semmai nelle semplici forme delle agenzie governative, e le *authority*, sia pure nel rilevato arcipelago delle stesse<sup>8</sup>, il cui fondamento resta ancorato alla necessità di sottrarre all'indirizzo politico di governo la regolazione e il controllo di ambiti sensibili di diritti e interessi costituzionali, anche a bene vedere, e ci si tornerà, con ruolo di garanzia delle posizioni soggettive coinvolte e non solo di tutela dell'interesse pubblico assegnato.

3. *La Corte costituzionale si "sceglie" il proprio giudice a quo e rinuncia a ricondurre a omogeneità e prevedibilità la propria giurisprudenza sulla legittimazione incidentale.*

Il processo di allargamento della via incidentale di accesso al giudizio di costituzionalità si è realizzato attraverso una giurisprudenza ondeggiante di non sempre facile riconduzione a

---

([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), n. 2/2018; E. CANALE, *La nozione di "giudice a quo": l'AGCM è legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice delle leggi?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), n. 2/2018.

<sup>7</sup> Sulla differenza ontologica tra amministrazione tradizionale e autorità indipendenti e sul fondamento costituzionale di tale distinzione sia consentito rinviare, anche per i richiami di dottrina sul punto, a A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, a cura di A. Patroni Griffi, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1-2/2015.

<sup>8</sup> A. PREDIERI, *L'arcipelago delle Autorità indipendenti*, relazione alla Giornata di studi su *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, paper, 1996 e poi elaborata in *Id.*, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997, *passim*.

coerenza e che non ha avuto ad esempio timore ad alternare aperture impreviste a chiusure ermetiche, come oggi sembra avvenire con le autorità indipendenti.

Così, la Corte è riuscita, ma non è tema di questo contributo, attraverso il meccanismo incidentale, ad assicurare un sindacato di costituzionalità, affatto scontato, persino sulla legge elettorale; mediante la Corte di Cassazione che, come noto, rimette questione in relazione a “portatori di interesse” e la Corte costituzionale che la ritiene ammissibile, con un’argomentazione che, in linea teorica, se ripetuta e allargata ad altri diritti e portatori di interesse – e lo si può sostenere in modo problematico e non del tutto provocatorio –, si sarebbe potuta in astratto tradurre in un grimaldello straordinario di allargamento dell’accesso incidentale, trasformando l’azione di mero accertamento, dinanzi ad un giudice in cui si solleva eccezione di incostituzionalità, in una via processuale per aversi *quasi* una via di ricorso individuale diretto<sup>9</sup>.

La Corte non ha avuto poi problemi, nel passato, a riconoscere più che dubbi giudici *a quo*, come nel caso di soggetti privati, quali i collegi arbitrali o altri ancora, nella condivisibile logica di dare comunque non solo piena, ma tempestiva – il lodo arbitrale è infatti comunque in seguito impugnabile dinanzi a un giudice – garanzia al principio di costituzionalità. Oppure quando si è ammessa nella sentenza n. 213/2017 il carattere di giudice e giudizio alla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati, nonostante, sotto il profilo soggettivo, la sua composizione e nonostante che tutto si realizzi in un procedimento di “giurisdizione domestica”, che viene considerato, ai fini dell’accesso, a pieno titolo come “giudizio” (ma non forse con tutte le tutele dello stesso). Tutto ciò, peraltro, riducendo in questo caso l’argomentazione sulla questione della legittimazione, in una mera premessa quasi incidentale e di stile, come se il tema non meritasse alcun approfondimento, in quanto qui risolto nel richiamo alle sentenze sulla legittimazione degli arbitri e a quella “Crisafulli” sulla Corte dei conti in sede non giurisdizionale. Scrive infatti il giudice delle leggi: “*Preliminarmente va riconosciuta la legittimazione della Commissione rimettente a sollevare l’incidente di costituzionalità, come giudice a quo (ai sensi dell’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dell’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87), in quanto organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione super partes, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie (nella specie, quelle appunto tra Camera dei deputati e pensionati suoi ex dipendenti) per l’obiettiva applicazione della legge (ex plurimis, sentenze n. 376 del 2001, n. 226 del 1976)*”.

Eppure, la migliore giurisprudenza costituzionale aveva nel passato provato a elaborare decaloghi per ricondurre a ragionevole omogeneità i giudizi sulle istanze di accesso di nuovi giudici *a quo*. Invero, ancora oggi, sulle eventuali ulteriori potenzialità di allargamento dell’accesso a nuovi remittenti incidentali, resta imprescindibile per la Corte, ogni qual volta valuti i requisiti soggettivi e oggettivi, confrontarsi con le storiche sentenze, scritte non a caso da personalità del calibro di Costantino Mortati<sup>10</sup> e di Vezio Crisafulli<sup>11</sup>.

L’importanza di tali decisioni, che si proietta straordinariamente nel tempo, deriva dal fatto che in quelle pronunce non c’era il proposito di rispondere alla mera esigenza congiunturale posta dalla nuova ipotesi di accesso incidentale, come troppo spesso invece accaduto in giurisprudenza più recente, mettendo così a repentaglio omogeneità e coerenza di giudizio e di giurisprudenza; al contrario, c’era il proposito di dare comunque ragionevole apertura, fissando una cornice idonea a trascendere il caso specifico, al necessario allargamento, qualora possibile, del giudizio di costituzionalità.

---

<sup>9</sup> Per una recente ricostruzione di potenzialità, limiti e torsioni del giudizio incidentale v. S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018 o anche G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. n. 83/1966.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 226/1976.

Così nella “sentenza Mortati”, come noto, si rileva che “i due requisiti, soggettivo ed oggettivo, non debbono necessariamente concorrere affinché si realizzi il presupposto processuale richiesto”, e si scrive che la legittimazione incidentale va riconosciuta “anche [a] organi che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione *super partes*”.

Soprattutto è la “sentenza Crisafulli” a dovere essere guardata sempre con grande attenzione, laddove la Corte persegue l'ampliamento dell'accesso incidentale, sul piano soggettivo, in favore di organi “pure estranei all'organizzazione della giurisdizione”, ma “posti in posizione *super partes*”; sul piano oggettivo e funzionale, in relazione a “funzioni *giudicanti* per l'obiettiva *applicazione* della legge”, che consentono di legittimare la via incidentale alla sezione controllo della Corte dei conti nell'apposizione di un atto amministrativo tipico di controllo, quale il visto, ma con una propensione anche per futuri possibili remittenti, non rientranti pacificamente nelle categorie “pure”, se può così dirsi, di giudice e giudizio.

Il punto di partenza è proprio l'esplicito riconoscimento che “il procedimento svolgentesi davanti alla Sezione di controllo non ha natura propriamente giurisdizionale, pur essendo *analogo* ad un giudizio” in presenza di certe caratteristiche ed elementi, che si elencano e descrivono nella sentenza e che è bene ricordare (punto 3 del considerato in diritto): applicazione di norme di legge ad un caso concreto, “analogo a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono”; svolgimento di una funzione “analogo alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa”; natura neutrale e terza dell'organo che svolge la funzione (“un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo”), in luce della dimensione costituzionale e composizione dell'organo stesso; principio del contraddittorio, o meglio presenza di “elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio”; obbligo di motivazione e “certamente” contenuto decisorio.

Si richiede dunque una qualche forma di “analogia” con la funzione giurisdizionale, che prescinde dalla questione ontologica della natura della funzione svolta, e che la Corte riconoscerà nel tempo in vari casi dubbi, ma che non porta oggi la Corte a riconoscere spazi di legittimazione all'Agcm, a cui soprattutto il giudice delle leggi nega ogni *terzietà*, sembrando ricacciare l'autorità – e questo è l'aspetto più criticabile ed anche pericoloso per il futuro delle *authority* – nel novero delle amministrazioni tradizionali, queste sì certamente non indipendenti, pur nella vigenza del principio di imparzialità e distinzione tra indirizzo e gestione.

E ancora vale la pena sottolineare che, rispetto alla sentenza n. 13/2019, Crisafulli sostenne che: “*D'altronde*, sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica *anche* con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, *più difficilmente* verrebbero, *per altra via*, ad essa sottoposte” (corsivo aggiunto).

In tal senso, dunque, la sentenza Crisafulli richiede la sola maggiore difficoltà – e non solo sull'*an* ma anche sul *quando* – come sufficiente, con gli altri elementi, a fondare una legittimazione incidentale “ai limitati fini”. Tutto il senso della frase riportata è proprio nella direzione di escludere che occorra invece dimostrare l'impossibilità di impugnazione della legge in altra sede. Al di là del fatto che un orientamento del genere avrebbe dovuto condurre, ad esempio, a sicura decisione di inammissibilità nei confronti del Collegio arbitrale, in quanto la questione di legittimità si potrebbe sempre presentare in sede di impugnazione del lodo davanti al giudice.

4. Una decisione che chiude tutte le porte alla legittimazione incidentale delle autorità indipendenti? Le questioni non risolte.

L'ipotesi della legittimazione incidentale delle Autorità amministrative indipendenti è stata adombrata, anche indietro nel tempo, dallo stesso Giuliano Amato<sup>12</sup>, quando era Presidente del Garante della concorrenza, ma anche in sede di dottrina, sia pure carsicamente in qualche studio dedicato alla legittimazione incidentale o alle autorità indipendenti, quale possibile, problematica, variegata frontiera nel rilevato "arcipelago", secondo la nota immagine di Predieri.

Una frontiera incidentale, dunque, che non può che essere ricostruita "ai limitati fini" e "caso per caso", avendo riguardo al profilo soggettivo e oggettivo della singola autorità, su cui occorre svolgere adeguata analisi della stessa disciplina legislativa che riguarda l'organo e la relativa funzione rimessa all'autorità per la quale si intende ricostruire spazi di legittimazione incidentale. Tesi discutibilissima, per carità, ma di certo non ardata se è presente anche forse nel manuale più classico di giustizia costituzionale come quello di Gustavo Zagrebelsky<sup>13</sup>.

Ogni tentativo di riconoscere una generale legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale di *tutte* le autorità indipendenti sarebbe destinato a fallire alla luce della diversità della natura delle stesse e delle connesse funzioni. Ecco perché, la prospettiva più corretta non può che essere quella di un'indagine fatta al microscopio per individuare spazi, al contempo, di possibile contatto e distinzione tra amministrazione "indipendente" e giurisdizione, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, per verificare casi concreti di legittimazione, da intendersi sempre "ai limitati fini" dell'accesso.

Le autorità indipendenti operano in settori costituzionalmente assai "sensibili", dove svolgono spesso una funzione di garanzia di diritti ed interessi, costituzionalmente fondati, in settori con spiccati profili tecnici, ma socialmente ed economicamente vulnerabili alle pressioni della politica.

In tali ambiti si giustifica la scelta del legislatore di assegnare competenze ad autorità segnate da formale e sostanziale indipendenza dal Governo e, proprio per le ragioni che costituiscono la *ratio* della scelta di un modello decisorio di controllo rimesso a un'*authority*, si pone il tema di individuare, in chiave di ulteriore e decisiva garanzia, ambiti di "ascrizione" delle autorità al sistema di giustizia costituzionale.

Ritenere invece che le autorità abbiano come unica funzione, a questo punto tipicamente amministrativa, la cura dell'interesse pubblico assegnato – ed è questo il punto di maggiore debolezza, nell'opinione di chi scrive della decisione – significa riportare indietro nell'alveo delle amministrazioni tradizionali le autorità. E ciò peraltro non era né richiesto né necessario per negare nel caso di specie la legittimazione incidentale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La Corte invece in modo *tranchant* sembra negare, nel punto n. 8 del considerato in diritto, ogni forma di sia pure temperata *terzietà* all'Autorità e giunge a qualificare la "natura del potere attribuito all'Autorità" quale "funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco".

L'Autorità, nella ricostruzione che il giudice delle leggi svolge al fine di motivare il difetto di legittimazione incidentale dell'Agcm, "*al pari di tutte le amministrazioni (!)* è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato, e quindi non

---

<sup>12</sup> Così per primo, sia pure nella veste di suo Presidente, ipotizzò l'accesso incidentale del Garante della concorrenza e del mercato. G. AMATO, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, collana *Temi e problemi*, Roma 1996, anche sul sito dell'Agcm. Nella stessa direzione, nel 2010, si espresse anche il Presidente Catricalà. Mentre, come noto, l'ordinanza di remissione del 2018 si deve al Presidente Pitruzzella. Componente di quel collegio anche Michele Ainis.

<sup>13</sup> V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 105.

è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale”, come emergerebbe per la Corte “nell’ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota [una serie di] istituti...”.

Il ragionamento è poi portato alla conseguente conclusione di equiparazione dell’attività svolta dinanzi all’Autorità a quella classica di ogni procedimento amministrativo, senza quindi possibilità sul piano oggettivo di alcuna equiparazione sia pure “ai limitati fini” a quella di “giudizio”.

La Corte conferma tale chiusura, quando subito dopo, forse in modo troppo semplicistico, rileva che “l’attività dell’Autorità garante si sviluppa nell’ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell’irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità”.

Sullo stesso piano soggettivo, in premessa delle connesse considerazioni svolte sulla natura della funzione, la Corte nega, nel punto n. 5 del considerato in diritto, ogni terzietà all’Autorità garante della concorrenza e del mercato nello svolgimento delle sue funzioni, in quanto essa “è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l’impugnazione dei suoi provvedimenti”.

L’Autorità, inoltre, per effetto di una modifica intervenuta nel 2011, sottolinea il giudice delle leggi “ha anche assunto la inedita posizione di parte processuale ricorrente per l’impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato” e che “la legittimazione a stare in giudizio *spetta all’Autorità e non ai suoi uffici inquirenti*, perché, contrariamente a quanto sostenuto nell’ordinanza di rimessione, non può ravvisarsi una netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l’esistenza del nesso funzionale tra Segretario e Presidente”.

Si tratta di argomenti che possono avere fondamento e che peraltro potrebbero fare oggetto di interventi legislativi di modifica nel senso di rimuovere alcuni dei delineati ostacoli alla legittimazione incidentale dell’Agcm.

Quel che però colpisce nella decisione è il complessivo portato ricostruttivo tutto volto a evidenziare i soli elementi di debolezza, e non di forza, pure essi esistenti, nella ricostruzione di una legittimazione ai limitati fini, che si intende in modo molto netto, e quasi preoccupato, fermamente negare nella decisione in commento. Peraltro, si può sottolineare, si tratta talora di aspetti diversamente modulabili dal legislatore e non necessariamente presenti in altri casi e dinanzi ad altre autorità amministrative indipendenti e che invece sembra qui la Corte volere quasi generalizzare alla realtà delle *authority*.

Il fatto è che la Corte sembra dire talora troppo e, talaltra, troppo poco nella sentenza in questione, che rappresentava la prima occasione per la Consulta di confrontarsi col tema, sino ad allora riservato solo a qualche considerazione sparsa della dottrina, dell’accesso incidentale delle autorità indipendenti. Sui profili e sul significato dell’indipendenza, tanto sotto il profilo soggettivo che oggettivo, dell’Agcm, si potevano fissare alcuni utili paletti, sia pure nella prospettiva operata dalla Corte delle argomentazioni a conferma del difetto di legittimazione incidentale.

Il fatto è che “indipendenza” e finalità di “giustizia”, sia pure nel perseguimento di un interesse pubblico generale che si radica in Costituzione e che, come nel caso della concorrenza, significa anche tutelare le posizioni dei soggetti coinvolti, imprese e consumatori, caratterizzano le autorità in modo peculiarissimo. Ciò in un disegno che però non può ridursi al mero schema del procedimento amministrativo e degli strumenti di partecipazione, ma che presuppone *altro* in termini di contraddittorio e strumenti di difesa, che vanno *oltre* la legge n. 241/1990, dovendosi davvero delineare, come sostenuto da variegata e attenta dottrina giuspubblicistica, “funzioni

paragiurisdizionali<sup>14</sup>, “funzioni di tipo giurisdizionale (o arbitrali)” o “funzioni para-giudiziali”<sup>15</sup>, “poteri quasi-giudiziali”<sup>16</sup>, dove si realizzerebbe un “compito di magistratura”<sup>17</sup> e si svolgerebbe un “sillogismo tipico del ragionamento giudiziario”<sup>18</sup>.

Si tratta di ambiti, dove le “decisioni” sono assunte dalle *authority* quali *terzi*, sul piano soggettivo, rispetto alla questione su cui si pronunciano, e che riguardano “contenziosi” insorti tra privati, imprese ed utenti, in cui le autorità più che effettuare ponderazione di interessi pubblici, si pongono in posizione neutrale, equidistante anche “nel senso di indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali quella funzione va a incidere”, come molto meglio scrisse Vincenzo Caianiello<sup>19</sup>, con tesi però evidentemente non condivisa nella decisione in commento.

Tutto ciò si traduce nella possibilità di riconoscimento della natura di giudice *a quo* ai limitati fini? È interrogativo a cui la Corte risponde negativamente ed è alla Corte, e non certo a un libro, il compito di dare risposta. Nel mio libro si è cercato di distinguere e riconoscere la legittimazione, seguendo la linea indicata da Ruggeri, “almeno per alcune di esse che per funzioni e posizione, parrebbero risultare assai contigue alle autorità propriamente giurisdizionali”<sup>20</sup>.

L’individuazione di spazi limitati di legittimazione incidentale ad alcune autorità è strumentale anche alla realizzazione di un proficuo dialogo diretto tra autorità e giudice delle leggi, in un quadro in cui forti sono invece le vie di dialogo dell’autorità con l’ordinamento europeo. Anche perché le autorità potrebbero essere spinte a risolvere ogni dubbio di legittimità delle leggi da applicare su di altro piano, anche quando non risulti appropriato, attraverso forme di “abuso” di interpretazione conforme<sup>21</sup> o quella “sorta di sindacato diffuso di compatibilità comunitaria”<sup>22</sup> che spetta, questo sì, senza dubbi, a chiunque, giudice o amministrazione o attraverso forzature nel ricorso all’interpretazione adeguatrice, senza riuscire ad appagare l’esigenza di tutela del principio di costituzionalità e soprattutto sottraendo in definitiva spazio alla Corte stessa<sup>23</sup>. Si aggiunga, nello specifico, che la Corte di Giustizia dell’Unione europea richiede che le autorità garanti nazionali della concorrenza vadano a disapplicare la normativa interna, anche di rango legislativo, che siano alla base di condotte contrarie alle regole *antitrust* europee.

Tutto questo potendosi poi tradurre in un comodo alibi per le stesse autorità indipendenti ulteriormente deresponsabilizzate dall’assenza di collegamento con la Corte.

Alcuni, in definitiva, dei rilievi mossi nella sentenza, alla legittimazione dell’Agcm possono anche essere condivisi e altri se ne potrebbero muovere di volta in volta sul piano soggettivo, soprattutto sul piano dell’effettiva indipendenza, e oggettivo, in questa e altre ipotesi di legittimazione incidentale di autorità indipendenti di controllo. Quel che invece va respinta, e sul punto la sentenza non è chiara, è la prospettiva di ridurre le autorità indipendenti in ultima analisi alle amministrazioni tradizionali.

---

<sup>14</sup> In contrapposizione alle funzioni amministrative dell’*authority*. Tar Lazio, sez. III *ter*, 14 dicembre 2006 n. 14517.

<sup>15</sup> E. CHELI, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino 2000, 129.

<sup>16</sup> E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, a cura di M. D’Alberti, A. Pajno, Quaderni di Astrid, Bologna 2010, 107 ss.

<sup>17</sup> Così nella sinossi di *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, a cura di L. Paganetto, Roma, 2007.

<sup>18</sup> G. AMATO, *Conclusioni*, cit.

<sup>19</sup> V. CAIANELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Dir. dell’economia*, 1998, 258.

<sup>20</sup> A. RUGGERI, *Introduzione*, in *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. BALDUZZI, P. COSTANZO, Giappichelli, Torino, 1997, 4.

<sup>21</sup> G. LANEVE, *L’interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all’interno di un sindacato (che resta) accentratore*, in *Federalismi.it (www.federalismi.it)*, n. 17/11, 27 ss.

<sup>22</sup> F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, anche in *www.cortecostituzionale.it*, 6.

<sup>23</sup> Come già si ebbe modo di rilevare, A. PATRONI GRIFFI, *Le autorità amministrative indipendenti dinanzi alla legge incostituzionale: quali rimedi?*, *Astrid (http://www.astrid-online.it) Rassegna*, n. 16/2012.



### *Le strettoie della porta incidentale*

Le *authority*, anzi, necessitano ancora oggi di un'opera legislativa, che vada a rafforzarne le caratteristiche di indipendenza sotto il profilo soggettivo e oggettivo delle funzioni svolte. Ben consapevoli che entrambi gli aspetti sono strettamente e biunivocamente collegati, perché una funzione non è indipendente se non lo è chi la svolge<sup>24</sup>. In tal senso sarebbero auspicabili anche interventi del legislatore.

Si può infine anche ricordare la legge che portò al riconoscimento della legittimazione del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, nonostante la precedente sentenza contraria della Corte<sup>25</sup>.

E' forse auspicabile che il legislatore vada proprio in tale direzione, di rafforzare l'indipendenza e terzietà sotto il profilo soggettivo della composizione e oggettivo delle funzioni svolte, allargando gli spazi limitati, ma a mio parere, ancora possibili, di accesso incidentale, da valutare "caso per caso" e "ai limitati fini" dell'accesso, a garanzia di piena effettività del principio di costituzionalità, in un sistema che proprio perché non riconosce ipotesi di ricorso individuale diretto non può ammettere strettoie eccessive della porta incidentale.

---

<sup>24</sup> Senza indipendenza soggettiva e funzionale il diaframma tra autorità indipendenti e amministrazione tradizionale sarebbe davvero destinato a cadere. A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 4/2018, *passim*.

<sup>25</sup> Corte cost., sent. 254/2004, a cui seguì l'art. 69 della legge n. 69/2009.



ELENA MALFATTI

**Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”:  
i poteri istruttori della Corte costituzionale\***

SOMMARIO: - 1. Inquadramento del tema. – 2. I poteri istruttori della Corte: una finestra di osservazione inedita sulla giustizia costituzionale? – 3. Una generale (ed eccessiva) sottovalutazione del profilo di indagine. – 4. Un paradosso apparente: poteri processuali della Corte *versus* effettivi utilizzi dei medesimi. – 5. Per dare nuova linfa al tema: qualche spunto metodologico. – 6. Poteri istruttori e “questioni tecniche”: di quale tecnicità andiamo parlando? – 6.1. Le questioni inerenti normative i cui contenuti sono elaborati (o che trovano fondamento) nelle scienze esatte. – (*segue*) 6.2. Una zona “grigia”: le questioni “tecniche” in ambito medico e sanitario. – (*segue*) 6.3. Le questioni su materie specialistiche ma che si giovano (possono giovare) dell’apporto delle scienze sociali.

*1. Inquadramento del tema.*

Preliminarmente vorrei sottolineare che intervengo molto volentieri nell’ambito di questo seminario conclusivo del ciclo *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”*, non senza nascondere che l’invito gentilmente ricevuto mi avesse suscitato qualche preoccupazione, in origine, alla luce del dettagliato programma degli incontri che hanno preceduto quello attuale; mi sono dovuta infatti porre, anzitutto, un problema di corretta messa a fuoco dello sforzo di riflessione richiestomi, per via del titolo stesso prescelto per il seminario, in quanto mi pareva possibile enucleare un punto di intersezione soltanto parziale tra poteri istruttori della Corte da un lato e questioni tecniche dall’altro, le seconde non esaurendo certamente le prospettive di utilizzo dei primi (anzi), per quanto la tecnica sia oggi pervasiva (i temi prescelti per i diversi seminari lo dimostrano). La prima domanda che mi sono fatta è stata, cioè, quanto spazio occupasse la tecnica, rispetto al tema più in generale dei poteri istruttori (che pure, a loro volta, non costituiscono aspetto centrale dei procedimenti che si svolgono alla Corte), e la risposta immediata, tenendo conto anche delle relazioni di coloro che mi hanno preceduto, sarebbe stata: «pochissimo», quantomeno nell’istruttoria formalizzata; alimentare l’oggetto dell’incontro sembrava pertanto, effettivamente, abbastanza complicato.

Esporrò tuttavia le impressioni più nitide, o comunque meno sfocate, che ho maturato dopo alcuni approfondimenti e ricerche. *Per capire il perché* dello scarso spazio e utilizzo che trovano i poteri istruttori nell’ambito dell’esercizio delle competenze delle Corte costituzionale italiana (in generale, e ancor più in particolare, allorché sono implicate “questioni tecniche”), della loro scarsa pregnanza che possiamo assumere come un dato di partenza - suffragato implicitamente e talvolta

---

\* Il presente contributo - che traduce per iscritto la relazione presentata il 5 giugno 2019 al seminario conclusivo del ciclo *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, e i cui Atti sono in fase di pubblicazione in un volume curato da M. LOSANA e V. MARCENÒ - è affettuosamente dedicato al Prof. Pasquale Costanzo. È in me ancora vivo, in particolare, il ricordo del Convegno di Imperia del 12 e 13 maggio 1995, dal titolo *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale* che il Professore ottimamente coordinò e del quale curò successivamente gli Atti: nel corso del Convegno la sottoscritta, ancora dottoranda, ebbe ad apprezzare le criticità e i nodi irrisolti della giustizia costituzionale, anche sotto il profilo organizzatorio, su alcuni dei quali questo contributo tenta di tornare. Non si è potuto tener conto - essendo terminata la scrittura di questo lavoro nell’anno 2019 - delle recentissime novità che hanno riguardato le *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in virtù della delibera dell’8 gennaio 2020; le quali tuttavia offrono una sorta di contrappunto ideale ad alcune delle riflessioni qui illustrate.

esplicitamente dal dibattito alimentato durante il ciclo di seminari - *conviene forse ripartire da capo*, imbastendo cioè un discorso preliminare sui poteri istruttori *tout court*, per poi passare a una riflessione, pur concisa, tagliata sull'uso (o sul mancato uso), degli stessi in ambiti caratterizzati o condizionati (o condizionabili) dalla tecnica (a tal proposito, avrò a riprendere e a valorizzare alcuni passaggi delle relazioni di chi mi ha preceduto).

## 2. I poteri istruttori della Corte: una finestra di osservazione inedita sulla giustizia costituzionale?

In via generalissima, si potrebbe osservare che, in realtà, i poteri istruttori costituiscono un angolo di osservazione peculiare (pur, senz'altro, finora non privilegiato) delle caratteristiche assunte dal processo (è forse preferibile l'espressione più ampia di procedimento) nell'ambito della giustizia costituzionale, riportando da questo punto di vista alla mente alcuni lavori di dottrina illustre che - partiti anch'essi da un angolo visuale apparentemente ristretto - ne hanno viceversa scolpito le fondamenta<sup>1</sup>, segnando tra l'altro la definitiva appropriazione della "materia" da parte dei costituzionalisti; non che non vi fossero stati, in precedenza, momenti di attenzione da parte dei grandi maestri del diritto costituzionale, ma questa attenzione non era certo massiccia come invece avvenuto successivamente.

Non è da escludersi, in quest'ottica, che un'operazione interessante possa uscire anche dal tema che adesso ci occupa, perché una difficoltà di comprensione del "fatto" (inteso per adesso in senso molto lato, e nel quale rientrano i dati relativi al contesto nel quale vi è un impatto della normativa o l'esercizio delle competenze, dei poteri e degli enti<sup>2</sup>, *anche* in ambiti condizionati dalla tecnica) cui - almeno in teoria - l'utilizzo di poteri istruttori potrebbe ovviare, può emergere nelle varie sedi di giudizio della Corte; forse, sempre in teoria, tanto più significativo potrebbe mostrarsi un tale utilizzo nei giudizi "di parti" (principale e conflitti) e ancor più in quelli subordinati alla sussistenza di un concreto interesse ad agire (conflitti tra enti e tra poteri). E' vero, ce lo ha insegnato A. Cerri<sup>3</sup>, che si tratta di giudizi nei quali uno dei pilastri dovrebbe essere rappresentato dal principio dell'onere della prova; tuttavia vicende emblematiche<sup>4</sup> dimostrano come possa inficiarsi non soltanto il merito di un conflitto di attribuzioni, ma addirittura la sua stessa ammissibilità, per via della genericità degli elementi sui quali si basava l'impugnazione, ovvero della mancata determinazione di atti amministrativi alla cui definizione procedimentale cui il ricorrente non avesse avuto accesso, rivendicandone però il diritto nell'ambito delle proprie attribuzioni (come accade,

---

<sup>1</sup> Mi riferisco ad esempio a M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984; a V. ANGIOLINI, *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988; a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>2</sup> Alludendo fin qui a tutte le sedi di giudizio nelle quali opera la Corte; più avanti si farà qualche opportuna precisazione.

<sup>3</sup> Spiega A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, I, 1978, 1348, come in caso di dubbio su fatti concreti o su fatti normativi idonei in qualche modo a legittimare o delegittimare un qualche atto, mancando altro criterio residuale o assorbente, la decisione dovrà essere adottata come se quel fatto non esistesse.

<sup>4</sup> Esempio addirittura la vicenda annotata da F. SORRENTINO, *L'individuazione dell'atto che dà vita al conflitto: condizioni di ammissibilità o problema istruttorio?*, in *Giur. cost.*, 1990, 797, relativa a un conflitto tra Regione Liguria e Presidenza del Consiglio dei ministri (sent. n. 140/1990), in ordine ad opere di sistemazione idraulica a fronte di atti di approvazione dei relativi progetti, probabilmente statali ma che la ricorrente non aveva potuto acquisire, nell'ambito delle attribuzioni regionali riguardanti la gestione del territorio, dunque presumibilmente lesivi in concreto delle proprie competenze costituzionalmente garantite. L'Autore affronta la questione generale se la non individuazione da parte del ricorrente dell'atto o degli atti che danno vita al conflitto, per la loro mancata comunicazione, notificazione o pubblicazione o comunque per l'impossibilità di acquisirli, renda inammissibile il conflitto oppure obblighi la Corte a disporre l'acquisizione.

del resto, anche nel giudizio amministrativo, per stessa ammissione del Consiglio di Stato, il quale a più riprese ha rimarcato semmai il problema dei costi delle consulenze, che la Corte costituzionale però non dovrebbe avere<sup>5</sup>, se non per un’esigenza di autolimitazione e in nome del *self-restraint*).

In pratica, l’importanza di (poter) attivare poteri istruttori non può negarsi neanche nel giudizio in via incidentale, rispetto al quale conosciamo tutti molto bene l’importanza che il “fatto” ha assunto; intendendo con tale espressione, lo si è scritto autorevolmente<sup>6</sup>, l’inserimento dei *verba legis* (prescrizioni-fonti) nei contesti umani, laddove il patrimonio cui la Corte può o deve attingere è astrattamente privo di confini predeterminabili<sup>7</sup>; “fatto”, dunque, cui potrebbe guardarsi come “sfaccettatura particolare” della concretezza, elemento a sua volta del quale non ho bisogno di ricordare, credo, l’accento posto insistentemente dalla dottrina, e che dovrebbe perciò portare a valorizzare anche i dati (i fatti) dai quali prende le mosse, o sui quali incide o potrà incidere, la legge indubbiata di costituzionalità.

Ma la concretezza, come credo sia altrettanto noto, si è studiata quasi sempre, e abbondantemente, da altri punti di vista (per i riflessi che produce sulla rilevanza, sulla pregiudizialità, oppure sulle tecniche decisorie adoperate dalla Corte) o ancora, diversamente, concentrandosi sul fatto in sé (mi vengono in mente, ad esempio, pregevoli lavori di G. D’Amico e di E. Olivito, dopo quelli invece ‘storici’ di M. Luciani o di A. Ruggeri)<sup>8</sup>.

Ebbene, alla sottoutilizzazione dei poteri istruttori e alla loro sottovalutazione, rispettivamente da parte della giurisprudenza e della dottrina, almeno fino a tempi molto recenti, non si è posto alcun rimedio; si tratta di un angolo di osservazione della giustizia costituzionale nel suo funzionamento che è stato a lungo e direi ingiustamente accantonato, perché il problema non sta soltanto nell’osservare (come molti sembrano limitarsi a fare) che la Corte rinuncia a fruire di un rimedio alla difficoltà di comprensione del “fatto”, ma risiede anche, e forse soprattutto, in quello che la Corte non fa (utilizzare strumenti formalizzati) preferendo però operare – questo sì - in altro modo (informalmente, se non sotterraneamente): il problema del *come* si raccolgono informazioni alla Corte, e il *compito della dottrina* di aiutare la Corte nella scelta dei casi e dei modi in cui questo può avvenire, è stato sottolineato opportunamente dal giudice costituzionale N. Zanon nei saluti al Convegno dell’Associazione Gruppo di Pisa svoltosi a Milano nella primavera del 2017, un convegno<sup>9</sup> che finalmente ha dato adeguato spazio al tema, dedicandovi un’intera sessione, dopo una lunghissima fase di disinteresse mostrato dalla scienza giuridica.

---

<sup>5</sup> In base infatti all’art. 13, comma 3, n.i., le spese per l’assunzione dei mezzi di prova sono a carico del bilancio della Corte, un bilancio notoriamente florido e sottratto alle forche caudine dei controlli (e delle esigenze) contabili.

<sup>6</sup> C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1973, 1578, ripreso da G. Brunelli, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del “fatto” nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (cur.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 252.

<sup>7</sup> C.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, 186.

<sup>8</sup> Alludo qua a G. D’AMICO, “Caso” e “fatti” nella complessiva connotazione della questione di legittimità costituzionale, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 400 e, ancora dello stesso Autore, al successivo lavoro monografico *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, specialmente con riferimento all’ultimo capitolo); o ancora a E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. BIONDI, M. D’AMICO (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 135. In passato aveva invece centrato il tema M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 521; ma spunti significativi si sono colti poi, ad esempio, in A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le “metamorfosi” dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994.

<sup>9</sup> I cui atti sono raccolti in F. BIONDI, M. D’AMICO (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., *passim*.

### 3. Una generale (ed eccessiva) sottovalutazione del profilo di indagine.

La sottovalutazione del tema è stata in effetti pressoché generale, approfondendo gli studi mi sono difatti resa conto di non essere tra i pochi ad averlo trascurato: giocando dapprima “in casa”, mi sono accorta, ad esempio, della scarsa attenzione per i poteri istruttori della Corte negli stessi volumi degli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale che la scuola pisana ormai da oltre trent’anni propone<sup>10</sup>, e ai quali – contribuendovi fin dalla III edizione - mi permetto di fare un breve cenno, non trattandosi di mere rassegne giurisprudenziali ma sottoponendo viceversa tutta l’attività della Corte, per così dire, al microscopio e a un’analisi critica. Ebbene, in questi volumi vi è certamente una casistica precisa in ordine agli utilizzi effettivi dei poteri istruttori<sup>11</sup> - segnalando anche vicende curiose, come quella del rifiuto ufficiale di trasmettere un documento che era stato richiesto dalla Corte<sup>12</sup>, ed annotando puntualmente le pronunce più significative da questo punto di vista, rivelatrici generalmente<sup>13</sup>, anche se non sempre<sup>14</sup>, della preoccupazione della Corte di conoscere il “costo” delle sue eventuali decisioni di accoglimento - ma senza che essa venga

---

<sup>10</sup> Le edizioni sin fin pubblicate, tutte curate da R. ROMBOLI, coprono l’arco temporale 1987-2016. A breve uscirà l’undicesima edizione degli Aggiornamenti medesimi.

<sup>11</sup> Una casistica che fa emergere intanto la mancata utilizzazione di tali poteri nell’ambito del giudizio di ammissibilità del referendum; ancora, lascia intravedere qualche sporadico avvalimento dei medesimi nella sede del conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni [sent. n. 884/1988, dalla quale emerge l’ordine della Corte alle parti di produrre una documentazione cartografica, per evidenziare zona e percorso rispetto ai quali era stata autorizzata l’istituzione di una nuova autolinea, in materia di trasporti pubblici; ancora, in quest’ambito, e in vista di modifiche tariffarie, dalla sent. n. 198/1992, si rileva l’acquisizione di vari documenti relativi agli atti preparatori del decreto impugnato, e allo stato di definizione di una convenzione per il sistema urbano integrato, oltre che di una relazione del ministero dei Trasporti; la Corte non si è avvalsa invece di poteri istruttori quando avrebbe potuto evitare una dichiarazione di inammissibilità del ricorso per indeterminatezza (sent. n. 140/1990), come già segnalato alla nota 4)] ed anche nella sede del conflitto tra poteri dello Stato (sentt. nn. 219 e 379/2003, in ordine alla *vexata quaestio* dei conflitti sulle insindacabilità parlamentari, hanno visto la Corte chiedere ai Presidenti d’Assemblea la trasmissione di documenti menzionati negli atti difensivi delle Camere).

<sup>12</sup> Nel caso della sent. n. 379/2003, punto 4 del *Ritenuto in fatto*, si dà conto del rifiuto del Presidente della Camera di trasmettere un atto ispettivo dal quale avrebbero tratto origine le dichiarazioni per le quali si procede per conflitto, non essendo lo stesso atto ispettivo stato pubblicato negli “Atti parlamentari”, in quanto non qualificabile come interrogazione, bensì come una manifestazione di opinione del deputato interessato nell’esercizio di una facoltà prevista dall’ordinamento parlamentare. Precisava comunque il Presidente della Camera che il contenuto dei documenti richiesti era correttamente riportato nella relazione della Giunta per le autorizzazioni che aveva costituito l’atto parlamentare con il quale era stata introdotta la discussione in Assemblea che aveva condotto alla deliberazione di insindacabilità in questione. Per un caso singolare di contestazione dei dati acquisiti dalla Corte, v. inoltre la nota successiva.

<sup>13</sup> Il giudizio in via incidentale appalesa il ricorso della Corte a provvedimenti istruttori ad es. nell’ord. n. 294/1993, per cui dall’avvenuta acquisizione dalle Camere di elementi sul meccanismo degli assegni vitalizi si determina un’autorimessione di questione di legittimità costituzionale sul regime fiscale privilegiato dei parlamentari cessati dal mandato; oppure nell’ambito della questione decisa con sent. n. 226/1993, a seguito della richiesta di dati informativi alla Presidenza del Consiglio dei ministri relativi alla dinamica di stipendi e pensioni, o ancora nelle sentt. nn. 99/1995 e 361/1996 sempre in materia pensionistica; successivamente, si segnalano l’ord. n. 63/1999, con riferimento alla misura dei canoni di locazione di immobili pubblici locati, o la sent. n. 412/2000, per i dati chiesti al Ministero delle Finanze sul sistema di imposizione Irpef dei consiglieri della Regione Lazio, o ancora, la sent. n. 419/2000 nel cui ambito l’uso del potere istruttorio viene tra l’altro contestato dalle parti private costituite, per la provenienza delle risposte da Poste s.p.a. quando la legge indubbiata aveva ad oggetto proprio il trattamento giuridico ed economico per dipendenti assunti da Poste a tempo determinato.

<sup>14</sup> Problematiche “spurie” emergono ad es. nell’ambito della sent. n. 438/1995, dalla quale si evince che la Corte ha voluto acquisire dal Ministero della Giustizia una serie di dati sul rapporto tra condannati in genere e detenuti malati di HIV, per valutare l’adeguatezza delle strutture penitenziarie e la previsione di rinvio obbligatorio della pena; oppure, dalla sent. n. 353/2002, che dà conto dell’acquisizione di ulteriori dati presso il Consiglio superiore della magistratura, il Ministero della Giustizia, il Ministero delle Infrastrutture, trasporti e ambiente, per arrivare ad escludere la garanzia di imparzialità e indipendenza dei membri laici dei tribunali regionali delle acque pubbliche che provengano dalle pubbliche amministrazioni.

accompagnata da una riflessione circa le potenzialità, o comunque le implicazioni per una lettura “a tutto tondo” dei poteri processuali della Corte; per lo stesso giudizio sulle leggi, che pure ha offerto qualche riscontro più o meno significativo<sup>15</sup>, ci si limita ad osservare che proprio la natura dell’oggetto del giudizio medesimo spiegherebbe il raro ricorso ad attività istruttorie (mentre, lo si è sottolineato al par. 2, l’oggetto del giudizio è più composito e sfaccettato di quanto potrebbe sembrare).

Gli stessi manuali più accreditati dedicano generalmente poche righe al nostro tema, talvolta limitandosi a riprendere la disciplina normativa<sup>16</sup> (sulla quale, v. par. 4) o addirittura non gli rivolgono un’attenzione specifica, pur magari problematizzando sia l’oggetto che il parametro del giudizio della Corte alla luce delle componenti fattuali<sup>17</sup>, e ingenerando, nel loro insieme, l’impressione di un tema tutto da ricostruire, in quanto non messo del tutto nitidamente a fuoco. Si distinguono A. Cerri, il cui acume di processualista è peraltro noto, e il quale, oltre a ragionare del modello probatorio (propendendo per un modello a carattere acquisitivo<sup>18</sup>), mette soprattutto in evidenza come non l’essersi la Corte mai avvalsa di testimoni (più in generale, di esperti) l’abbia privata di elementi e di conoscenze specialistiche che avrebbero potuto far prevedere sviluppi della realtà tecnica ed economica, questi ultimi che hanno viceversa reso superata certa sua giurisprudenza<sup>19</sup>; come pure G. Zagrebelsky, il quale già alla fine degli anni Ottanta segnala come la disciplina sia fortemente lacunosa e come tutto la materia del diritto delle prove dovrebbe essere riconsiderata, anche nella prospettiva del diritto vivente<sup>20</sup>.

Andando a vedere la letteratura più specialistica, quanto alla convegnistica, compresa in particolare quella dell’Associazione Gruppo di Pisa, che in generale è, notoriamente, molto attenta alle dinamiche della giustizia costituzionale, direi che abbia anch’essa mostrato scarsa sensibilità sul tema, almeno fino al 2017: riprendendo infatti ad esempio gli Atti del Convegno di Milano svoltosi nel 1997, e dedicato al contraddittorio nel giudizio sulle leggi<sup>21</sup>, si può notare come alla relazione di

---

<sup>15</sup> Nel giudizio in via principale, pur confermandosi la ‘parsimonia’ della Corte nell’utilizzo dello strumento istruttorio, emerge come tuttavia esso abbia avuto notevole peso nella duplice questione relativa al regime delle “quote latte”, le risultanze istruttorie entrando a far parte della motivazione di alcune sentenze (nn. 272 e 349/2005); ancora, si evidenzia un atteggiamento collaborativo del Governo a fronte delle richieste della Corte (es. nella sent. n. 321/2005 si dà conto del deposito di una copia della relazione allegata al verbale di una riunione del Consiglio dei ministri); oppure, più di recente, si segnala la sent. n. 188/2016 (commentata da G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2 maggio 2017), i cui esiti appaiono fortemente condizionati dall’attività istruttoria (dalla quale, anche «emergono plurimi elementi di contrasto con i (...) parametri costituzionali», rivolta nei confronti di entrambe le parti in giudizio, che pongono in rilievo dati concordanti oppure complementari e compatibili, o ancora dissonanti (messi puntualmente in rilievo); la questione, vertente sull’impatto della legge di stabilità per il 2013 sulla fiscalità della Regione Friuli, viene infine accolta dalla Corte.

<sup>16</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 318; ancora più sintetica V. MARCENÒ nell’ulteriore edizione del medesimo manuale, 2018, vol. II a sua firma, 169. Stesse considerazioni per E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 123.

<sup>17</sup> E’ il caso dell’ultima edizione di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 83.

<sup>18</sup> Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Padova, 2004, 211, mentre G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 232, evidenzia nella disciplina di autoregolazione della Corte (art. 13 n.i.) un embrione di modello non inquisitorio. Lo studio più accurato dei modelli di istruttoria processuale cui potrebbe ispirarsi anche quello della Corte è stato condotto da G.A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria*, cit., *passim*, esprimendo alfine un *favor* per quelli “a gestione integrata” ove le parti e il giudice contribuiscono ciascuno *munere suo* alla determinazione della piattaforma su cui dovrà fondarsi la decisione.

<sup>19</sup> E’ curioso peraltro osservare come proprio A. CERRI, dopo le proprie acute osservazioni nel manuale del 2004, abbandoni il tema rispettivamente nel corso del 2012 e nelle lezioni del 2013, peraltro di taglio differente rispetto al manuale, essendo dedicati questi due ultimi volumi alla giustizia costituzionale ‘plurale’ il primo, e alla giustizia ‘globale’ il secondo.

<sup>20</sup> V. ancora G. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, 233.

<sup>21</sup> Cfr. V. ANGIOLINI (cur.), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.

T. Groppi, pure specificamente dedicata ai poteri istruttori, non corrisponda alcun intervento, di quelli che invece solitamente animano con vivacità il dibattito di questi incontri; oppure dagli Atti del Convegno di Siena del 2007, dedicato ai principi generali del processo davanti alla Corte, il tema rimane addirittura tra le righe della trattazione, ancora una volta, del più ampio contenitore (potremmo dire) del contraddittorio, da parte di F. Benelli; bisognerà aspettare pertanto il menzionato Convegno di Milano del 2017, dove finalmente un'intera sessione (e relativo dibattito) verrà dedicata all'istruttoria, con pregevoli relazioni da parte di M. Nisticò e A. Iannuzzi<sup>22</sup>. E ancora, è da osservare che si rinvergono in dottrina solo due opere monografiche, di T. Groppi e A.C. Ferro (diversamente datate e di taglio assai differente tra loro<sup>23</sup>), e qualche saggio sicuramente significativo, già dei decenni precedenti, ma comunque sporadico<sup>24</sup> o nel quale il tema entra con caratteristiche "interstiziali"<sup>25</sup>.

Allora, tirando provvisoriamente le fila del discorso, possiamo forse dire di trovarci di fronte a un vizio diffuso: la dottrina (anche coloro che, come T. Groppi, hanno maturato una significativa esperienza di assistenti di studio dei giudici costituzionali) si è concentrata su *ciò che la Corte fa* (casamai, come G. Brunelli e A. Pugiotto, sollecitando l'adeguata formalizzazione di un "diritto alla prova"), trascurando viceversa *ciò che essa non fa* ma che potrebbe, o addirittura dovrebbe, fare (se si assume la prospettiva del potere/dovere della Corte costituzionale quale giudice, sia pure *sui generis*). Non che sia semplice – ovviamente – imbastire un discorso su ciò che sfugge, o che al massimo è diluito tra le pieghe dell'argomentazione. Ma ricevendo pochissimo e talvolta, addirittura, nessuno spazio di attenzione, il profilo dei poteri istruttori appare un po' come un fiume carsico, cioè scorre sotterraneo (tanto più che le ordinanze della Corte, da questo punto di vista, non vengono più numerate dal 1986, bensì meramente allegate o addirittura ricavabili esclusivamente dalla motivazione, essendo oggetto di un provvedimento interlocutorio e separato), talvolta affiora in superficie (a proposito del giudizio in via principale, ad esempio, E. Rossi segnala il corretto ricorso all'istruttoria formalizzata sin dal 2001, con deposito in cancelleria e messa a disposizione delle parti del giudizio<sup>26</sup>) ma poi si inabissa di nuovo: se è vero che le ordinanze

---

<sup>22</sup> Cfr. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, e A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, entrambi in F. BIONDI, M. D'AMICO (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., rispettivamente 49 e 91; senz'altro pregevole anche la già menzionata relazione di E. OLIVITO, contenuta nel medesimo volume ed inserita nella stessa sessione del Convegno, tuttavia più centrata – come evidenziato alla nota 8 - sul fatto in sé.

<sup>23</sup> Cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; C.A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria*, cit., *passim*.

<sup>24</sup> Sicuramente da ricordare i saggi di A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335; M. CHIAVARIO, *Ordinanze istruttorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, vol. I, 215; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 521. Da segnalare anche un successivo *Quaderno tematico della Rivista di diritto costituzionale* (A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (cur.), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002) nel quale emerge a più riprese una sensibilità per il nostro tema (v. il lavoro di base di A. COINU e A. DEFFENU, e gli interventi di M. CARLI, M. CHIAVARIO, T. GROPPI, J. LUTHER, V. ONIDA, A. PUGIOTTO, E. ROSSI) e in generale l'esigenza di un maggior coordinamento tra le norme che disciplinano i giudizi innanzi la Corte, toccandosi così un punto decisivo che riprenderò nella trattazione (par. 5).

<sup>25</sup> Ad es. nel già menzionato lavoro di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., *passim*, gli Autori sembrano particolarmente avvertiti del problema, pur dedicando il loro sforzo congiunto alla centralità del fatto nelle decisioni della Corte, da cui traggono l'esigenza di un diritto probatorio in tutte le sedi di giudizio, anche quella referendaria.

<sup>26</sup> Cfr. E. ROSSI, *Il giudizio in via principale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, 141, che evidenzia da questo punto di vista un significativo cambio di prassi, rispetto al



istruttorie calcolate da M. Nisticò nel 2016, in vista della sua relazione al Convegno di Milano, non superavano il numero di 93, e G. Rivosecchi - nel corso di uno seminari di questo ciclo torinese - ne menziona altresì un totale di 94 nel 2019 (difficile controllare le statistiche, dovendosi inoltrare richiesta formale al Presidente della Corte di un estratto dei provvedimenti in questione dalla cancelleria), quasi mai, oltretutto, sfociando tali ordinanze in pronunce che abbiano fatto la storia della Corte costituzionale italiana<sup>27</sup>, si tratta di un dato che rivela una posizione risoluta della Corte nel senso del *non utilizzo* (anche se i dati messi opportunamente a disposizione da questa *Rivista*, a margine della giurisprudenza dell'anno 2019, potrebbero leggersi in controtendenza).

#### 4. Un paradosso apparente: poteri processuali della Corte versus effettivi utilizzi dei medesimi.

Il problema è serio, anche perché negli artt. 13 della legge n. 87/1953 e 12-14 n.i. campeggia un potere molto vasto (pur non del tutto puntualizzato, come sottolinea fra gli altri M. Nisticò, sostenendo la vaghezza e l'opacità di queste previsioni): la previsione legislativa secondo cui la Corte può disporre con ordinanza alcuni mezzi di prova (audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, come potrebbe essere tipicamente quella in materia di segreto di Stato, il richiamo di atti o documenti) si amplifica infatti nelle norme integrative, che con una clausola praticamente in bianco consentono l'assunzione di tutti quei mezzi di prova che la Corte ritenga opportuni, soltanto stabilendo termini e modalità da osservarsi a tal fine. Emerge, sì, un qualche elemento di attenzione alle parti, nelle previsioni rispettivamente dell'art. 13, comma 2, n.i., in base alla quale, in caso di assunzione dei mezzi di prova (che ha luogo a cura del giudice per l'istruzione con l'assistenza del cancelliere, che a sua volta redige il verbale), le parti sono avvertite dal cancelliere dieci giorni prima di quello fissato per l'assunzione; e dell'art. 14 n.i. in vista della chiusura dell'istruttoria (espletate le prove, i relativi atti sono depositati nella cancelleria) e della riconvocazione della Corte (il cancelliere, almeno trenta giorni prima della data fissata per la nuova udienza o riunione in camera di consiglio, dà comunicazione del deposito alle parti costituite); ma si tratta di un simulacro, appena, di contraddittorio, che presupporrebbe - per essere considerato davvero tale - un'apertura al contributo fattivo delle parti durante l'assunzione delle prove e non soltanto sulle risultanze istruttorie.

Alla costruzione di un diverso percorso istruttorio, che pure non si traduca in regole troppo somiglianti a quelle dei codici di procedura, le cui maglie strette la Corte potrebbe difficilmente tollerare, non si è tuttavia messo mano con la riscrittura delle norme integrative intervenuta, come si sa, nel 2008 dopo una lunga gestazione<sup>28</sup>, e che indubbiamente ha avuto un certo peso, in altre direzioni e sotto altri profili<sup>29</sup>. Addirittura, si sarebbe trattato di un'«occasione mancata» per la Corte, secondo M. D'Amico, che in questi termini si è espressa nella bella relazione introduttiva al

---

passato che aveva visto iniziativa del giudice relatore e non una delibera della Corte (né, tantomeno, il successivo deposito in cancelleria degli elementi acquisiti), garantendo così il rispetto della procedura, del diritto alla difesa delle parti costituite in giudizio, la trasparenza del procedimento complessivamente inteso.

<sup>27</sup> Se si eccettua forse la vicenda che ha condotto all'affermazione dell'insindacabilità degli *interna corporis acta* di cui alla sent. n. 9/1959; ancora, la famosa sent. n. 14/1964, Costa/Enel, che ha segnato una tappa fondamentale nella costruzione dei rapporti dell'ordinamento italiano con quello (allora) comunitario, si segnala per aver utilizzato la Corte alcuni dati e osservazioni critiche prodotti dalle difese delle parti costituite in giudizio, nella prospettiva di valorizzazione degli atti di causa, di cui farò cenno, *infra*, al par. 5.

<sup>28</sup> Cfr., tra gli altri, A. RUGGERI, *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 2002, fasc. 1, 3.

<sup>29</sup> Sul tema, per tutti, E. LAMARQUE, *Le nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2009, 113.

summenzionato Convegno di Milano del 2017<sup>30</sup>. Peraltro non si può considerare realistica la 'via d'uscita' (che in astratto pure ci sarebbe) del rinvio operato dall'art. 22 della legge n. 87/1953 alle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, e dunque dell'utilizzabilità delle norme sul processo amministrativo: a tacere qui dell'annoso problema, in sé, della natura di tale rinvio, vale la pena di segnalare come il tema sia stato ricostruito molto bene da N. Pignatelli, nella sua prima monografia<sup>31</sup> e più recentemente in un volume dedicato ad A. Pizzorusso<sup>32</sup>, evidenziando come la Corte si sia attribuita la titolarità del giudizio di applicabilità, e dunque di comparazione, tra la struttura del processo amministrativo e quella del processo costituzionale; ricavando del primo l'idea di un *canovaccio cedevole*, fatto a brandelli sull'altare dell'autonomia (se non addirittura, dell'anomia) di quest'ultimo processo, un canovaccio che non appare rivitalizzato da entrata in vigore del c.p.a., che pure è informato espressamente ai principi del giusto processo.

In mancanza di un percorso istruttorio ben tratteggiato, e al cospetto dei poteri ampi che la Corte dunque possiede, si delinea un paradosso, quello degli scarsi utilizzi che la Corte ne fa, il quale tuttavia è da ritenersi solo apparente, se coglie nel segno la supposizione già accennata, di un'astensione (presumibilmente) consapevole: le risultanze istruttorie potrebbero per così dire imbrigliare la Corte, costringerla cioè in un percorso decisionale che di esse tenga conto. Per un certo verso, comunque, la cosa è curiosa, tanto più considerando che, per altri significativi aspetti, laddove non risultino già codificati poteri processuali, la Corte se li va invece costruendo in via pretoria; pensiamo soltanto alle tecniche decisorie, con esempi recenti (sentt. nn. 113/2011, che prevede la riapertura del processo penale dopo una condanna dell'Italia a Strasburgo, con un'additiva di principio molto particolare, oppure 10/2015, notissima sulla c.d. Robin Tax, che dispone la limitazione degli effetti temporali di una pronuncia chiaramente di incostituzionalità *ab origine* della disposizione indubbiata) e recentissimi (ord. n. 207/2018, sul caso Cappato, di "prospettata incostituzionalità" secondo il Presidente Lattanzi; per non dire di tutte le pronunce in materia penale che stanno trasformando la tesi crisafulliana dell'intervento della Corte a rime obbligate in quella, assai differente nei significati, delle "rime adeguate", su cui *infra*, par. 6.3)].

Intendiamoci, l'utilizzo di poteri processuali rappresenta, o può costituire a sua volta, un problema, nella misura in cui, almeno questa è la mia personale sensazione degli ultimi anni, la Corte vada maturando una concezione molto ampia del proprio ruolo (sempre dalla richiamata sent. n. 10/2015 ricaviamo ad esempio un'affermazione forte quale quella secondo cui la Corte è «custode della Costituzione nella sua integralità»<sup>33</sup>), mentre in altri frangenti storici emergevano i contorni di un più modesto potere di emendamento, di (mera) correzione cioè delle storture più vistose del legislatore, sul presupposto delle molteplici prospettive di attuazione della Costituzione, nella sua

---

<sup>30</sup> V. M. D'AMICO, *La Corte e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 18.

<sup>31</sup> N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008.

<sup>32</sup> N. PIGNATELLI, *Il rinvio dell'art. 22 l. n. 87/1953 al r.d. n. 642/1907: l'inutilità del processo amministrativo e l'anacronismo di un processo costituzionale "senza codice"*, in AA.VV., *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, 227.

<sup>33</sup> Cfr. l'*incipit* del punto 7, *Considerato in diritto*, sent. n. 10/2015 (l'enfasi è aggiunta): «Nel pronunciare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, questa Corte non può non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti. Il ruolo affidato a questa Corte come custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» (...) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro».

componente programmatica; ebbene possono esserci poteri assai pregnanti e non formalizzati che la Corte si arroga, giustificati a loro volta (ma in astratto discutibili) in virtù del ruolo ampio che essa ritiene di dover svolgere. Ma quello dei poteri rivendicati, o semplicemente autoassunti dalla Corte, è un fronte su cui la dottrina in genere sta indubbiamente lavorando<sup>34</sup>, come del resto, altri sentieri tradizionalmente meno battuti, se non addirittura negletti, dei procedimenti davanti alla Corte, tracciati entro confini “angusti” da una scarna normativa di riferimento, hanno sollecitato o stanno sollecitando alla riflessione (così ad esempio il tema dell’intervento dei terzi, o il profilo dei poteri cautelari, in alcuni momenti hanno avuto una certa fortuna, per i conflitti di attribuzione; come da ultimo il vasto contenitore del contraddittorio sta riguadagnando l’attenzione degli studiosi della giustizia costituzionale<sup>35</sup>); in questo scenario, allora, riportare l’attenzione *anche* sui poteri istruttori non pare peregrino.

##### *5. Per dare nuova linfa al tema: qualche spunto metodologico.*

A corroborare una prospettiva del genere, che rivaluti il tema al centro di questo seminario conclusivo, giova – direi – qualche considerazione di metodo. Anzitutto, sarebbe da rivalutare criticamente il perimetro circoscritto nell’ambito del quale sono stati prevalentemente collocati i poteri istruttori, visto che pure coloro che vi hanno dedicato uno sforzo monografico sono stati più attenti al giudizio sulle leggi; a tacere anche del fatto che l’uso dei poteri istruttori è stato “maggiore” (in senso relativo, naturalmente, attese le grandezze numeriche delle diverse sedi di giudizio) nei conflitti di attribuzione tra enti, e comunque – abbiamo già detto – si è assistito fin dal 2001 ad un utilizzo “più formalizzato” dei medesimi nel giudizio in via d’azione, è da chiedersi anche dal punto di vista teorico se sia davvero possibile dedicarsi soltanto al controllo sulle leggi. Non pare soddisfacente il tradizionale inquadramento manualistico nel senso di un processo di diritto tendenzialmente obiettivo perché si è messo abbondantemente in evidenza come almeno il giudizio in via incidentale comporti un sindacato su “fenomeni normativi”, per i segni che la norma lascia sul tessuto sociale, implicando una tutela della *lex* e degli *iura*, quali componenti inscindibili e inestricabili nell’opera del giudice costituzionale<sup>36</sup>; ma anche per il giudizio in via principale si sono fatte di recente nuove considerazioni<sup>37</sup>, alla luce dell’incidenza non infrequente sulla sfera dei diritti soggettivi.

E probabilmente lo stesso duplice ordine di motivazioni adoperato da T. Groppi nel 1997, che adduceva, per un conto, il rinvio dalla disciplina dei conflitti di attribuzione (artt. 26-27 n.i.) a quella del giudizio sulle leggi (non è detto che esso sia ottimale), e per un altro la somiglianza al giudizio amministrativo (con rinvio alle norme di procedura del Consiglio di Stato che però – abbiamo

---

<sup>34</sup> Lo testimoniano anche i tanti convegni dedicati di recente, o tuttora in gestazione, alla giustizia costituzionale e alle sue nuove stagioni (alcuni titoli: *Una nuova stagione creativa per la Corte costituzionale*, Treviso 17 maggio 2019; *Recenti tendenze in tema di accesso alla Corte costituzionale*, Roma 22 maggio 2019; *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17 e 18 ottobre 2019; *Il sistema ‘accentrato’ di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019).

<sup>35</sup> V. ad es. il tema del seminario organizzato il 18 dicembre 2018 dalla Corte costituzionale, dedicato a *Interventi di terzi e amici curiae nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell’esperienza delle altre corti nazionali e sovranazionali*, nell’ambito del quale ha presentato una relazione T. GROPPi, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, pubblicata in *Quad. cost.*, 2019, 371. V. anche *infra*, par. successivo.

<sup>36</sup> Tra gli altri, G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria*, cit., 184, che sottolinea anche come il patrimonio fattuale cui la Corte può o deve attingere mostri natura e intensità variabile, compreso il contesto e le sollecitazioni dei quali la legge spesso sarebbe frutto, a loro volta condizionati da fattori di conoscenza ed elementi espressi latamente culturali.

<sup>37</sup> Cfr. ad es. D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.*, 2019, 131.

parimenti già detto – di fatto non funziona) sarebbe probabilmente suscettibile di una rivisitazione, dunque di una rivalutazione da parte della stessa Autrice, ad oggi<sup>38</sup>. Se poi – come fa la stessa T. Groppi - si finisce per ammettere che la Corte rivela un comportamento generalizzato, a prescindere dalla sede di giudizio, allora ci viene fornito un argomento nel senso di un’auspicabile attenzione ai poteri istruttori, per così dire, a trecentosessanta gradi. Tagli ulteriori di indagine forse più proficui, o comunque direttrici di approfondimento possibili dei poteri istruttori, sarebbero dunque quelli “trasversali” rispetto alla sede di giudizio nella quale la Corte opera, valutando viceversa e più direttamente i destinatari delle richieste di approfondimento istruttorio, il rapporto con il macrotema del contraddittorio, l’incidenza delle richieste medesime su profili plurimi (oggetto e parametro del giudizio della Corte, motivazione della pronuncia), e ancora le finalità di tali richieste.

Con riguardo anzitutto ai destinatari delle richieste della Corte, mi sembra opportuno richiamare l’efficace espressione di M. Chiavario che ragionava già oltre trent’anni addietro nei termini di un «interpello»<sup>39</sup>, preceduto presumibilmente da una valutazione circa il grado di affidabilità e l’effettiva disponibilità dei dati, da parte degli interlocutori (l’atteggiamento complessivo, per così dire), e che comunque conduce in concreto, spesso e volentieri, all’individuazione di soggetti istituzionali; sovviene, semmai, il dubbio di un trattamento sbilanciato, da parte della Corte, delle “parti” costituite nel giudizio in via incidentale, e delle vere e proprie parti degli altri giudizi: perché se è vero che la Corte concentra il grosso delle sue richieste nella Presidenza del Consiglio e nei ministeri (in qualche caso nei Presidenti delle Camere, raramente nelle parti o comunque in soggetti privati), ed è altresì evidente come a sua volta il Presidente del Consiglio intervenga quasi sempre come *defensor legis*, o dell’atto comunque impugnato (che è spesso, anche nei conflitti, di provenienza dell’esecutivo), la prospettiva risultante è allora quella di consentire, per il tramite delle risultanze istruttorie, una sorta di integrazione delle difese da parte del potere governativo centrale; una prospettiva che meriterebbe probabilmente di venire ridiscussa.

Forse non a caso, a tal proposito, A. Baldassarre ci ricordava l’origine storica dell’idea di acquisire dati attraverso gli organi preposti alla statistica ufficiale, derivante dalla concezione del potere governativo come avente il «monopolio dell’azione», spettandogli cioè in esclusiva il potere di raccogliere quei dati in mancanza dei quali l’azione pubblica non sarebbe possibile o risulterebbe cieca, e più in generale essendo la P.A. preposta alla cura dell’interesse generale; una concezione che la Costituzione repubblicana però rigetterebbe, istituendo una struttura pluralistica dei poteri fondamentali e riconoscendo a ciascun organo costituzionale il potere di acquisire autonomamente i dati di cui abbisogna<sup>40</sup>. E forse questa stessa sensibilità dell’Autore contribuisce a spiegare il tentativo che Egli stesso fece, durante la propria presidenza alla Corte costituzionale, di istituire un vero e proprio Ufficio per la documentazione e quantificazione finanziaria dei costi delle pronunce, che poteva ricorrere ad una cinquantina di fonti diverse, la cui ricerca veniva allegata a quella degli assistenti di studio (determinando dunque una pre-istruttoria, ma senza avere poi sfocio nel deposito di veri e propri atti conoscibili dalle parti), e che ebbe tuttavia, come noto, una vita abbastanza breve (dal 1995 al 2000).

Il profilo specifico delle scelte da parte della Corte dei propri interlocutori ufficiali si riconnette poi - per le conseguenze in termini di possibile squilibrio tra le posizioni processuali dei soggetti coinvolti nei giudizi che (come abbiamo accennato) esse sono in grado di provocare, ma anche più in generale - all’ampio tema del contraddittorio (e della sua eventuale apertura) nei procedimenti di fronte alla Corte; un tema, come noto, concepito piuttosto restrittivamente dalla disciplina di riferimento, ma che ha offerto il fianco a molteplici obiezioni, e che nell’ottica di completare, o

---

<sup>38</sup> Cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 157.

<sup>39</sup> Cfr. M. CHIAVARIO, *Ordinanze istruttorie*, cit., 22.

<sup>40</sup> A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi*, cit., 1503.

quantomeno arricchire, la gamma degli elementi istruttori potenzialmente utili alla valutazione della Corte, potrebbe contemplare pareri *pro veritate* voluti dalle parti, come pure interventi di terzi (che a loro volta potrebbero risultare qualificati sul piano delle specifiche competenze, oppure risultare portatori di ulteriori interessi) disposti direttamente dalla Corte ovvero previa specifica istanza di partecipazione al giudizio. Un’implementazione del contraddittorio dunque che richiama in qualche modo l’esperienza già collaudata della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>41</sup>, come ha ricordato M. D’Amico nell’introduzione al più volte menzionato Convegno di Milano del 2017), e che peraltro mostra già nell’esperienza della nostra Corte più di un’aporia (i criteri non sempre chiarissimi in base ai quali si consente qualche limitato ingresso di terzi nel giudizio<sup>42</sup>, ma soprattutto la presa d’atto sostanziale del punto di vista dei terzi, salvo poi dichiarare la Corte, dal punto di vista formale, l’inammissibilità di molte richieste di intervento). Si tornerebbe, qui, a dar smalto all’esigenza di una valutazione complessiva del significato e del valore delle regole processuali (i cui principi e le cui categorie si comprende possano stare “strette” se la Corte tende ad assumere un ruolo da “colegislatore”), perché se si ampliasse gamma e utilizzi dei poteri istruttori, probabilmente si dovrebbero rivalutare tanti profili intimamente connessi: l’istruttoria che risalta, dunque, come tassello di un mosaico ben più vasto.

Un altro modo di guardare obliquamente al nostro tema deriva dalla sua capacità di incidenza su profili vari: non solo sull’oggetto del giudizio della Corte, come viene istintivamente da pensare, ma anche sul parametro o sui parametri, (specialmente laddove la norma costituzionale assunta a criterio di giudizio contenga una clausola generale o un concetto indeterminato (utilità sociale, buon costume) la cui precisazione non può non avvenire per mezzo di un riferimento decisivo alla realtà sociale, oppure sia direttamente attributiva di diritto (che può essere un diritto sociale che va confrontato con la situazione di fatto cui era (sarebbe stato) tenuto a rifarsi il legislatore<sup>43</sup>, ma pure una libertà civile che vada ad esempio misurata sui poteri limitativi attribuiti ad una autorità amministrativa, in nome di un interesse antagonista, la cui consistenza andrà vagliata alla luce delle caratteristiche effettive della situazione di fatto<sup>44</sup>); e perfino sulla motivazione, come argomento talvolta retorico ma nel senso migliore del termine, per renderla plausibile, più incisiva, e dunque più convincente, come osserva A. Cerri nel suo ottimo manuale, richiamando Perelman<sup>45</sup>. E’ ancora A. Baldassarre, a tal proposito, a spiegare acutamente che quando l’attività conoscitiva incide direttamente sulla parte motiva della decisione, attenendo alla determinazione dell’oggetto e del parametro da raffrontare, e dunque essendo prodromica alle enunciazioni fondative del giudizio<sup>46</sup>,

---

<sup>41</sup> Peraltro, A. IANNUZZI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti costituzionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, in A. IANNUZZI (cur.), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015, 61, mette lucidamente in luce anche le criticità dell’approccio della stessa Corte europea alle valutazioni tecnico-scientifiche.

<sup>42</sup> Fresco esempio di intervento dichiarato ammissibile si ricava dall’ord. n. 204/2019, nella vicenda dei decreti c.d. Salva Ilva, secondo cui «l’intervento di ArcelorMittal Italia spa è ammissibile, posto che essa, quale concreto gestore dello stabilimento, è titolare di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalle norme censurate, avendo il giudice rimettente censurato le menzionate disposizioni perché, oltre a esonerare da responsabilità penale i gestori dello stabilimento, autorizzano «in ogni caso» la prosecuzione dell’attività produttiva presso lo stabilimento ILVA di Taranto in pendenza di sequestro penale sino al 23 agosto 2023».

<sup>43</sup> S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 575.

<sup>44</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 126.

<sup>45</sup> A. CERRI, *Corso di giustizia*, cit., 213.

<sup>46</sup> Particolarmente efficace, a tal proposito, la sintesi in ordine al complesso di fattori che si traduce nelle motivazioni dell’organo di giustizia costituzionale operata da S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, 45-46.

potrebbe raccomandarsene un'assunzione formale<sup>47</sup>; mentre nel diverso caso di elementi che la Corte voglia procacciarsi perché utili a fondare asserzioni di fatto dirette a rendere più convincente la decisione adottata, corroborandone l'efficacia, trattandosi comunque di elementi inessenziali della motivazione medesima, sarebbe massimamente opportuna l'informalità, per evitare che una richiesta formale di dati acquisti il senso di un ingiustificato atto dilatorio<sup>48</sup>.

E infine, ma non ultimo in termini di rilievo potenziale, un approccio efficace al tema potrebbe essere quello di guardare alle finalità delle richieste di approfondimento istruttorio che la Corte ha fin qui effettuato e che potrebbe astrattamente reiterare: se, tradizionalmente, lo scopo evidente era quello di favorire l'accertamento di vizi formali dell'atto legislativo indubbiato o la legittimità di leggi provvedimento<sup>49</sup>, successivamente sembrano aver fatto premio esigenze di approfondimento del giudizio di ragionevolezza, che notoriamente la Corte spesso compie<sup>50</sup>, come pure, e forse ancor di più, di comprensione di quali possano essere le conseguenze finanziarie delle proprie decisioni. Paradigmatico, da questo ultimo punto di vista, è apparso (in controluce, non essendo in realtà la Corte ricorso formalmente all'istruttoria) il frangente giurisprudenziale del 2015: ad una pronuncia controversa quanto ormai celebre come la già menzionata sent. n. 10/2015 sulla Robin Tax, nella quale la Corte evidentemente ha tenuto conto dei costi della pronuncia per le casse dell'Erario, sino a modularne decisamente gli effetti temporali, ha fatto seguito un'altra nota pronuncia (sent. n. 70/2015 sul blocco della perequazione delle pensioni) nella quale, all'opposto, la Corte è sembrata disinteressarsene del tutto, anzi scaricando in modo singolare le responsabilità sul legislatore (che avrebbe mancato di motivare il blocco in materia previdenziale, per l'appunto, con la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie); suscitando con ciò le proteste del Ministero dell'Economia per la mancata valutazione dell'impatto economico della sentenza<sup>51</sup>, e determinando (forse anche per reazione) un certo attivismo parlamentare, culminato con il c.d. disegno di legge Lanzillotta (A.S., XVII legislatura, n. 1952, non tradottosi poi, peraltro, in una novella alla legge n. 87/1953), in base al quale sarebbe stato possibile per la Corte richiedere una relazione all'Ufficio parlamentare di bilancio<sup>52</sup>, istituito a sua volta nel 2012, dunque accedere ad una fonte qualificata, quanto indipendente, capace di fornire autorevolmente dati sulla cui base ispessire la parte motiva delle proprie decisioni.

Come credo sia evidente, sotto quest'ultimo angolo visuale ma più in generale, il punto dell'uso o del mancato uso dei poteri istruttori, diventa estremamente delicato, portandosi inevitabilmente il sindacato della Corte "a ridosso" della dinamica legislativa. E dunque condivido pienamente

---

<sup>47</sup> Ho già fatto riferimento alla sent. n. 188/2016 (*supra*, nota 15) che nella sede del giudizio in via principale rappresenta un esempio importante di pronuncia per la quale gli esiti istruttori hanno costituito un presupposto centrale della decisione.

<sup>48</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 1499, che commenta un caso abbastanza paradossale in cui l'istruttoria è stata svolta formalmente (disposta con ord. n. 153/1973) ma, a guardar bene, forse non sarebbe servita: sapere infatti quali sono le lavorazioni stagionali di durata inferiore a sei mesi, e qual è il numero dei lavoratori soggetti a disoccupazione nei periodi di sosta, non poteva modificare i termini del giudizio richiesto alla Corte (raffronto tra mancata previsione normativa del diritto all'indennità di disoccupazione per i lavoratori stagionali e parametro dell'art. 38 Cost.).

<sup>49</sup> T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 225, ricorda come questo sia stato terreno privilegiato per l'utilizzo dei poteri istruttori.

<sup>50</sup> G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria*, cit., 188, sottolinea come nella prospettiva del sindacato sull'eccesso di potere legislativo la Corte debba valutare elementi fattuali (la congruità dell'intervento legislativo, l'adeguatezza del medesimo rispetto alle situazioni concrete) capaci a loro volta di valorizzare le immense potenzialità dell'istruttoria.

<sup>51</sup> Come rilevato prontamente da M. ESPOSITO, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2014 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, fasc. n. 2/2015, e A. MORELLI, *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, in *Quad. cost.*, 2015, 712.

<sup>52</sup> La vicenda è analiticamente ricostruita da M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., 81.

l’osservazione<sup>53</sup> secondo cui finalità, non evidenti ma da ritenersi sottese allo svolgimento dell’istruttoria, in sé apparentemente sprovvista di qualsiasi logica, sarebbero plausibilmente anche quella di un ‘dialogo’ con la pubblica opinione, al cui controllo critico meglio si può far fronte rendendo manifeste all’«uditorio universale» alcune argomentazioni (allorché si reputi necessario far trasparire di aver preso in considerazione taluni elementi); come pure l’altra dell’apertura di un canale di comunicazione della Corte con gli ulteriori soggetti poteri pubblici, nell’ottica di una propria più forte legittimazione all’interno della forma di governo, e anche a corroborare una certa efficienza operativa (ad esempio, potrebbe tornare utile alla Corte lasciar intuire, attraverso le ordinanze istruttorie, di voler abbracciare una logica ‘dilatatoria’ o ‘monitoria’, rispetto a imminenti o future decisioni che tuttavia un intervento del legislatore potrebbe ancora scongiurare).

Non voglio tuttavia, in conclusione di questa parte generale del mio intervento, tralasciare di segnalare anche alcuni possibili elementi di ridimensionamento del (o comunque capaci di dare una diversa collocazione al) problema dello scarso uso dell’istruttoria formalizzata: *spezzerei cioè anche qualche lancia* a favore della Corte che opera nella informalità: anzitutto, si deve sempre ricordare come essa possa acquisire dagli atti di causa fatti e informazioni già tematizzati dal giudice *a quo*<sup>54</sup> (non attore ma “introduttore” del processo), e anche ordinare alle parti costituite in giudizio il deposito dei propri fascicoli<sup>55</sup>; senza che tuttavia alcuna conseguenza giuridica possa trarsi dall’inerzia o trascuratezza che derivi dal mancato adempimento dell’ordine di deposito, in virtù del fondamentale carattere di autonomia della seconda fase del giudizio in via incidentale rispetto a quella per così dire genetica nella quale la questione di costituzionalità viene sollevata, né dovendosi all’opposto considerare la Corte necessariamente “imbrigliata” dalle acquisizioni formalizzate che invece risultino disponibili.

Ancora, in qualche modo speculare si presenta il discorso rispetto ai fatti che costituiscono il presupposto delle scelte del legislatore: dovendo la Corte “fronteggiare” la discrezionalità del legislatore (o meglio, cogliere il punto nel quale essa si traduca in una scelta irragionevole), così come il giudice amministrativo presidia l’eventuale eccesso di potere della pubblica amministrazione, proprio il fatto della posizione partigiana, o comunque non neutra dei potenziali interlocutori, che abbiamo visto sopra essere i più frequenti destinatari delle richieste istruttorie, può convincere la Corte stessa che sia meglio acquisire elementi per vie diverse; ad un’istruttoria che avrebbe il tratto della «clandestinità» - non tanto con riguardo al collegio quanto rispetto alle parti, venendo condotta dagli assistenti dei giudici costituzionali allorché inseriscono nelle loro ricerche non solo norme, dottrina e giurisprudenza, ma anche altro materiale ritenuto utile per la decisione - si era pertanto opportunamente riferito M. Carli in un suo intervento di qualche anno addietro<sup>56</sup>.

Di più, accedendo a un utilizzo formalizzato dei poteri istruttori la Corte dovrebbe scontare tempi del giudizio diversi (ma forse, da tale punto di vista, oggi potrebbe permetterselo, attese le statistiche sui numeri dei procedimenti innanzi la Corte a tutti note, che restituiscono una mole complessiva di attività assai inferiore a quella di frangenti temporali pregressi); e infine, questo punto - sì - mi pare di un certo peso, la Corte dovrebbe sdrammatizzare il problema del rischio di una cristallizzazione della propria pronuncia nella successiva giurisprudenza (se il problema che ne

---

<sup>53</sup> Ben segnala tali finalità di utilizzo dei propri poteri, che a loro volta denoterebbero la concezione che di essi ne ha la Corte, T. GROPPi, *I poteri istruttori*, cit., 250-257.

<sup>54</sup> Pur “colorati” dalla loro natura giurisprudenziale o comunque pratica-applicativa secondo la pregnante espressione di M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., 34, essendo i fatti qualificati dall’attività già svolta dal magistrato.

<sup>55</sup> Lo evidenziava con lungimiranza, agli albori dell’esperienza di giustizia costituzionale in Italia, R. CHIEPPA, *Osservazione all’ord. n. 127/1957*, in *Giur. cost.*, 1957, 1222.

<sup>56</sup> M. CARLI, *Il potere istruttorio*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (cur.), *Le norme integrative*, cit., 367.

ha costituito l'*occasio* non torna, ed invece i dati fattuali astrattamente fruibili vengano a variare), a differenza del legislatore che sotto questo angolo visuale si trova invece in una posizione ottimale, potendo evidentemente sempre e nuovamente intervenire (la sent. n. 5/2018 sugli obblighi vaccinali, sulla quale tornerò nel par. 6.2, quasi plasticamente lo dimostra). Si rovescia, a tale riguardo, l'osservazione pur pregevole di A. Cerri (*supra*, par. 3), in base alla quale, in buona sostanza, l'ancoraggio al dato fattuale, tecnico, potrebbe evitare a una decisione di nascere già vecchia, perché l'accentuazione di tale legame finirebbe parimenti per connotare la medesima decisione sul piano temporale, e a renderla a ben guardare prodotto (per così dire) di un'epoca.

## 6. Poteri istruttori e "questioni tecniche": di quale tecnicità andiamo parlando?

### 6.1. Le questioni inerenti normative i cui contenuti sono elaborati (o che trovano fondamento) nelle scienze esatte.

Volendo cercare un precipitato delle riflessioni fin qui svolte nelle relazioni di chi mi ha preceduto<sup>57</sup>, per quanto ho potuto leggere nei relativi resoconti - anche per dare senso compiuto al titolo prescelto per il presente seminario, che potremmo sintetizzare in quello di "Poteri istruttori e questioni tecniche" - come ho già accennato in premessa la risposta sarebbe, di primo acchito, negativa; ovvero sono pochi i cenni che i colleghi, autorevoli studiosi di singoli ambiti disciplinari e dei relativi filoni giurisprudenziali, hanno ritenuto di operare a questo specifico tema, e pertanto difficoltoso un ragionamento "applicato" ai diversi settori. Dunque, in controluce, dovremmo ammettere che se non è semplice (e tuttavia forse possibile, come ho cercato di dimostrare) rinverdire il nodo dei poteri istruttori della Corte in generale, addirittura arduo sembrerebbe farlo al cospetto delle "questioni tecniche".

Eppure, dalla giurisprudenza costituzionale recente e recentissima, opportunamente non tralasciata in alcuno di quei seminari dagli esperti in materia, emerge qualche dato estremamente interessante, a partire da una certa difficoltà - segnalata a più riprese - nel controllo della Corte in ambiti fortemente specialistici<sup>58</sup>; rilievo di carattere generale, certamente, ma che induce a non tralasciare (a rovescio) le potenzialità dell'attività di approfondimento istruttorio.

Tornano inoltre attuali, sempre in generale, le considerazioni di quella lucida dottrina la quale ha ricordato come il sindacato rimesso al giudice costituzionale deve concentrarsi sul prodotto di un procedimento complesso, il quale a sua volta mira ad assecondare orientamenti e indirizzi che, pur essendo prescelti dalle forze politiche di maggioranza, sono sovente condizionati non solo da fattori culturali ma anche da elementi di conoscenza ed operativi espressi in ambito scientifico e

---

<sup>57</sup> Preme segnalare che dopo lo svolgimento del seminario conclusivo del ciclo torinese è uscito il bel saggio di uno dei curatori del Volume che ne raccoglie gli atti ed in corso di pubblicazione (V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, 2019, 393), nel quale si mette esattamente a fuoco il tema che qui ci interessa.

<sup>58</sup> Pur con alcuni segnali in controtendenza, o addirittura nel senso di un vero e proprio cambiamento di paradigma, come ad esempio in materia penale, laddove si è assistito a un clamoroso superamento di quelle che tradizionalmente apparivano le "strette" del giudizio costituzionale (additive in *malam partem*, assenza di rime costituzionalmente obbligate) e che vedevano culminare il medesimo nel senso della dichiarazione di inammissibilità di molte questioni, in ossequio anche al principio di stretta legalità; evidenzia il punto lo stesso Presidente della Corte G. LATTANZI nella relazione annuale sulla giurisprudenza dell'anno 2018, pubblicata sul sito della medesima Corte. Questo è un primo, pur labile, indizio che potrebbe rinsaldare l'idea di un'utilità di fruire dei poteri istruttori, a vantaggio di un sindacato penetrante (o più penetrante) della Corte, che comunque non costituirebbero certo la panacea di ogni male, anche in virtù delle considerazioni già svolte nel testo.



tecnologico<sup>59</sup>, e che a loro volta - in qualche modo - andranno pur vagliati anche a Palazzo della Consulta.

C'è tra l'altro da considerare che è necessario distinguere tecnicità da tecnica, nel senso che l'espressione in sé è certamente utile per alludere, senza appesantire troppo il discorso, a settori dell'ordinamento “difficili”, complessi, con i quali la Corte deve sovente confrontarsi; ma poi, all'interno di quei settori, indubbiamente corrono profonde differenze che non possono essere ignorate ai fini del presente discorso: è quasi ovvio, cioè, rilevare che le strategie complessive di giudizio, in ambiti come ad esempio quello ambientale (nel quale - mi giovo qui dello sforzo definitorio messo in campo da M. Cecchetti, nella sua relazione del 10 aprile 2019 - la normativa è propriamente tecnica giacché include regole giuridiche precettive che sono caratterizzate da un contenuto elaborato da scienze esatte) oppure tributario o ancora finanziario (ambiti a loro volta tecnici, in quanto la normativa trova, almeno in parte, fondamento in quei dati o conoscenze che le stesse scienze dure offrono) saranno presumibilmente diverse da quelle adottate in materia elettorale o penale: queste ultime infatti, certamente in ambo i casi molto specialistiche, si giovano pur sempre delle competenze giuridiche o ad esse “prossime”, come possono qualificarsi quelle elaborate dalle scienze sociali (per cui, ad esempio, lo stato dell'arte della scienza politica può certo influire su norme elettorali, come pure gli studi sociologici, o criminologici, condizioneranno in qualche misura quelle penali); sotto tale angolatura, dunque, non è affatto da escludere che la Corte compia i propri approfondimenti su profili che possiamo qualificare *lato sensu* culturali con le sole forze interne, astenendosi dall'utilizzo di poteri istruttori in senso proprio.

Più nello specifico, anticipavo che, sempre dalle relazioni di chi mi ha preceduto (e tentandone un distillato che spero non appaia arbitrario), si ricavano alcuni utilissimi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, a partire proprio dalle “materie” tecniche. Intanto, la preoccupazione della Corte (evidente ad esempio nel fraseggio della sent. n. 247/2017<sup>60</sup>, in ambito finanziario e più esattamente in materia di equilibrio dei bilanci delle Regioni e degli enti locali) per l'accentuarsi della complessità (per l'appunto, tecnica) della legislazione, che può determinare effetti non in linea con il dettato costituzionale e creare zone d'ombra in grado di rendere ardua la giustiziabilità di disposizioni non conformi a Costituzione; da cui l'idea che il legislatore adotti una trasparenza divulgativa a corredo degli enunciati di più complessa interpretazione e attuazione: la Corte – dunque - dice «no» all'abuso di tecnica contabile, come messo lucidamente in evidenza da M. Barbero, a margine della relazione di G. Rivosocchi del 27 marzo 2019.

Ancora, in materia tributaria, si nota anzitutto come la Corte intervenga sul riparto di competenze<sup>61</sup> (e da questo punto di vista ricalcando uno spartito adottato, lo ricorderò fra breve, in materia ambientale), ma molto meno incisivamente, invece, sulle norme impositive in sé e per sé considerate, e per il tramite del giudizio di ragionevolezza (proporzionalità), essendo difficile “districare” il rapporto mezzi-fini (in quanto, per un verso, l'imposta non è un prezzo, e per l'altro, il bilancio si compone a prescindere dall'allocatione delle risorse); eppure anche qui, lo segnalava S. Sileoni il 17 aprile 2019, deve apprezzarsi la recente attenzione della Corte sul tema della spesa pubblica e dell'utilizzo delle risorse collegato a quello dell'equità intergenerazionale (esemplare la

---

<sup>59</sup> L'espressione è debitrice delle suggestioni di Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (cur.), *Bioteologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 171.

<sup>60</sup> Cfr. la sent. n. 247/2017, punto 10 del *Considerato in diritto*, che può classificarsi come un'interpretativa di rigetto classica, commentata da L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), fasc. n. 1/2018. La stessa prospettiva si ricava anche successivamente dalla sent. n. 101/2018, di accoglimento in senso proprio.

<sup>61</sup> Un esempio recente è offerto dalla sent. n. 128/2019, che dichiara parzialmente illegittime alcune leggi delle Regioni Marche, Lazio e Sicilia perché disciplinanti un tributo di potestà esclusiva dello Stato.

motivazione della sent. n. 18/2019<sup>62</sup>), con uno sforzo dunque, di trovare cittadinanza su un terreno altrimenti abbandonato ai cultori di settore. Interessante, in ambito tributario, anche il richiamo a orientamenti di soggetti non necessariamente di matrice parlamentare (quali, piuttosto, la Corte dei conti o la Commissione centrale per la finanza e gli organici degli enti locali in relazione ai piani di rientro, prevista dal T.U.E.L. e che opera presso il ministero dell'Interno); e comunque, più ampiamente, torna la domanda di *come* acquisire, da parte della Corte costituzionale tanti elementi tecnici e informazioni specialistiche.

Venendo alla materia ambientale, pur non affrontando mai nel merito problematiche tecniche in senso proprio, e segnando piuttosto i confini dei legittimi interventi di Stato e Regioni, la Corte in pronunce importanti come la sent. n. 58/2018 (nella vicenda dei decreti-legge c.d. Salva Ilva, e che pure taluni hanno salutato, in un'ottica più generale, con favore<sup>63</sup>, come un cambio di passo dei giudici costituzionali rispetto alla celebre sent. n. 85/2013), marca un punto invero problematico, ovvero sottolinea il peso delle procedure integrate, come l'A.I.A., nelle quali, e soltanto nelle quali, tutti i dati tecnici possono essere fatti presenti.

Qui, in altri termini, il dubbio è il seguente: siamo di fronte a uno strapotere del *sub*-diritto, e dell'amministrazione che lo pone in essere? M. Cecchetti, nella sua relazione del 10 aprile 2019, che ho già menzionato, accennava al tema mai sopito della riserva di amministrazione, che personalmente - continuo a pensare da molti anni - non credo possa essere teorizzata nel nostro ordinamento, e che tuttavia costituisce un nodo molto serio che chiederebbe, forse, un'indagine aggiornata alle sfide del presente; anche per via dello spostamento della sede di controllo (reale o presunto tale che sia) dell'*iter* seguito e dei contenuti emergenti in tali procedure - il giudizio su attività di tale natura potendo essere unicamente quello del giudice amministrativo - la Corte rischia non solo di non offrire un sindacato pregnante rinunciando ai propri poteri istruttori, ma di rimanere, più radicalmente, "fuori gioco".

## 6.2. (segue) Una zona "grigia": le questioni "tecniche" in ambito medico e sanitario.

Volendomi soffermare adesso brevemente su altri ambiti scandagliati durante questo ciclo seminariale, sappiamo tutti bene come quella medica non costituisca una scienza esatta; eppure l'approccio che ad essa frequentemente si coglie non pare analogo a quello che si registra nei confronti delle scienze sociali, ricordando piuttosto, assai da vicino, l'approccio alla tecnica vera e propria; non causalmente – credo - uno dei incontri di questo ciclo è stato dedicato alle materie con

---

<sup>62</sup> Recita infatti la motivazione della sent. n. 18/2019, in chiusura del punto 5.1 del *Considerato in diritto*, che secondo il costante orientamento di questa Corte, nel sindacato di costituzionalità, copertura finanziaria ed equilibrio di bilancio integrano una clausola generale in grado di operare ogniqualvolta l'antinomia di norme asistematiche (come quella censurata) rispetto a tali principi risulti palese e incontrovertibile. Infatti, «"la forza espansiva dell'art. 81, quarto [oggi terzo] comma, Cost., presidio degli equilibri di finanza pubblica, si sostanzia in una vera e propria clausola generale in grado di colpire tutti gli enunciati normativi causa di effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile" (sent. n. 192/2012)» (...), aggiungendo poi al punto 5.2 che «per quel che concerne la lesione al principio della copertura pluriennale è da sottolineare che la lunghissima dilazione temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministrati futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro dalla norma impugnata. Ciò senza contare gli ulteriori disavanzi che potrebbero maturare negli esercizi intermedi, i quali sarebbero difficilmente separabili e imputabili ai sopravvenuti responsabili. Deve essere in proposito condivisa l'opinione del giudice rimettente secondo cui tale scenario mina alla radice la certezza del diritto e la veridicità dei conti, nonché il principio di chiarezza e univocità delle risultanze di amministrazione più volte enunciato da questa Corte (*ex plurimis*, sent. n. 274 del 2017)».

<sup>63</sup> Tra i diversi commenti, cfr. ad esempio G. AMENDOLA, *Ilva e diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione Giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 10 aprile 2018.

rilevanza “tecnico-scientifica”, ricorrendosi a un’espressione che possa compendiarne le diverse valenze. La Corte costituzionale mostra sovente, dal canto suo, peculiare attenzione alle risultanze della scienza medica, ed in particolare è tornata a riemergere nella giurisprudenza recente la sottolineatura in base alla quale il legislatore è chiamato ad esercitare la propria discrezionalità alla luce delle acquisizioni della ricerca medica, che lo devono (costantemente, direi) guidare nell’esercizio delle sue competenze, con elementi di flessibilità e in una prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che devono sorreggere le scelte normative in campo sanitario. Esempio, in tal senso, la sent. n. 5/2018, in materia di vaccinazioni obbligatorie, da cui emerge un apprezzamento per gli oneri di monitoraggio periodico del quadro epidemiologico e delle eventuali reazioni avverse in capo al ministero della Salute, disposti dalla legge n. 119/2017: come giustamente sottolineato da A. Iannuzzi nella sua relazione meno di un mese addietro, la motivazione svela, tra le righe, che un’istruttoria “informale” è stata operata dalla Corte, e sarebbe stata fatta bene, appalesando una particolare valorizzazione dell’apporto dei organismi pubblici dotati di specifiche attitudini come l’Organizzazione Mondiale della Sanità, l’Istituto Superiore di Sanità e il Comitato Nazionale di Bioetica, andando pure la Corte autonomamente a reperire informazioni sui siti istituzionali degli istituti di ricerca scientifica, oltre ad emergere in questa decisione riferimenti alla documentazione tecnico-finanziaria e all’istruttoria legislativa, sottolineandosi anche il peso della statistica<sup>64</sup>.

Avendo tra l’altro partecipato direttamente al seminario del 9 maggio 2019, ricordo inoltre come convenivamo con A. Iannuzzi - oltre che con i colleghi Fe. Pizzetti e C. Tripodina che hanno animato quel denso pomeriggio - sul fatto che il rapporto tra la discrezionalità del legislatore e la scienza medica si è mostrato talvolta anche problematico, nella giurisprudenza costituzionale; ma forse, complessivamente, a parte qualche scivolone (secondo me, clamoroso, ad esempio, quello della sent. n. 84/2016 sulla destinazione degli embrioni alla ricerca<sup>65</sup>), si può affermare che la Corte sta andando, ormai da diversi anni, nella giusta direzione. La strada era stata magistralmente tracciata dalla sent. n. 282/2002<sup>66</sup> che ha scolpito, con le parole del redattore V. Onida, l’immagine di quello che a me pare un giusto equilibrio: «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni; poiché la pratica dell’arte medica si

---

<sup>64</sup> Cfr. A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), fasc. n. 1/2018.

<sup>65</sup> La decisione, contenente tra gli altri questo impegnativo passaggio motivazionale (punto 11 del *Considerato in diritto*, 1° cpv: «a fronte, dunque, di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica – una scelta, come si è detto, così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea – la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»), è stata oggetto di moltissime annotazioni critiche; tra le altre, cfr. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), fasc. n. 2/2016; E. CHEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 4 giugno 2016; M. D’AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione*, fasc. n. 2/2016.

<sup>66</sup> Senza dimenticare, come segnalava S. TROILO nel seminario del 29 maggio 2019, la sent. n. 185/1998 sul cd. multitrattamento Di Bella, che inaugura il filone giurisprudenziale secondo cui la Corte non è chiamata a pronunciarsi in alcun modo circa gli effetti e l’efficacia terapeutica del trattamento medico, né potrebbe esserlo, competendo queste valutazioni, secondo la legge, alle competenti sedi, nella consapevolezza dell’importanza del ruolo degli organi tecnico-scientifici in materia.

fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. (...) tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire - ma<sup>67</sup> *un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (...); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».*

Tradotto in estrema sintesi, la Corte afferma che *il legislatore che intervenga deve esso stesso, e in modo convincente, appalesare l'adeguatezza del proprio operato*. Con un esercizio che mi rendo conto essere un po' 'creativo', potremmo provare a mettere insieme le precedenti indicazioni, scaturenti dai par. 6.1 e 6.2, per enucleare il peso del dato tecnico a carico (non tanto della Corte, quanto) del legislatore, e i conseguenti oneri di "motivazione" della legge; so che quest'ultimo tema non è semplice da arare, e peraltro gode di una certa ritrovata fortuna in dottrina, che lo specifico profilo dell'istruttoria legislativa su questioni tecniche potrebbe pure ulteriormente alimentare. Peraltro, lo ha fatto notare S. Troilo nella sua ampia ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia sanitaria, i Giudici della Consulta non si sottraggono del tutto alla possibilità di sindacare l'uso che il legislatore mostra di aver fatto di tali dati tecnico-scientifici; tale facoltà viene tuttavia esercitata solo in presenza di una manifesta irrazionalità, di un'evidente irragionevolezza o quando dalla disciplina del legislatore emerge in modo inequivocabile che i dati scientifici sono assunti in modo assolutamente improprio e fuorviante (da cui l'espressione suggestiva di un "vincolo modale" che graverebbe sul legislatore)<sup>68</sup>. Senza dimenticare l'assai recente caso Stamina (sent. n. 274/2014, forse più studiata nel merito, che non per le affermazioni di ordine generale della Corte), da cui si evince che, se è vero che decisioni sul merito delle scelte terapeutiche non possono nascere sulla base di valutazioni di mera natura politica del legislatore, è anche vero che in presenza di «circostanze peculiari ed eccezionali e di un anomalo contesto» il legislatore, al fine di proteggere interessi costituzionalmente rilevanti, può per un tempo circoscritto derogare alla regola della necessità di tener conto delle valutazioni scientifiche sicure, imponendo la propria discrezionalità per la prosecuzione della terapia, anche se in fase sperimentale<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> L'enfasi è, ovviamente, aggiunta.

<sup>68</sup> Concludeva efficacemente il collega, richiamando anche alcuni scritti di M. CARTABIA, che la Corte, evitando l'utilizzo di formali poteri istruttori, si lascia le mani libere non per sostituire la propria discrezionalità al dato scientifico, né all'opposto per appiattirsi sulla valutazione del legislatore, bensì per cercare di trovare il modo migliore per conciliare il dato scientifico con il dato valoriale costituzionale.

<sup>69</sup> Rileva G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 1° febbraio 2015, come nella struttura argomentativa della decisione la sottolineatura della particolare situazione fattuale appaia finalizzata a giustificare la natura derogatoria dell'intervento legislativo statale. Quest'ultimo, privilegiando «principi di continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con provvedimenti dell'autorità giudiziaria», non può spingersi sino al punto (auspicato dal rimettente) di un accesso indiscriminato al trattamento, che costituirebbe una deroga (questa sì irragionevole) «al principio di doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci». La Corte finisce, per questo verso, per 'assolvere' l'intervento legislativo operato con la decretazione d'urgenza, ma senza trarre da ciò ulteriori indicazioni al fine del sindacato di costituzionalità che è chiamata ad operare. Cfr. anche, tra gli altri, C. NARDOCCI, *Caso «Stamina»: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, 2015, 160; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, fasc. n. 1/2013, 63.

6.3. (segue) *Le questioni su materie specialistiche, ma che si giovano (possono giovarsi) dell'apporto delle scienze sociali.*

Veniamo all'ultima accezione di *téchne*, evocabile alla luce del ciclo seminariale che qui si chiude, e che possiamo con tutte le cautele del caso ricollegare alla materia elettorale e a quella penale, per lo meno tra quelle che sono state poste all'attenzione. La materia elettorale, la quale ha visto a sua volta qualche elemento di novità nella giurisprudenza costituzionale, è da ricondurre in realtà, per un verso, alla problematica più ampia di quelle normative molto specialistiche che almeno apparentemente poco hanno a che vedere, almeno per certi aspetti di loro dettaglio (pensiamo ad esempio alla costruzione quasi ingegneristica, sia pure non certo casuale, delle formule elettorali) con i ragionamenti di grande respiro che la Corte fa o dovrebbe fare; ma, per l'altro verso, è una materia che fa ben emergere la necessità di valutare appieno il sistema elettorale all'interno di un determinato *humus* storico-politico, e politico-partitico, sul quale proprio la Corte ha avuto recentemente il coraggio di entrare: giustamente F. Biondi ha segnalato, nell'occasione del 14 marzo 2019, la novità introdotta da questo punto di vista, e in linea con orientamenti già mostrati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla recente sent. n. 239/2018 con la quale i Giudici della Consulta si sono pronunciati, nel senso dell'infondatezza, sulle norme per l'elezione del Parlamento europeo. Nei primi commenti, in dottrina<sup>70</sup> si è sottolineato come la Corte si sia soffermata sulle soglie di sbarramento, giustificando la scelta del legislatore nazionale sulla base di ragioni connesse sia all'evoluzione della forma di governo dell'Unione europea (valorizzando le novità introdotte dal Trattato di Lisbona che avrebbero favorito una trasformazione in senso parlamentare nei rapporti tra Parlamento e Commissione) sia al funzionamento del Parlamento europeo (e quindi all'obiettivo di razionalizzazione dell'organizzazione «che si pone per il Parlamento europeo in maniera non diversa da come si pone per i Parlamenti nazionali»)<sup>71</sup>.

Come evidenziato ad altri fini<sup>72</sup>, qui come in ulteriori casi il crinale tra interpretazione della legge in senso stretto ed esame della concreta applicazione di essa, del suo effettivo operare nell'ordinamento, delle prassi applicative, delle sue conseguenze (ove rilevanti nel giudizio di legittimità), risulta in effetti abbastanza evanescente. Di tale porosità di confini può dunque avvantaggiarsi (e forse si è avvantaggiata) la Corte, esprimendo una visione di lungo termine e pronunciandosi su situazioni sistemiche in divenire e di incerta configurazione; sia pure con argomentazioni anche scarse, con conclusioni per certi aspetti controverse<sup>73</sup>, con un utilizzo impreciso del linguaggio giuridico (che per taluno può giustificarsi proprio allorquando soddisfa la capacità esplicativo-comunicativa di un determinato concetto e contesto istituzionale e politico<sup>74</sup>) e

---

<sup>70</sup> G. TARLI BARBIERI, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, In *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), fasc. n. 1/2019, ha affermato che trattarsi di una pronuncia che costituisce probabilmente un punto di arrivo di un *trend* giurisprudenziale il quale, nel corso dell'ultimo decennio, ha visto un crescente attivismo tanto del giudice delle leggi quanto dei giudici amministrativi, intervenuti a più riprese su alcuni dei punti più qualificanti del sistema di elezione dei parlamentari europei.

<sup>71</sup> Secondo L. DI STEFANO, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della corte costituzionale (nota a corte cost., sent. n. 239/2018)*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), fasc. n. 3/2019, 529, in tal modo è stata affrontata, sia pur sommariamente, una questione quanto mai oggetto di dibattito nella dottrina costituzionale europea e della giurisprudenza di alcune Corti costituzionali europee: la configurazione dei rapporti e la natura delle relazioni tra le istituzioni governative dell'Unione europea; alcune delle argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale sembrerebbero poi nel merito parzialmente avvicinarsi a quelle proprie della giurisprudenza costituzionale tedesca in tema di soglie di sbarramento.

<sup>72</sup> Cfr. G.P. DOLSO, *Prospettive inedite dei poteri istruttori*, cit., 10.

<sup>73</sup> V. ancora L. DI STEFANO, *op. cit.*, 539.

<sup>74</sup> R. IBRIDO, N. LUPO, «*Forma di governo*» e «*indirizzo politico*»: *la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in *Id.*, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, 19.

magari non facendo ricorso a poteri istruttori in senso formale, ma sviluppando le proprie conoscenze su elementi “di contesto” che la portino (l’abbiano portata) a dialogare con i cultori di altre discipline; permarrebbe comunque il problema di intestare l’iniziativa alla Corte nella sua collegialità, oppure ad una particolare sensibilità del giudice relatore in riferimento all’oggetto del giudizio, e dunque, a mio avviso, anche l’esigenza di migliorare l’elemento della trasparenza dell’*iter* decisionale. Si torna, ad ogni modo, a quelle riflessioni più generali sulle finalità che potrebbero giustificare approfondimenti istruttori, che accennavo nello scorcio conclusivo della prima parte della relazione

Infine la materia penale, come già accennato in apertura di par. 6, si segnala non per una singola pronuncia ma un po’ nel suo insieme per una rinnovata sensibilità della Corte; sono diverse infatti, nell’ultimo periodo, le decisioni tramite le quali, per un verso, la Corte si misura direttamente con la sua precedente giurisprudenza, affrontando *apertis verbis* la questione assai spinosa dei limiti al suo intervento, e per un altro viene a stemperare tradizionali paradigmi, con un cambio di passo<sup>75</sup> per certi versi sorprendente. Sicché, se *mutatis mutandis* potrebbero richiamarsi le considerazioni svolte al periodo precedente, quanto all’utilità di conoscenze “amplificate” per la Corte, tanto più i canoni di giudizio messi in campo dalla Corte costituzionale in questo delicato settore, per giustificare le additive in *malam partem* o le c.d. rime “costituzionalmente adeguate” (esiti di cui molto ha discusso la dottrina di recente, e che sono stati ben evidenziati nella relazione di G. Sorrenti del 22 maggio 2019), potrebbero essere suffragati dall’eventuale fruizione di strumenti istruttori. Detto in altri termini, se il sindacato di ragionevolezza è sempre più centrale in tale materia, e da ultimo è approdato pure a colpire automatismi sanzionatori e cornici edittali, dunque le scelte politiche per antonomasia del legislatore, bisognerà che la Corte sia capace di convincere – non soltanto che il rispetto della discrezionalità legislativa penale non può inibire la tutela indefettibile di altri principi costituzionali (il divieto di pene contrarie al senso di umanità, il finalismo rieducativo penale, etc.), ma anche - che le proprie decisioni innescano ad esempio una razionale e uniforme espansione degli effetti delle norme, o comunque provocano un moto di ricomponimento dell’ordinamento (non insidiando dunque, a ben vedere, il primato delle Camere). E ad una Corte tanto forte nell’*iter* argomentativo<sup>76</sup> non guasterebbero conoscenze acquisite tramite un percorso (più) chiaro.

---

<sup>75</sup> L’espressione è di A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 10 dicembre 2018, nel commento alla sent. n. 222/2018.

<sup>76</sup> Tra le pronunce più dibattute dell’ultimo periodo, oltre alla già richiamata sent. n. 222/2018, non si possono non menzionare la citatissima sent. n. 149/2018 (su cui tra gli altri A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all’inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), fasc. n. 3/2018), come pure le sentt. nn. 40/2019 (su cui C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 18 marzo 2019) e 88/2019 (su cui G. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 29 aprile 2019).

MARCO RUOTOLO

## L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?\*

SOMMARIO: 0. Per Lino – 1. L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa – 2. Rapido excursus sull'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza costituzionale – 3. La casa dell'interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli – 4. Oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione (quando a venire in gioco sono altri "conformanti") – 5. Oltre il rapporto Corte costituzionale-giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione "proposta" dal Presidente della Repubblica

### 0. Per Lino

Con Lino Costanzo ho condiviso alcuni passaggi importanti della mia vita accademica.

È stato nella commissione del concorso di Firenze nel quale sono divenuto professore ordinario (2003) e poi, qualche anno dopo, ho vissuto insieme a lui l'esperienza del direttivo del Gruppo di Pisa sotto la sua presidenza (2010-2013).

Negli anni del direttivo del Gruppo di Pisa siamo riusciti ad associare a un intenso lavoro anche qualche sano momento di divertimento (conservo alcune scherzose mail, che poi ho raccolto in volumetto clandestino a uso di stretto giro di colleghi). I contenuti di quelle e-mail sono coperti da segreto accademico e quindi non posso svelarli; quello che posso rivelare è il fondamentale aiuto di Lino nella manipolazione del sito del Gruppo di Pisa in occasione di un convegno in programma a Roma Tre. Se si cliccava sulla parola "Roma" si apriva l'evocativa foto del capitano Francesco Totti affacciato al balcone del Papa in Piazza San Pietro. Di quel gesto di complicità sarò sempre grato a Lino.

In quel triennio abbiamo anche fatto cose utili (ammesso che la pubblicazione seminascosta della foto di Totti possa essere considerata cosa futile), incidendo credo in modo positivo sulla storia del Gruppo di Pisa, tra l'altro con la creazione del Seminario annuale dei dottorandi in discipline giurispubblicistiche. Lo abbiamo fatto sotto una guida seria, ferma, puntuale, in alcuni momenti persino maniacale. A dirlo è chi tende ad anticipare l'anticipabile, a non ridursi all'ultimo momento. Lino mi ha fatto così anche capire di non essere ansioso o forse semplicemente che esiste al mondo, nel nostro mondo, qualcuno più ansioso di me!

Credo di poter dire che il rapporto di colleganza, che per ragioni anagrafiche e non solo partiva da una mia netta posizione di subordinazione, si sia trasformato nel tempo in amicizia. Ed è quindi per me un vero piacere poter onorare oggi un maestro del diritto e soprattutto un amico.

Lino merita la definizione di professore-insegnante, come i suoi allievi potranno senz'altro confermare. Una definizione che nasce da una tripartizione elaborata da Natalino Irti: il professore fortuito, che ha fastidio di lezioni e studenti (lo si vede in università, ma senza sforzo potremmo immaginarlo altrove); il professore collega, tutto immerso nei rapporti con gli altri professori, ebbro di congiure accademiche e di consigli di facoltà, sbrigativo in lezioni ed esami; e il professore insegnante, appunto, che ha grato ricordo dei propri maestri e insieme generosa dedizione agli scolari<sup>1</sup>. Irti identifica quest'ultima figura con chi è capace di formare e di contribuire al progresso della scienza. Di più: lo considera simbolo della continuità, riferendolo a un sapere che, venendo dal passato, attraversa il presente e guarda al futuro. Insegnare vuol dire imprimere segni. Ebbene Lino

---

\* Il presente contributo, preparato quale relazione al Seminario dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 25 ottobre 2019, è affettuosamente dedicato a Pasquale Costanzo e sarà pubblicato negli Studi in suo onore.

<sup>1</sup> N. IRTI, *Un professore-insegnante (per Giuseppe Benedetti)*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, 1419 ss.

*ha impresso tanti segni e tanti altri ne imprimerà, perché – non vorrei essere frainteso – Lino è qui, vive e lotta insieme a noi!*

A Lino, professore-insegnante, dedico queste pagine, che sono state preparate in vista del Seminario annuale 2019 del Gruppo di Pisa.

### 1. *L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa*

Mi sono occupato in diverse occasioni del tema dell'interpretazione conforme a Costituzione e rischio di avere poco da dire in aggiunta a quanto già scritto<sup>2</sup>. Anche per questa ragione – per non ripetermi – cercherò di privilegiare alcuni aspetti a scapito di altri, dando anzitutto peso al titolo che mi è stato suggerito dal direttivo del Gruppo di Pisa, il quale evoca un ritorno a casa dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Esiste davvero una sola casa per questa tecnica? A leggere contributi recenti se ne potrebbe dubitare. Vi è chi ha più volte sostenuto che non si può «leggere nella disposizione quello che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse»<sup>3</sup> e chi ritiene che il nuovo atteggiamento della Corte, che avrebbe ormai esonerato il giudice comune dal compito di interpretare le disposizioni in modo conforme quando ciò appaia soltanto “improbabile o difficile” (sent. n. 42 del 2017), possa «comportare una rinuncia non priva di controindicazioni»<sup>4</sup>.

Entrambe le costruzioni non mi convincono.

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

La Corte costituzionale non ha mai scritto che l'interpretazione conforme a Costituzione possa condurre a uno stravolgimento in via giudiziale del tenore letterale della disposizione; semmai ha sostenuto il contrario. Né, con la sent. n. 42 del 2017, ha inteso inibire l'esercizio di poteri ermeneutici che consentano al giudice di fare sì che la Costituzione pervada l'ordinamento «in modo molecolare», entrando in tutte le norme dello stesso e quindi caratterizzandole, conformandole<sup>5</sup>;

---

<sup>2</sup> Una sintesi la si può trovare nel mio *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014 e poi in *Quando il giudice “deve fare da sé”*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 22 ottobre 2018. Al tema dell'interpretazione conforme a Costituzione sono stati dedicati, in questi anni, diversi contributi, tra i quali: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009; AA. Vv., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi a Roma presso Palazzo della Consulta il 6 novembre 2009, Milano, 2010; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011; M. A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Napoli, 2014; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss. Fondamentali, in argomento, gli studi di Franco MODUGNO. Limitandomi ai più recenti, indico: *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 18 aprile 2014; *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme a Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2015, 461 ss.; *Interpretazione costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2018, spec. 528 ss.

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'“interpretazione conforme a”*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 8 agosto 2007, 7. La posizione di Luciani è ora più compiutamente esposta nella sua ricca e già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, 391 ss. (per il profilo qui trattato v. 472 s.).

<sup>4</sup> M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, 2019, 36.

<sup>5</sup> Come giustamente indicato da G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. Vv., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010, 323.



semmai, di nuovo, ha sostenuto il contrario. Piuttosto, con il suo nuovo atteggiamento – che peraltro, come dirò, è stato precisato e non inaugurato con la sent. n. 42 del 2017 – la Corte vuole evitare che un giudice debba per forza “fare da sé”, senza sollevare la questione di costituzionalità, qualora non riesca a raggiungere un esito costituzionalmente conforme mediante l'impiego degli strumenti ermeneutici a sua disposizione. È cosa ben diversa dal ritenere che non possa «spingersi oltre la sfera di ciò che, pur con difficoltà e con iniziale esitazione, resta a ben vedere, sul piano dell'interpretazione possibile»<sup>6</sup>. Significa che ove un giudice abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a non pervenire, direttamente, a un esito ermeneutico conforme a Costituzione, ciò basta affinché la sua “domanda” meriti dalla Corte una “risposta” nel merito. Risposta che potrà pure consistere nell'affermazione della praticabilità (e dunque della “possibilità”) della soluzione scartata dal giudice, in ragione, ad esempio e forse anzitutto, della presunta (e dalla Corte non rilevata) resistenza della lettera (o del diritto vivente) a un esito costituzionalmente conforme.

Insomma: è solo l'omesso (o del tutto inadeguato) tentativo di interpretazione conforme che merita di essere sanzionato con una pronuncia di inammissibilità, negli altri casi dovendo la Corte affrontare la questione nel merito. Questo è l'atteggiamento attuale del giudice delle leggi, che più avanti ripercorrerò. Che poi questa sia “la casa” dell'interpretazione conforme è altra questione, che per essere affrontata richiede di essere inquadrata alla luce delle ancora attuali riflessioni degli studiosi che si occuparono dei temi della giustizia costituzionale all'indomani dell'entrata in funzione della Corte<sup>7</sup>. Insuperabili mi sembrano, in particolare, le riflessioni di Vezio Crisafulli, che considererò come l'architetto della possibile, almeno ideale, casa dell'interpretazione conforme a Costituzione.

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

La prima tesi si rivela, nelle sue intenzioni e nei suoi sviluppi<sup>8</sup>, fautrice di una strategia che vuole la “lettera” prevalere sempre e comunque, contenendo significativamente (in modo antistorico) il potere interpretativo dei giudici. Si afferma esplicitamente la contrarietà nei confronti delle «derive pangiurisdizionaliste che oggi dominano il dibattito scientifico e cominciano a percorrere il concreto funzionamento delle istituzioni»<sup>9</sup>, le quali mirerebbero a sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico<sup>10</sup>. Emerge, sia pure implicitamente, una forte diffidenza nei confronti dei giudici, mettendo al fondo in dubbio la loro cultura costituzionale. L'insistenza sul primato del testo potrebbe essere infatti letta come un invito per i giudici comuni (e per l'amministrazione) a tenere un atteggiamento supino rispetto al dato letterale della legge, particolarmente gradito peraltro da molti operatori in quanto senz'altro deresponsabilizzante. Ma quanti arretramenti potremmo registrare specie sul piano della tutela dei diritti fondamentali se questo atteggiamento dovesse riprendere piede! Non credo sia da auspicare il ritorno a un'amministrazione ottusa, né a una giurisdizione chiusa rispetto alle possibilità date dall'interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione).

La seconda tesi, invece, ha un retroterra pangiurisdizionalista e in nome della «diffusività della Costituzione»<sup>11</sup> si traduce in un invito al giudice a fare il più possibile da sé. Qui la cultura

---

<sup>6</sup> M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit., 36.

<sup>7</sup> Il riferimento è, in particolare, ai lavori di Vezio Crisafulli, di Carlo Esposito e di Carlo Lavagna, nonché di Giovanni Grottanelli e di Alessandro Pace, le cui posizioni in argomento ho cercato di ricostruire nel mio *Interpretare*, cit., 37 ss.

<sup>8</sup> Mi riferisco alla già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione* di Massimo Luciani.

<sup>9</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 422.

<sup>10</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 393.

<sup>11</sup> M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit., 31.

costituzionale dei magistrati è data per scontata e piena è la fiducia nei loro confronti circa la capacità di assicurare, tramite l'interpretazione, un sistema normativo più conforme (o meno disforme) a Costituzione. Volendo estremizzare: l'opera del legislatore ben può essere sviluppata e completata dai giudici, che possono sempre contribuire, attraverso l'interpretazione, a razionalizzarla decisamente in una direzione conforme a Costituzione, anche integrando le lacune del dettato normativo.

Nella loro, per quanto implicita, radicalità sono posizioni che non mi soddisfano. Il legislatore deve rimanere il principale attore nello svolgimento e nell'attuazione della Costituzione. A imporlo sono le regole base della democrazia. Ma il giudice non può essere passivo spettatore, mera bocca della legge, secondo l'antica immagine; deve poter ricavare norme conformi a Costituzione fin dove l'orizzonte di senso del testo soggetto al processo di interpretazione/applicazione lo consenta. Non può sostituirsi al legislatore, ma, presumendo la legittimità costituzionale della scelta politica, può dare un apporto decisivo per far sì che la stessa esprima virtualità normative conformi a Costituzione. Banalmente: il giudice non è strumento dichiarativo della volontà del legislatore, ma nemmeno può essere soggetto capace di stravolgere il voluto che si manifesta attraverso la disposizione. È una questione di misura, è un problema di confini, che, come più volte ho sostenuto, devono essere ricercati negando radicalmente che l'interpretazione possa trasmodare in disapplicazione dei testi legislativi<sup>12</sup>.

Se si vuole, quella che qui si esprimerà potrà essere considerata come una posizione mediana, che condivide lo scetticismo nei confronti della pangiurisdizionalizzazione del reale, ma non fino al punto da tollerare, in nome di una cieca prevalenza della preminenza della legge, il realizzarsi e il protrarsi di situazioni normative contrarie alla Costituzione, spesso peraltro determinate da omissioni che il legislatore non appare disponibile a colmare nonostante moniti formulati in tale direzione dagli organi di garanzia, in particolare dalla Corte costituzionale, ma anche, come vedremo, dal Presidente della Repubblica. In presenza degli stessi è difficile negare che il giudice abbia maggiori spazi di intervento, anche per colmare lacune che riscontri nel sistema, se non altro perché il monito o il suggerimento interpretativo dell'organo di garanzia può contribuire a definire il "principio generale" dal quale ricavare la regola per l'integrazione dell'ordinamento ove debba fare ricorso all'*analogia iuris*<sup>13</sup>.

Si potrebbe però obiettare che la tesi che propugna il radicale contenimento dell'interpretazione conforme a Costituzione non conduca a determinare i rischi appena accennati. Dove il dettato legislativo è di dubbia costituzionalità o dove sia presente un'omissione che si presume incostituzionale, il giudice solleva la relativa questione e la Corte potrà accoglierla. Per coerenza si dovrebbe tuttavia ritenere che ciò debba accadere ogni qual volta sia possibile anche una sola interpretazione incostituzionale<sup>14</sup>, con la conseguenza che il procedimento davanti al giudice dovrà essere sospeso e la Corte dovrà scegliere l'alternativa accoglimento/rigetto. Bianco o nero. Purtroppo o per fortuna non è così, perché i testi (la maggior parte degli enunciati) sono per loro natura ambigui, suscettibili di diverse interpretazioni, sicché l'attività ermeneutica si rivela ineludibile strumento in vista dell'applicazione. Senza dimenticare che il conseguimento di un risultato conforme a Costituzione, realizzato direttamente dal giudice, consente di rispondere immediatamente alla domanda di giustizia che è sottesa a qualunque procedimento giurisdizionale. Il che non è secondario in un Paese che detiene primati per la lunghezza dei processi.

---

<sup>12</sup> Piena consonanza sul punto con V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé*, in *Diritto e Società*, 2018, 649.

<sup>13</sup> Va ricordato che le lacune possono essere colmate con il ricorso ai principi costituzionali ai quali «spetta in ogni caso – anche ai fini delle “preleggi” – la priorità nei confronti dei principi generali di derivazione legislativa ordinaria» (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109).

<sup>14</sup> È quanto sostenuto da A. PACE, *I limiti dell'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1963, 1073.

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

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

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione conforme a Costituzione è stata ricostruita in diversi lavori<sup>15</sup>. Credo sia inutile ripercorrerne analiticamente le tappe, essendo piuttosto preferibile indicare quali siano stati i più rilevanti precedenti rispetto a quello che appare essere l'attuale indirizzo.

Che la Corte costituzionale abbia il potere di interpretare la disposizione legislativa censurata in modo diverso dal rimettente al fine di assicurarne la compatibilità a Costituzione è consapevolezza antica, espressa già nella sent. n. 3 del 1956. Così come antica è l'acquisizione circa la possibilità del ricorso a decisioni interpretative, tra le quali sono da annoverare le pronunce di infondatezza, che appunto respingono la questione di legittimità costituzionale in quanto al testo può essere data un'interpretazione conforme a Costituzione (in tal caso, sarebbe sempre opportuno che la Corte indichi nel dispositivo che l'infondatezza è "nei sensi di cui in motivazione", come accaduto, non senza qualche oscillazione nella seguente storia giurisprudenziale, a partire dalla sent. n. 1 del 1957). Tuttavia, la pronuncia interpretativa, se e proprio in quanto di infondatezza, non vincola, com'è noto, i giudici, i quali ben potrebbero ricavare dal testo una norma diversa da quella individuata dalla Corte costituzionale. È questa la ragione per cui il "seguito" di pronunce di tal fatta dipende in larga misura dalla volontà "collaborativa" dei giudici, in particolare dei "vertici" della magistratura, che altrimenti potrebbero "reagire", come accaduto, in verità raramente, nella storia repubblicana<sup>16</sup>. Proprio alla luce di quelle reazioni – penso in particolare a quella verificatasi negli anni Sessanta del secolo scorso<sup>17</sup> – la Corte cominciò negli anni Settanta a diversamente valutare il c.d. diritto vivente, considerandolo limite alla propria libertà interpretativa (v., ad es., sent. n. 276 del 1974), nel senso che, ove da esso intenda discostarsi, la strada maestra diviene quella dell'accoglimento della questione.

Ma l'"apertura" nei confronti dei giudici diviene gradualmente più significativa e si traduce nell'invito agli stessi a procedere ad «una esegesi adeguatrice» del dato normativo prima di sollevare la questione di costituzionalità (v., ad es., sent. n. 443 del 1994), potendo l'antinomia risultare apparente qualora il presunto conflitto tra testi sia risolvibile mediante la relativa interpretazione che renda le norme da essi ricavate non incompatibili tra loro. Ciò sarà puntualizzato nel noto passo per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile

---

<sup>15</sup> Da ultimo, in modo particolarmente ordinato, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.

<sup>16</sup> A sottolineare il proficuo rapporto Corte costituzionale-giudici si è parlato di "sindacato accentrato-collaborativo" nel volume di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

<sup>17</sup> La c.d. guerra tra Corti nacque a seguito di tre pronunce della Corte costituzionale (sentt. n. 11 e 52 del 1965, n. 127 del 1966), in tema di garanzie difensive nell'istruzione sommaria, le quali avevano disatteso il consolidato orientamento in materia della giurisprudenza di legittimità. La vicenda, che aveva visto l'impiego da parte della Corte di pronunce "interpretative" (di rigetto e di accoglimento), si concluse con un'ulteriore pronuncia di rigetto (sent. n. 49 del 1970) che ha finito per "dare ragione" alla Cassazione, in quanto il problema ad essa sottesa è finalmente considerato come questione meramente interpretativa la cui soluzione è riserva alla giurisprudenza comune.

darne interpretazioni costituzionali» (sent. n. 356 del 1996). Il «risvolto processuale»<sup>18</sup> di questa affermazione sarà l'adozione della pronuncia di inammissibilità non solo ogni qual volta il giudice abbia ommesso di cercare la soluzione conforme a Costituzione, ma anche quando non abbia adeguatamente dimostrato la "impossibilità" di seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta. Diminuiscono le sentenze interpretative di rigetto (delle quali costituiscono parziale surrogato le decisioni definite di "rigetto con interpretazione", non caratterizzate dalla formula "nei sensi di cui in motivazione"), crescono le decisioni di inammissibilità fondate sulla possibilità di ricavare dal testo un'interpretazione conforme a Costituzione, ancorché difficile o improbabile. In particolare, l'eventuale resistenza opposta dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale della disposizione è ritenuta in molte occasioni superabile, in quanto uniformarsi al diritto vivente è considerata "facoltà" e non "obbligo" per il giudice *a quo* (v. ad es. sent. n. 350 del 1997).

È il preludio a una nuova stagione di conflitto con la Cassazione, espressa in occasione di una vicenda riguardante il calcolo dei termini di fase della custodia cautelare in carcere. La Cassazione non si uniforma al suggerimento interpretativo della Corte costituzionale, espresso nella sentenza interpretativa di rigetto n. 232 del 1998, e il giudice delle leggi, di nuovo chiamato a pronunciarsi, ricorre a diverse decisioni di inammissibilità o di manifesta infondatezza, rivendicando a sé il potere di interpretare le disposizioni in modo conforme a Costituzione. La vicenda si conclude alcuni anni dopo con la presa d'atto del maturare di un diverso indirizzo giurisprudenziale, suffragato da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, al quale non è più possibile controbattere con una decisione meramente interpretativa. La Corte ricorre pertanto ad una sentenza additiva (n. 299 del 2005) resa necessaria dal formarsi di un diritto vivente ritenuto incostituzionale. Si pongono le basi per una nuova e positiva stagione di "collaborazione" con la magistratura, che tra l'altro si traduce nella conferma degli ampi poteri interpretativi della stessa al fine di addivenire a soluzioni normative conformi a Costituzione, accompagnato dall'attenuazione del vincolo motivazionale nella proposizione di questione di costituzionalità<sup>19</sup>, tanto da leggere l'onere di interpretazione conforme non più come "obbligo di risultato" ma come "obbligo di mezzi"<sup>20</sup> o, ancora meglio, "*obbligo di diligenza*": «la motivazione è condizione necessaria, quanto *sufficiente*, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto *persuasiva*»<sup>21</sup>. Se un giudice, utilizzando gli ordinari poteri ermeneutici, ritiene che la soluzione conforme a Costituzione non sia praticabile, o meglio sia difficile o improbabile a causa della resistenza del testo o del diritto vivente formatosi su di esso, ciò basta ai fini della corretta introduzione del giudizio di costituzionalità. La risposta della Corte, insomma, non potrà essere l'inammissibilità della questione<sup>22</sup>, ma al limite il rigetto interpretativo (sent. n. 221 del 2015), ove la stessa ritenga che la soluzione ermeneutica scartata dal giudice sia possibile, ancorché difficile o improbabile (sent. n. 42 del 2017).

Si tratta di un epilogo che pare a chi scrive in grado di assicurare una soluzione di equilibrio, rispettosa del ruolo della magistratura e in grado di assicurare un migliore ascolto e seguito delle pronunce della Corte. Il suo "risvolto processuale" è il rinnovato *favor* per l'impiego della pronuncia interpretativa di rigetto ogni qual volta sia possibile l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione censurata. Vi è, dunque, anche un innegabile miglioramento della segnaletica

---

<sup>18</sup> V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 77.

<sup>19</sup> Cfr. C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2063 ss.

<sup>20</sup> G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, 141.

<sup>21</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., 541.

<sup>22</sup> «Se l'interpretazione prescelta dal giudice rimettente sia da considerare la sola *persuasiva*, è profilo che esula dall'ammissibilità e attiene, per contro, al merito, che è ora possibile scrutinare»: v. tra le altre sentt. nn. 221, 262 del 2015, 45, 95, 204 del 2016.

giurisprudenziale<sup>23</sup>, che è fattore non secondario per far maturare e consolidare un rapporto positivo di collaborazione con la magistratura.

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

### *3. La casa dell'interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli*

Credo che le principali domande sottese alla rapida analisi giurisprudenziale prima proposta possano riassumersi in due interrogativi: perché mai un giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità se attraverso l'interpretazione è possibile ricavare un significato del testo conforme a Costituzione? E, sul versante del giudizio di costituzionalità: perché mai la Corte dovrebbe dichiarare illegittimo un testo normativo se da esso può ricavarsi un significato conforme a Costituzione? Al riguardo si contrappongono due diverse esigenze: da un lato quella di privilegiare ad ogni costo la certezza del diritto (se vi è anche una sola possibilità di ricavare dall'enunciato una norma incostituzionale, la Corte avrebbe il dovere di espungere quella norma dall'ordinamento); dall'altro lato quella di favorire la collaborazione tra istituzioni, peraltro garantendo una tutela immediata del diritto controverso<sup>24</sup> (offerta direttamente dal giudice comune, senza attendere il giudizio della Corte). Nel contemperamento tra le due esigenze, la seconda sembra ricevere maggiore spazio, al punto che la dichiarazione di incostituzionalità è ormai riguardata quale *extrema ratio*, quale esito del fallimento dell'interpretazione<sup>25</sup>.

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

Nel 1956 Vezio Crisafulli già scriveva che la Corte può ben ricorrere ad una pronuncia di rigetto quando dalla disposizione impugnata possa ricavarsi una norma conforme a Costituzione, diversa da quella individuata dal giudice *a quo*<sup>26</sup>, precisando cinque anni dopo che la sentenza non avrebbe potuto essere che di incostituzionalità ove la *formulazione* della disposizione offrisse una *resistenza insuperabile* ad essere interpretata in modo conforme a Costituzione ovvero allorché si fossero *consolidati indirizzi giurisprudenziali incostituzionali*, dovendosi in tale ultimo caso dichiarare l'illegittimità della norma "vivente"<sup>27</sup>. Il tenore letterale o il diritto vivente erano dunque già riguardati come principali ostacoli alla ricerca di una soluzione conforme a Costituzione. Non sarebbe stato poi così difficile cogliere i "risvolti processuali" di questa affermazione. La stessa Corte costituzionale non potrebbe rinunciare all'accoglimento della questione ove realmente la lettera o il diritto vivente costituiscono "ostacolo insuperabile" a una soluzione ermeneutica costituzionalmente conforme. Ove il giudice ritenga l'ostacolo "insuperabile", ma la Corte lo valuti invece "superabile", non condividendo la lettura del rimettente, la soluzione ben potrà essere la sentenza interpretativa di rigetto. Viceversa, ove il giudice ritenga non sussistente l'ostacolo, sarà direttamente lui ad offrire la soluzione costituzionalmente conforme, senza coinvolgere la Corte. Il problema principale sta nell'ipotesi in cui la Corte abbia ritenuto possibile un'interpretazione alternativa, in quanto non implausibile, rispetto a quella indicata dal giudice *a quo*, ma gli altri giudici non intendano uniformarsi ad essa. È un'ipotesi possibile, come abbiamo già detto, connaturata alla

---

<sup>23</sup> Autorevolmente auspicato da L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3690.

<sup>24</sup> Come rileva G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 20.

<sup>25</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257.

<sup>26</sup> V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, 939.

<sup>27</sup> V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, 1961, 895.

non vincolatività della decisione interpretativa di rigetto, suscettibile di sfociare persino, come accaduto, in un conflitto tra Corti. Anche al riguardo, Vezio Crisafulli ci forniva già la risposta: nonostante l'efficacia "morale" altissima delle decisioni della Corte, non possono escludersi – scriveva Crisafulli nel 1958 – "casi di ribellione" dei giudici, specie di quelli diversi dal rimettente ("gli altri giudici") e soprattutto a distanza di tempo dalla sentenza costituzionale<sup>28</sup>. L'unica via per stroncare quella ribellione sarà il successivo accoglimento della questione, proprio per «impedire l'affermarsi di interpretazioni incostituzionali»<sup>29</sup>.

È un sistema che, com'è noto, presuppone la possibilità della doppia pronuncia diacronica, ma che richiede, per avere un senso, che la decisione interpretativa di rigetto sia tendenzialmente rispettata, seguita, che cioè vi sia propensione alla "collaborazione" da parte dei giudici<sup>30</sup>. Ed è una situazione che tendenzialmente si è verificata nella storia dei rapporti tra la Corte costituzionale e gli altri giudici, diversamente da quanto accaduto nei rapporti tra giudice delle leggi e Parlamento, essendo troppo spesso i moniti del primo inascoltati dal secondo<sup>31</sup>.

Il mantenimento di questo rapporto collaborativo passa anche, se non soprattutto, per il rispetto da parte della Corte della c.d. dottrina del diritto vivente e delle sue immediate implicazioni. Non si può infatti negare, dal lato del giudice comune, che "costringerlo" a percorrere una soluzione ermeneutica diversa da quella "dominante", specie se espressa dal giudice di legittimità, significherebbe indurlo a un'interpretazione probabilmente «suicida» («in quanto quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici dei gradi superiori») <sup>32</sup> e che, dal lato della Corte costituzionale, optare per una decisione di rigetto o addirittura di inammissibilità per indicare una soluzione conforme a Costituzione diversa da quella espressa dalla Cassazione potrebbe «porre in discussione» o persino «delegittimare» la funzione nomofilattica di quest'ultima<sup>33</sup>. La decisione interpretativa di rigetto dovrebbe in tali casi essere privilegiata quando la Corte costituzionale intenda confermare il (o conformarsi al) diritto vivente<sup>34</sup>, non già quando ritenga che sia da preferire una soluzione ermeneutica diversa da quella scaturita dalla giurisprudenza consolidata, in ragione

---

<sup>28</sup> V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 290 s.

<sup>29</sup> V. CRISAFULLI, *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 11 s.

<sup>30</sup> Sul "seguito" delle decisioni interpretative v. G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 769 ss., nonché la ricerca del Servizio studi della Corte costituzionale dal titolo *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso l'autorità giudiziaria – anni 2000-2005*, pubblicata nella sezione "Studi e ricerche" del sito della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>31</sup> Si veda sul punto la riflessione di P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, in Id. (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995, 4, relativa al «perfezionarsi di un modello "collaborativo" di giustizia costituzionale (terzo rispetto ai ben noti due grandi modelli "accentrato" di derivazione austriaca e "diffuso" di origine statunitense), per il cui assestamento si è rivelata (e permane) decisiva la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, anche in modo arditamente innovativo, ha assecondato le propensioni, diffuse nel sistema, di arricchire la gamma dei moduli della ridetta collaborazione». Dello stesso Autore, per quanto riguarda il versante dei rapporti Corte-legislatore e le implicazioni del perdurante stato di inerzia a seguito dei moniti del giudice delle leggi, si veda *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo di insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2006, specie paragrafi 6 e 7.

<sup>32</sup> R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. Carnevale e C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 111. Il rilievo del «diritto vivente» è tale che la mancata presa in considerazione di soluzioni ermeneutiche alternative ad esso, «eccentriche rispetto al modo in cui le disposizioni vivono», non può ritenersi condizione di inammissibilità della questione (sent. n. 141 del 2019).

<sup>33</sup> Così, ancora, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 112.

<sup>34</sup> Come sostenuto da tempo in dottrina. Cfr., almeno: G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 101; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 339 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 154.

del fatto che quest'ultima è contraria a Costituzione. Né potrebbe, per eludere il limite che essa stessa si è data, ricorrere allo stratagemma dell'interpretazione conforme a Costituzione del diritto vivente all'apparenza incostituzionale. La Corte non potrebbe, infatti, dire che il diritto vivente «non è incostituzionale se reinterpretato», come pure ha fatto, perché tale affermazione se può valere con riguardo a un testo (sempre nei limiti del suo orizzonte di senso), «ove riferita ad un'interpretazione lascia disorientati»<sup>35</sup>.

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

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

Fuori dal perimetro di questo mio intervento è volutamente rimasto il tema dell'interpretazione conforme al diritto europeo e al diritto internazionale, nella condivisa consapevolezza della sua specificità e dunque diversità. Come è stato mirabilmente scritto da un noto magistrato, «la nozione di interpretazione conforme esprime essenzialmente un concetto di relazione logica, tra un conformante e un conformato» e il «"conformante" – vale a dire ciò che attrae nella sua orbita ermeneutica ed assiologica l'altro termine della relazione – è modello composito e variegato», al punto che la diversità di «presupposti, di regole (anche non scritte), di prassi, di limiti e di risultati», dimostra «quasi la velleità di ogni approccio olistico a tale concetto»<sup>36</sup>.

Se la oggettiva diversità dei "conformanti" mi induce a non approfondire il tema, non posso però qui non rilevare, in quanto utile per completezza della trattazione, la recente tendenza al "riaccentramento" del giudizio di costituzionalità, più propriamente a riportare in tale sede il sindacato sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano contenuto "di impronta tipicamente costituzionale" e incidano su diritti fondamentali della persona. Se questo è in qualche modo naturale per il rapporto con il diritto convenzionale (si pensi alla giurisprudenza riguardante la CEDU, a partire dalle sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007), appare meno scontato nel rapporto con il diritto comunitario o eurounitario. Esempio di questa tendenza è la sent. n. 269 del 2017, riguardante il sindacato sulle norme interne che si pongano in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo quando confermato anche nella successiva sent. n. 20 del 2019, la Corte ritiene che «i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto "parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo

---

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

<sup>36</sup> P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio penale*, 2012, n. 1, 3. Tra le variabili indicate da Gaeta assume qui particolare rilievo quella del «contesto», atteggiandosi diversamente l'«ermeneutica conformante» ove rapportata a un "sistema" nazionale o sovranazionale.

contenuto di impronta tipicamente costituzionale”». Quando una legge che incide sui diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea – «va preservata l’opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (*ex artt. 11 e 117, comma 1, Cost.*), comunque secondo l’ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato». Come ulteriormente precisato nella sent. n. 63 del 2019, laddove «sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), con conseguente eliminazione dall’ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione»<sup>37</sup>. Anche se non può probabilmente affermarsi in tali casi una priorità assoluta per l’incidente di costituzionalità (potendo il giudice, a sua discrezione, ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea), come si evince pure dalla successiva ord. n. 117 del 2019, la precisazione della Corte costituzionale può essere considerata come espressione della precisa volontà di quest’ultima di rimanere il primo riferimento in materia di garanzia dei diritti umani. Insomma, si potrebbe ritenere, riprendendo il filo del discorso che interessa l’interpretazione conforme a Costituzione, che la Corte stia cercando di contenere gli spazi di diffusione del giudizio di costituzionalità, pur non disconoscendo ai giudici poteri rilevanti, nonché ovviamente il persistente potere/dovere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario.

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

---

<sup>37</sup> Secondo una certa lettura, in conseguenza della sent. n. 269 del 2017 gli spazi di intervento “diretto” del giudice comune sarebbero ormai irrimediabilmente ridotti quando a venire in gioco siano le violazioni dei diritti della persona: così G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 220; in senso analogo, tra gli altri, R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 28 dicembre 2017, nonché L. S. ROSSI, *La sent. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 31 gennaio 2018.



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

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

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

Vorrei in particolare ricordare le lettere inviate dal Presidente Mattarella in occasione della emanazione del c.d. decreto sicurezza<sup>38</sup> e della promulgazione della legge di conversione del c.d. decreto sicurezza *bis*<sup>39</sup>. Nella lettera del 4 ottobre 2018, indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, il Prof. Mattarella ha avvertito «l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano “fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»<sup>40</sup>.

Mi è sembrato un chiaro invito – se si vuole un suggerimento interpretativo – a guardare alle disposizioni del decreto-legge come non preclusive di una lettura giurisprudenziale che ammetta, in particolare, forme di protezione umanitaria non previste espressamente, in quanto l'art. 10, comma 3, Cost. ha carattere precettivo ed è immediatamente operativo, delineando con sufficiente chiarezza la fattispecie che fa sorgere il diritto d'asilo.

Nella seconda occasione, la lettera è stata inviata anche ai Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati, in quanto adottata in sede di promulgazione della legge di conversione di un decreto-legge (c.d. decreto sicurezza-*bis*)<sup>41</sup>. In questo caso i rilievi sono stati più articolati e hanno riguardato la sproporzione delle sanzioni amministrative previste per i salvataggi in mare, con seri dubbi sulla loro ragionevolezza e conformità agli obblighi internazionali, nonché la previsione che mira a rendere inapplicabile la causa di non punibilità per la “particolare tenuità del fatto” alle ipotesi di

---

<sup>38</sup> Si tratta del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, poi convertito nella l. 1° dicembre 2018, n. 132, *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*.

<sup>39</sup> Si tratta della l. 8 agosto 2019, n. 77, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*.

<sup>40</sup> La lettera è reperibile sul sito della Presidenza della Repubblica ([www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)).

<sup>41</sup> La lettera dell'8 agosto 2019 è reperibile sul sito della Presidenza della Repubblica ([www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)).

resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale e oltraggio a pubblico ufficiale “quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell’esercizio delle proprie funzioni”.

Nei rilievi può sicuramente cogliersi uno stringente monito rivolto a Parlamento e Governo affinché intervengano sulla disciplina in questione, ma anche, probabilmente, una sollecitazione ai giudici affinché sollevino questioni di costituzionalità, anche per ripristinare – con riguardo al primo dei due aspetti trattati – «la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti» (significativa al riguardo la menzione della sent. n. 112 del 2019 della Corte costituzionale).

Si potrebbe dire che, diversamente dalla prima vicenda, in quest’ultimo caso il testo normativo esaminato presenti una resistenza insuperabile a essere letto in modo conforme a Costituzione, con la conseguente scelta di indirizzare un puntuale monito a Parlamento e Governo affinché esercitino la funzione legislativa nella direzione della rimozione dei potenziali, puntualmente individuati, effetti incostituzionali della nuova normativa, senza che ciò escluda, come già scritto, la possibilità di un intervento “sostitutivo” della Corte costituzionale all’uopo sollecitata da un giudice.

Nel primo caso, viceversa, il Presidente della Repubblica pare muoversi proprio nella logica dell’interpretazione conforme a Costituzione, ritenendo che il testo normativo esaminato debba essere letto sistematicamente e che il mancato richiamo agli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato non osti alla loro piena operatività, la quale dovrà essere presumibilmente assicurata dai giudici senza necessità di coinvolgere al riguardo la Corte costituzionale. Il che non vuol dire – per riprendere le considerazioni iniziali – che il giudice debba in tal caso necessariamente “fare da sé”, potendo nella specie ritenere l’interpretazione conforme non praticabile, ravvisando motivati ostacoli al raggiungimento di un esito ermeneutico costituzionalmente compatibile<sup>42</sup>. E la risposta della Corte – alla luce del descritto nuovo corso giurisprudenziale – dovrebbe essere espressa nel merito, ben potendo assumere la forma di una sentenza interpretativa di rigetto che confermi il suggerimento interpretativo del Presidente della Repubblica, ove appunto ritenga praticabile la soluzione scartata dal giudice, in virtù di una lettura sistematica e conforme a Costituzione della nuova disciplina.

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

---

<sup>42</sup> La stessa Corte costituzionale ha di recente affermato, in occasione di una questione introdotta in via principale, che «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili» (sent. n. 194 del 2019). Insomma, come sembra desumersi dalla “lettera” del Presidente della Repubblica, puntualmente citata dalla Corte, gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati, potrebbero indurre a un’interpretazione e applicazione conforme a Costituzione della nuova disciplina. Ove questa soluzione ermeneutica apparisse al giudice difficile o improbabile, la Corte potrebbe essere adita in via incidentale, «restando impregiudicata – all’esito della pronuncia n. 194 del 2019 – ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale della disciplina specificamente censurata.

**MARILISA D'AMICO**  
**Giustizia costituzionale e tecniche decisorie**

SOMMARIO: 1. Un costituzionalista del “Gruppo di Pisa”. – 2. La modulazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità: le riflessioni del “Maestro” sono ancora attuali. – 3. La sentenza n. 10 del 2015 e gli effetti solamente *pro futuro* al fine di salvaguardare l’art. 81 Cost. – 4. Le problematiche aperte alla luce della sentenza n. 10 del 2015. – 5. Un nuovo modello di tecnica decisoria: l’ordinanza n. 207 del 2018. – 6. La modulazione degli effetti e il *Conseil constitutionnel*: una “nuova” prospettiva nell’ambito della giustizia costituzionale francese 7. Considerazioni conclusive.

1. *Un costituzionalista del “Gruppo di Pisa”.*

Per la nostra comunità i convegni in onore di uno studioso, al termine della propria carriera accademica, sono momenti importanti e non semplicemente rituali: si tratta di riunirsi intorno a persone che significano molto per le proprie idee, per i propri studi, per i propri orizzonti. Ci sono però, come è inevitabile nella vita, relazioni accademiche più intense e significative di altre.

Per questo sono personalmente molto felice di essere stata invitata da Lara Trucco a prendere parte a questa iniziativa per celebrare il Prof. Costanzo, uno studioso al quale mi sono sempre sentita vicina per impostazione e interessi scientifici, soprattutto in relazione al suo impegno e ai suoi studi sulla giustizia costituzionale.

Per rendere ancora più proficuo questo incontro, non ci limiteremo a ragionare su tesi e scritti del Prof. Costanzo, ma, a partire da quelli, cercheremo di mettere in luce come le sue tesi siano ancora attuali e quali siano ancora i problemi aperti rispetto ad un tema di cui si è occupato. Un po’ come abbiamo fatto in occasione degli scritti in onore di Gustavo Zagrebelsky, poi riuniti nel volume *“Il costituzionalista riluttante”*<sup>1</sup>.

Nel mio intervento sono partita da un articolo su cui mi sono concentrata in modo particolare, contenuto nel volume *“La giustizia costituzionale a una svolta”*, dal titolo *“Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989”*<sup>2</sup>, per poi riflettere anche sul contributo che il pensiero di Costanzo ha apportato sugli studi relativi al ruolo e alle funzioni del *Conseil constitutionnel*<sup>3</sup>.

Mi sono concentrata su questo scritto del Prof. Costanzo per varie ragioni.

Innanzitutto, perché è inserito negli atti del Seminario svoltosi a Pisa nel 1990, quando fu fondato, appunto, il “Gruppo di Pisa”, e perché il *metodo* utilizzato è quello che ha contraddistinto sin dalle origini “Il Gruppo di Pisa” e che continua a dividere ancor oggi gli studiosi della giustizia costituzionale: quello di partire dalle decisioni e dalla conoscenza dei casi per ragionare sui principi della giustizia costituzionale, e *non viceversa*.

---

<sup>1</sup> A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, 2016.

<sup>2</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991.

<sup>3</sup> Si veda P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di sparigliare le Carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2010, 30.V.2010; P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009 e P. COSTANZO, *Corte costituzionale e forma di governo nella svolta del millennio (Appunti per una discussione)*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011.

In secondo luogo, perché si tratta di un tema ancora ampiamente discusso, che non vede ancora oggi raggiunte soluzioni univoche: quello dei poteri e dei limiti della Corte nel disciplinare gli "effetti temporali" delle sue decisioni. Sebbene si tratti di uno scritto snello, nel lavoro vengono identificati i punti problematici che ancor oggi rimangono aperti e ai quali la Corte costituzionale ha tentato di dare una risposta, come vedremo, nella recente ordinanza n. 207 del 2018.

Ci tengo però anzitutto a soffermarmi sul primo punto: Pasquale Costanzo può essere definito sicuramente uno dei costituzionalisti del "Gruppo di Pisa".

E questo non solo perché l'ha fondato, partecipando al seminario pisano del 1990, ma soprattutto perché insieme a Roberto Romboli, ad Antonio Ruggeri e ad altri colleghi, si è posto e ha realizzato l'obiettivo di creare un'Associazione di costituzionalisti parallela all'AIC, che ha consentito di sviluppare un efficace dialogo a tutto tondo sui temi del diritto costituzionale, partendo dalla giurisprudenza costituzionale.

Un'Associazione importante nella quale i protagonisti sono stati soprattutto i giovani, ai quali è stato sempre affidato il compito di cimentarsi nel convegno annuale (a cui si sono aggiunti anche momenti seminariali): a poco a poco si è anche sviluppato un metodo proficuo, che ha visto i giovani relatori guidati nella loro ricerca per parecchi mesi, attraverso incontri con il direttivo e con i *discussants*.

Insomma la sfida lanciata, e vinta, dal "Gruppo di Pisa" è stata quella di prendere sul serio la comunità scientifica e di non lasciarla spegnere in convegni annuali affidati a un gruppo ristretto di relatori.

Dal 1990 Pasquale Costanzo ha sempre partecipato attivamente alla vita dell'Associazione, ricoprendo anche il ruolo di Presidente, ha creato una rivista on-line (*Consulta OnLine*), che pubblica in tempo reale le decisioni della Corte costituzionale e gli eventi pubblici rilevanti dal punto di vista costituzionale, segnala tutte le iniziative dei costituzionalisti (convegni scientifici, dottorati, eventi di formazione), ospita contributi di dottrina.

Ho avuto la fortuna di partecipare al direttivo quando il Prof. Costanzo era presidente: nel corso del triennio sono stati realizzati moltissimi progetti, fra cui ricordo in particolare il sito e il regolamento elettorale e anche in quell'occasione ho apprezzato la sua dedizione al compito che gli era stato affidato e la sua capacità di farci lavorare come gruppo.

## *2. La modulazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità: le riflessioni del "Maestro" sono ancora attuali.*

Come dicevo, l'articolo da cui ho preso le mosse per ragionare sull'attualità del pensiero del Prof. Costanzo è contenuto nel volume *"La giustizia costituzionale a una svolta"* e si intitola *"Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989"*<sup>4</sup>.

Si trattava, già allora, di un argomento di grande attualità, ma che risulta ancora oggi attuale e problematico, riguardando la possibilità per la Corte costituzionale di disciplinare gli effetti temporali delle proprie decisioni di incostituzionalità, al fine di contenerli nel passato o addirittura limitandoli "pro futuro".

Alla fine degli anni '80 la Corte costituzionale aveva interrogato gli studiosi, attraverso un seminario dedicato al tema<sup>5</sup>, sulla praticabilità tecnica di una manipolazione del tempo, anche alla

---

<sup>4</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit.

<sup>5</sup> Si tratta del Seminario che si è tenuto presso il Palazzo della Consulta il 23 e il 24 novembre 1988; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano,

luce di esperienze straniere conosciute, fra le quali, *in primis*, quella tedesca. Alle riflessioni degli studiosi avevano fatto seguito una serie di decisioni, che giustamente Pasquale Costanzo definisce “*innovative*”, nelle quali, in motivazione, si era cominciato a manipolare gli effetti.

Nel saggio di cui si discute le decisioni, pur presentando caratteristiche e ricadute differenti, vengono accomunate ed esaminate congiuntamente: si tratta delle sentt. nn. 266 del 1988, n. 501 del 1988 e n. 50 del 1989.

In occasione della prima pronuncia la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell’art. 15, primo comma, della legge 7 maggio 1981, n. 180 (*Modifiche all’ordinamento giudiziario militare di pace*) per contrasto con l’art. 108, secondo comma, della Costituzione.

Il Giudice delle leggi ha affermato di “*ritenere ormai violato il secondo comma dell’art. 108 Cost*” in ragione del fatto che non era stato previsto alcun termine per la costituzione dell’organo di autogoverno della magistratura militare e in quanto il legislatore aveva introdotto, mediante la disposizione dichiarata in seguito incostituzionale, un sistema del tutto simile a quello previgente.

Quello che più interessa in questa sede consiste nel fatto che il Giudice delle leggi, nel momento in cui ha adottato la decisione in esame, non ha più ritenuto che l’esigenza della pur sempre necessaria graduale attuazione dei principi costituzionali fosse sufficiente ad evitare la dichiarazione di incostituzionalità: di qui, l’adozione di una sentenza di accoglimento, dotata tuttavia di efficacia *ex nunc*, atteso che Corte costituzionale statuisce di non “*toccare*” in alcun modo, mediante la propria decisione, “*gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata*” e ciò in ragione della “*ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto rallentare la preindicata attuazione*”<sup>6</sup>.

Il secondo caso è rappresentato dalla sent. n. 501 del 1988: stando a quanto affermato da Costanzo, la sentenza in discorso rientra nella categoria dell’incostituzionalità sopravvenuta<sup>7</sup>. La ragione che si pone alla base del fenomeno appena menzionato consisterebbe, secondo una “*lettura finalisticamente orientata*”, nel “*bilanciamento fra valori costituzionali*” quale possibile “*limite alla retroattività delle decisioni di accoglimento*”<sup>8</sup>.

---

1989, ove sono state svolte ampie riflessioni sulla possibilità di limitare l’efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento.

Prima delle riflessioni svolte dalla dottrina in quegli anni ha avuto luogo, come noto, una “*guerra*” fra il Giudice costituzionale e la Corte di Cassazione in punto di applicazione del principio del *tempus regit actum*.

In un primo momento, in occasione della sent. n. 127 del 1966, la Corte costituzionale aveva escluso di fare salvi gli atti processuali già compiuti, in tal modo evitando di applicare il principio del *tempus regit actum*.

In seguito si è registrato un *révirement* nella giurisprudenza costituzionale: in occasione della sent. n. 49 del 1970 la Corte costituzionale ha “*chiuso un occhio*” lasciando alla Corte di Cassazione la gestione degli effetti temporali della sentenza di accoglimento, in tal modo piegandosi alle esigenze della giurisprudenza comune.

Sul punto si veda, volendo, M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 115-116.

<sup>6</sup> Si consideri che tale pronuncia è stata definita dalla dottrina una “*decisione additiva*”, poiché restrittiva degli effetti temporali della dichiarazione di accoglimento, in L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 9; si veda altresì A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 62. Peralaltro, nel caso di specie la Corte costituzionale ha specificato l’efficacia *ex nunc* anche nel dispositivo, così riprendendo l’impianto argomentativo esplicitato nella motivazione.

<sup>7</sup> E in effetti essa rappresenta, secondo la dottrina di Pizzorusso, un’operazione di segmentazione dell’efficacia nel tempo della pronuncia: cfr. in A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 98.

<sup>8</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit., 77 e 80.

In tale occasione la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 3, primo comma, e 6 della legge 17 aprile 1985, n. 141 (*Perequazione dei trattamenti pensionistici in atto dei pubblici dipendenti*) per violazione degli artt. 3 e 36 Cost., in quanto "il legislatore, intervenuto con legge 17 aprile 1985, n. 141, avrebbe dovuto perequare le pensioni dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, nonché dei procuratori e degli avvocati dello Stato alle retribuzioni disposte con la suddetta legge n. 425 del 1984, e non invece stabilire rivalutazioni percentuali di pensioni pregresse del tutto estranee ai criteri adottati per la strutturazione dei nuovi trattamenti retributivi". Il Giudice delle leggi ha ritenuto di contenere il costo della pronuncia, così limitando l'efficacia retroattiva della sentenza di accoglimento e basando il proprio ragionamento sul mutamento dell'oggetto, che fonda la ragione della sopravvenienza della stessa incostituzionalità: per questo motivo essa ha stabilito che gli effetti si sarebbero limitati al periodo successivo al 1° gennaio del 1988<sup>9</sup>.

L'ultima pronuncia è la sent. n. 50 del 1989, in occasione della quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, primo comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 in quanto, di fatto, impediva la pubblicità dell'udienza davanti alla Commissione Tributaria, e ciò in violazione dell'art. 101, primo comma, Cost., inteso ad assicurare il controllo dell'opinione pubblica su tutte le manifestazioni della sovranità dello Stato.

Secondo il Prof. Costanzo, tale pronuncia rientra nel fenomeno dell'incostituzionalità sopravvenuta, alla cui base si colloca "l'intervenuta modificazione di fattori extra-ordinamentali", che determina "un'evoluzione del modo di analizzare ed interpretare i fenomeni giuridici" e che "può portare alla conclusione di una non 'più attuale conformità' delle norme alla realtà costituzionale"<sup>10</sup>.

Il Giudice delle leggi, "compiutasi l'evoluzione legislativa e consolidatisi l'opinione dottrinale e l'orientamento giurisprudenziale circa il carattere giurisdizionale dei processi tributari, ricondotti nell'alveo della giurisdizione, onde adeguarli al precetto costituzionale dell'art. 101, primo comma, della Costituzione", ha ritenuto di non poter più procrastinare la declaratoria di incostituzionalità della norma, e ciò in quanto "soltanto ora" secondo la Corte, si sarebbe verificato il sopraggiungere dell'incostituzionalità. Conformemente a tale ragionamento, il Giudice delle leggi ha affermato perentoriamente che "la declaratoria di illegittimità costituzionale non può avere e non ha alcuna conseguenza sugli atti pregressi e sui provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi".

Come si è avuto modo di vedere, i tre casi esaminati operano una modulazione degli effetti nel tempo in ragione del *sopraggiungere nel tempo dell'incostituzionalità* della norma censurata: tuttavia, diversa è la tecnica adottata, dal momento che in due casi la Corte inserisce nel dispositivo un riferimento "pro futuro", spiegandone le ragioni nella motivazione; nella sent. n. 501 del 1988, invece, nel dispositivo si fa riferimento al *dies a quo* della sopravvenuta incostituzionalità, limitando l'efficacia nel passato.

---

<sup>9</sup> Secondo la dottrina di Cerri, la pronuncia in esame non consente di indentificare con precisione il sopraggiungere dell'incostituzionalità; si veda A. CERRI, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento "date"*, in AA. VV., *Effetti temporali*, cit., 146; secondo Pinardi la Corte costituzionale, "preoccupata degli eccessivi oneri che sarebbero derivati a carico del bilancio dello Stato [...] ha preferito concludere – in maniera sostanzialmente apodittica – affermando che la disciplina impugnata aveva "esaurito la sua funzione perequatrice al 31 dicembre 1987"; cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1993, 56-57. Sul tema del rapporto tra copertura finanziaria delle leggi e sindacato di costituzionalità si veda A. PIZZORUSSO, *Qualche riflessione sulla "elasticità" delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, 273.

<sup>10</sup> Si permetta di rinviare a M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 123-124, ove la decisione in esame viene qualificata nel senso di una pronuncia che "si collega esplicitamente all'incostituzionalità sopravvenuta".

L'analisi di Costanzo, però, prescinde dalla necessità di distinguere tecnicamente le decisioni e si concentra invece sui problemi ordinamentali che le nuove tecniche decisorie mettono in luce, aspetti e problemi che vengono identificati in quattro fattori: la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, vero sovrano del "tempo" delle proprie decisioni, che quindi interroga sull'ammissibilità di tecniche decisorie manipolative del "tempo"; il rispetto del principio di eguaglianza, potenzialmente leso da decisioni manipolative del tempo, che, a seconda di esigenze legate a fattori soprattutto economici, possono recidere la retroattività garantita dal sistema incidentale; la tenuta del sistema incidentale, messo in crisi da decisioni "pro futuro" che non consentono al giudice *a quo* di beneficiare della dichiarazione di incostituzionalità o che differenziano nel passato i beneficiari della dichiarazione medesima<sup>11</sup>; la possibile "ribellione" dei giudici comuni, veri sovrani dell'applicazione della dichiarazione di incostituzionalità<sup>12</sup>.

Tali nodi di fondo, che la dottrina aveva evidenziato anche nel seminario promosso dalla Corte costituzionale nel 1988, hanno condotto a riflessioni critiche sull'ammissibilità della manipolazione del "tempo" da parte del giudice costituzionale, alla luce delle decisioni esaminate da Costanzo e che hanno determinato un'utilizzazione molto limitata di questa tecnica, fino alla decisione n. 10 del 2015 (e dopo la stessa), di cui parleremo a breve.

Infatti, prima della "rinascita" del tema della manipolazione degli effetti dal punto di vista del dato temporale – dovuta all'adozione della sentenza n. 10 del 2015– la prassi del Giudice delle leggi ha conosciuto ulteriori, ma scarsi tentativi, di derogare alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento<sup>13</sup>.

Si consideri, innanzitutto, la sent. n. 1 del 1991<sup>14</sup> in tema di pensioni del settore pubblico, ove la Corte costituzionale ha "non ha fatto decorrere gli effetti dell'accoglimento a partire [...] ma ha preferito invece differirli di un anno dichiarando che il vizio della normativa de qua si era determinato il 1° marzo del 1990"<sup>15</sup>.

Alla base del contenimento dell'efficacia retroattiva si registra la necessità di "evitare che dalla pronuncia di incostituzionalità discendano eccessivi oneri finanziari a carico del bilancio dello Stato"<sup>16</sup>; la decisione in esame dunque si caratterizza per il fatto che l'efficacia retroattiva viene

---

<sup>11</sup> Si consideri che il tema della tenuta del nesso di incidentalità alla luce della manipolazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità può inserirsi nel solco della distinzione tra l'autorità della sentenza costituzionale, riguardante l'aspetto di tipo soggettivo del giudizio, e l'efficacia della sentenza stessa, che, invece, interessa la dimensione oggettiva. La scissione di regole processuali e regole sostanziali costituisce una prassi conosciuta dal *Bundesverfassungsgericht* da alcuni decenni, ove "il principio della nullità della legge incostituzionale [...] non è affatto interpretato in modo rigido, né nei confronti dei giudici comuni, né nei confronti del giudice costituzionale": così M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 33-36.

<sup>12</sup> Sul tema si veda A. MORELLI, *Principio di totalità e "illegittimità della motivazione": il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. Trib. Prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2015/II; ancora si veda sul punto S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 395.

<sup>13</sup> Oltre alle decisioni appena menzionate, secondo alcuni anche la sent. n. 137 del 1986 e la sent. n. 179 del 1988 corrispondono a quelle tipologie di "pronunzie che tentano di governare i propri effetti nel passato, cioè quelle che dichiarano l'incostituzionalità "dal momento in cui"; così v. E. Grosso, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Giappichelli, Torino, 1991, 67-68; si consideri anche la decisione n. 124 del 1991, in tema di retribuzione, ove la Corte costituzionale ha limitato la dichiarazione di illegittimità costituzionale nel passato; infine, si riporta anche la sentenza n. 328 del 1989, in occasione della quale il Giudice delle leggi ha circoscritto l'efficacia al solo futuro. Cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, 1806.

<sup>14</sup> La pronuncia in esame potrebbe essere definita nel senso di una sentenza additiva di prestazione. Cfr. G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, al sito telematico della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), 4.

<sup>15</sup> Così R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 1993, 60.

<sup>16</sup> C. COLAPIETRO, in *Giur. it.*, 1991, 1103-1104.

circoscritta nel tempo<sup>17</sup> al fine di evitare un impatto eccessivamente gravoso per l'ordinamento giuridico<sup>18</sup>.

Rilevante è poi la sent. n. 243 del 1993, sempre in materia previdenziale, ove la Corte costituzionale opera, così enucleando per la prima volta la c.d. "sentenza meccanismo", uno spostamento degli effetti nel tempo<sup>19</sup>; tale spostamento si riallaccia all'intervento del legislatore, il quale è chiamato ad integrare il meccanismo la cui omissione ha determinato, di fatto, il venire ad esistenza del vizio di legittimità costituzionale. Il Giudice delle leggi, in tal modo riconoscendo un c.d. diritto *a prestazione*<sup>20</sup>, afferma nella parte motiva della decisione che *"la dichiarazione di incostituzionalità colpisce le norme impugnate nella parte in cui non prevedono meccanismi di computo dell'indennità integrativa speciale nei trattamenti di fine rapporto considerati. Tali meccanismi saranno realizzati dal legislatore secondo scelte discrezionali che rispettino i principi indicati specificamente nel paragrafo precedente"*<sup>21</sup>.

Come afferma la dottrina, sembra che il Giudice delle leggi, nel caso di specie, abbia vincolato l'esperimento degli effetti *"dal momento in cui"* e *"a condizione di"* un intervento da parte dell'organo titolare del potere legislativo<sup>22</sup>; e infatti la tecnica decisionale appena descritta ha suscitato alcune riflessioni sull'efficacia *de facto* del differimento della disciplina<sup>23</sup>.

La decisione in esame rileva anche perché la Corte costituzionale ha statuito di coordinare la propria attività di Giudice delle leggi con quella del legislatore<sup>24</sup>, dal momento che il *"contenuto additivo della decisione viene completato (e complicato) con il rinvio all'intervento del legislatore, secondo i 'principi' e i 'tempi indicati in motivazione'"*<sup>25</sup>.

Quanto, infine, alle motivazioni che hanno condotto il Giudice delle leggi a "forgiare" una delle prime decisioni additive di principio, secondo la dottrina occorrerebbe fare riferimento alla doppia esigenza di preservare da un lato il proprio ruolo di Custode della Costituzione, e dall'altro di evitare di *"produrre, con una pronuncia di annullamento tout court, una situazione ancor più illegittima di quella che si aveva prima del giudizio di costituzionalità"*<sup>26</sup>. Tuttavia, tale tecnica decisoria, innovativa e foriera di importanti sviluppi, non ha avuto seguito nella giurisprudenza costituzionale.

---

<sup>17</sup> R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2018, 468.

<sup>18</sup> E' interessante notare che la decisione è stata preceduta da una rilevante attività istruttoria. Sul punto si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2017, 12.

<sup>19</sup> Si permetta di rinviare a M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, cit., 1806, laddove ci si sofferma sul tema della disponibilità degli *effetti* e del *tempo* da parte della Corte costituzionale. Sul tema si veda anche S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, cit., 383.

<sup>20</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, cit., 1808.

<sup>21</sup> Cons. in dir. punto 14.

<sup>22</sup> Si veda, in questo senso, E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, 152.

<sup>23</sup> E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, cit., 152; dello stesso avviso è anche A. PIZZORUSSO, *Corte costituzionale: un nuovo tipo di sentenza?* in *Corriere giuridico*, n. 7/1993, 774.

<sup>24</sup> Si veda sul punto M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?* cit., 1805.

<sup>25</sup> Così, ancora, M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?* cit., 1803. E' possibile, forse, svolgere un parallelismo con la "richiesta" di cooperazione che il Giudice delle leggi ha esplicitato nell'esaminata ordinanza n. 208 del 2017.

<sup>26</sup> R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, cit., 466.



Ancora, si segnala la sent. n. 360 del 1996, nota per avere dichiarato l'illegittimità costituzionale della prassi della reiterazione dei decreti legge non convertiti<sup>27</sup>.

In questa pronuncia la Corte costituzionale ha statuito una valenza esclusivamente *pro futuro* "ad eccezione del decreto legge impugnato nel giudizio *a quo*"<sup>28</sup>.

Afferma infatti il Giudice delle leggi che *"I principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione. Restano, peraltro, salvi gli effetti dei decreti- legge iterati o reiterati già convertiti in legge o la cui conversione risulti attualmente in corso, ove la stessa intervenga nel termine fissato dalla Costituzione"*<sup>29</sup>.

Non si può infine non ricordare la sent. n. 1 del 2014, in occasione della quale la Corte costituzionale ha salvaguardato l'unità ordinamentale così precludendo allo stesso di subire un impatto "eccessivo" dovuto all'adozione di una sentenza di accoglimento *tout court*: *"Rileva nella specie il principio fondamentale della continuità dello Stato, che non è un'astrazione e dunque si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali: di tutti gli organi costituzionali, a cominciare dal Parlamento. È pertanto fuori di ogni ragionevole dubbio – è appena il caso di ribadirlo – che nessuna incidenza è in grado di spiegare la presente decisione neppure con riferimento agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali: le Camere sono organi costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare"*<sup>30</sup>.

Il tema, quindi, del contenimento degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità da parte del Giudice costituzionale, è stato affrontato in poche occasioni tra loro slegate e non si è consolidato nel tempo, a causa soprattutto degli inconvenienti di decisioni *pro futuro* o limitative nel passato degli effetti retroattivi, in relazione alle caratteristiche e alle logiche di un sistema incidentale come è appunto il nostro.

### 3. La sentenza n. 10 del 2015 del 2015 e gli effetti solamente *pro futuro* al fine di salvaguardare l'art. 81 Cost.

Nella decisione n. 10 del 2015, la Corte costituzionale affronta *ex professo* il problema della manipolazione degli effetti nel tempo, con una decisione *pro futuro*, nella quale riemergono tutti i profili problematici evidenziati dal Prof. Costanzo nel saggio di cui stiamo discutendo.

La sentenza n. 10 del 2015 pone l'interrogativo se sia possibile per la Corte costituzionale interessarsi degli effetti delle sue decisioni e configurarli tenendo conto delle necessità di rilievo costituzionale poste dall'oggetto delle proprie pronunce<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Sul tema si veda M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, CEDAM, Padova, 2000, 297 e ss.

<sup>28</sup> Sul punto cfr. R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, cit., 468, nota n. 118.

<sup>29</sup> Punto 6 del cons. in dir.

<sup>30</sup> Cons. in dir. al punto 2. Per un'analisi della sentenza si veda M. D'Amico, S. Catalano (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

<sup>31</sup> Il Giudice delle leggi, come si è visto, si è preoccupato del tema delle conseguenze delle proprie pronunce, assumendo sin dall'inizio della propria giurisprudenza un ruolo non compatibile con quello di "legislatore negativo", in tal senso sviluppando dapprima il modello decisionale delle sentenze interpretative e in seguito delle sentenze

Quanto ai nodi problematici emergenti dalla sentenza costituzionale in discorso, si pensi al bilanciamento operato dal Giudice delle leggi, il quale, al fine di salvaguardare l'art. 81 della Costituzione, ha disposto l'efficacia *ex nunc* così vanificando il rispetto del nesso di incidentalità<sup>32</sup>, e in tal modo altresì determinando, conseguentemente, la ribellione del giudice della Commissione provinciale tributaria di Reggio Emilia<sup>33</sup>.

Tale ribellione può spiegarsi non solo per la tecnica utilizzata dal Giudice costituzionale, ma anche per la scarsa coerenza tra la parte motiva e il dispositivo della pronuncia.

Nel dispositivo infatti la Corte costituzionale non dichiara di derogare alla disciplina degli effetti della sentenza di accoglimento, mentre nella parte motiva giustifica l'efficacia *pro futuro*, come se il tempo fosse uno dei tanti elementi che entrano nel bilanciamento di valori a disposizione del giudice costituzionale<sup>34</sup>.

E in effetti il cuore del ragionamento intorno a cui si muove la sentenza n. 10 del 2015 consiste proprio nell'affermazione per cui *“gli interventi di questa Corte che regolano gli effetti temporali della decisione devono essere vagliati alla luce del principio di stretta proporzionalità”* per poi concludere nel senso che la delimitazione degli effetti solamente *pro futuro* *“risulta, quindi, costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco”*.

Del pari, nella decisione n. 10 è emerso il profilo relativo alla violazione del principio di uguaglianza, a fondamento del quale è posta la incidentalità del giudizio, dal momento che è proprio la rigidità del processo costituzionale ad essere espressione del principio di uguaglianza davanti alla legge (oltre che di quello del principio di difesa)<sup>35</sup>. Il Prof. Costanzo, nel suo scritto del 1990, giustamente evidenziava la *“possibile violazione dei principi di eguaglianza e di difesa”* che si sarebbe potuta determinare in ragione dell'adozione di decisioni temporalmente manipolative, in particolare con riferimento alla *“individuazione, in alcuni settori dell'ordinamento, di un principio di progressiva gradualità nell'attuazione dei precetti costituzionali”*<sup>36</sup>.

Come ha avuto modo di sottolineare la dottrina, il meccanismo dell'incidentalità prevede che la norma dichiarata incostituzionale non possa trovare applicazione nel giudizio *a quo*: eppure, con

---

manipolative. Cfr. M. D'AMICO, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e manipolare gli effetti anche nel tempo?* in *Quaderni costituzionali*, 2015, 687.

<sup>32</sup> Si permetta di rinviare a M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 2015, 2. Sul paradosso derivante dall'adozione di decisioni limitative dell'efficacia retroattiva si veda altresì R. ROMBOLI, *Il giudizio delle leggi in via incidentale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, 188, con specifico riferimento alle pronunce di illegittimità costituzionale per bilanciamento tra valori.

<sup>33</sup> Sul tema dell'efficacia di quanto statuito dalla Corte costituzionale nei confronti dei giudici comuni si veda R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 627 e ss. Si v. volendo inoltre M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 35; sulla decisione della Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia si veda M. LIGUORI, *I postumi della sentenza 10/2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 2016, 6-8.

Come si ha già avuto modo di evidenziare in M. D'AMICO, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e manipolare gli effetti anche nel tempo?*, cit., 690, la ribellione del giudice *a quo* non deve comunque preoccupare, dal momento che la Corte costituzionale ha già conosciuto alcune ribellioni da parte dei giudici, in particolare negli anni '70: si pensi, ad esempio, al mancato seguito rispetto alle decisioni manipolative; ciononostante il Giudice delle leggi è riuscito a convincere i giudici della bontà di tale tecnica decisionale.

<sup>34</sup> Si permetta di considerare su questo specifico punto M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo della legge dichiarata incostituzionale)*, cit., 1.

<sup>35</sup> M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, cit., 3.

<sup>36</sup> P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit., 79.

riferimento alla sentenza n. 10, tale previsione non ha trovato applicazione, e a nulla sono sembrati valere i richiami svolti dallo stesso Giudice delle leggi alle proprie pronunce (nn. 370/2003, 13/2004 e 423/2004) al fine di “smorzare” l’innovatività e l’eccezionalità rappresentata dalla rottura del nesso di incidentalità<sup>37</sup>.

Di fatto, il “*singolo litigante*”, come si è avuto modo di sottolineare in altra sede, sembra aver assunto la forma di una “*marionetta*”<sup>38</sup>, pericolo che Francesco Carnelutti evidenziava in ordine al rapporto fra le parti del giudizio *a quo* e il complesso meccanismo del processo costituzionale, un processo avente ad oggetto non i diritti soggettivi, ma il rapporto oggettivo fra la legge e la Costituzione.

Un ulteriore aspetto critico della decisione, evidenziato profeticamente dal Prof. Costanzo con riferimento alla possibilità che il giudice costituzionale si occupi degli effetti “temporali” delle proprie decisioni, consiste nel rispetto della discrezionalità del legislatore: la sentenza n. 10 del 2015 sembra aver invaso lo spazio riservato al legislatore, nel momento in cui nella motivazione decide di salvaguardare in via prioritaria il “*superprincipio*”<sup>39</sup> contenuto nel nuovo art. 81 Cost.; peraltro proprio con riferimento a quest’ultimo (nuovo) articolo si impone alla Corte una valutazione di tipo prudenziale nella quale dovrebbero essere conosciuti gli effetti “economici” delle proprie decisioni.

Questo bilanciamento degli interessi effettuato dal Giudice costituzionale rappresenta una “*tecnica di giudizio potenzialmente invasiva della ‘discrezionalità’ del legislatore*”<sup>40</sup>, dal momento che a fronte della modulazione degli effetti delle sentenze che “costano” vengono effettuate dal Giudice delle leggi alcune scelte che, in linea di massima, spetterebbero al legislatore. Nel caso di specie, secondo la dottrina, il Giudice delle leggi ha di fatto rotto il nesso tra “*principio dell’equilibrio di bilancio e tutela della discrezionalità*”<sup>41</sup>, così esercitando un ruolo di “*supplenza*” rispetto al legislatore<sup>42</sup> e facendo da padrona rispetto al “*proprio*” processo<sup>43</sup>.

Il tema della discrezionalità della Corte in relazione alla discrezionalità del legislatore, così rappresentato, è il medesimo che si pone negli Stati Uniti: a tal proposito, Costanzo proponeva nelle sue riflessioni l’idea del bilanciamento come limite alla retroattività delle decisioni di accoglimento, affermando che “*ordine e gradualità di trasformazione del diritto sono esigenze di rilevanza non meramente fattuale, ma costituzionale*”<sup>44</sup>.

Tuttavia, come nelle prime decisioni, anche nella sentenza n. 10 del 2015 la recisione del nesso di incidentalità e la correlata violazione del principio di uguaglianza a causa della modulazione degli effetti nel tempo ha determinato un (brusco) passaggio dalla “*resa della discrezionalità del*

---

<sup>37</sup> A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2015, 2.

<sup>38</sup> F. CARNELUTTI, “*Intervento*”, in *Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile*, Padova, 1953, 68, già citato in M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo della legge dichiarata incostituzionale)*, cit., 3-4.

<sup>39</sup> Cfr. I. CIOLLI, *L’art 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2015.

<sup>40</sup> Cfr. C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 33.

<sup>41</sup> Cfr. L. SICA, *Cosa è vivo e cosa è morto della sentenza n. 10 del 2015 a quasi due anni dalla sua pronuncia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2016, II, 4.

<sup>42</sup> Sul nodo problematico relativo alla supplenza rispetto al legislatore si veda C. BERGONZINI, *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2015.

<sup>43</sup> In questo senso T. GIUPPONI, *La Corte il “suo” processo. Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 2015, IV, 7.

<sup>44</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, cit., 81.

*legislatore a quella di un'eccessiva discrezionalità della Corte costituzionale nel decidere quando far valere solo pro futuro l'effetto della propria sentenza*"<sup>45</sup>.

#### 4. Le problematiche aperte alla luce della sentenza n. 10 del 2015.

Come abbiamo appena osservato, la decisione n. 10 del 2015 è stata valutata criticamente da molta parte della dottrina e soprattutto dai giudici comuni, che si sono ribellati alle statuizioni del Giudice costituzionale solo "pro futuro".

È significativo rilevare che appena qualche mese dopo la decisione in un'altra sentenza, la n. 70 del 2015, la Corte costituzionale ha invece ignorato il problema del contenimento della spesa e ha dichiarato incostituzionali norme che determinavano il blocco integrale biennale per gli anni 2012-2013 dell'adeguamento automatico per i trattamenti previdenziali superiori a tre volte il minimo senza minimamente considerare l'art. 81 Cost. Anzi, in modo perentorio, la decisione, nella parte finale, valuta come elemento a supporto dell'incostituzionalità secca la circostanza che *"la disposizione si limita a richiamare genericamente la contingente situazione finanziaria"*, senza che *"emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente decisivi"*. Inoltre, la Corte aggiunge qualche riga più avanti che *"tale diritto, costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio"*. Sorprende nella pronuncia che, pur imputando al legislatore una mancata chiarezza sul contesto economico finanziario, il Giudice costituzionale non ritenga necessario, dal canto suo, approfondire in alcun modo questo aspetto decisivo, sia per ragionare sull'effettiva irragionevolezza della disciplina, sia per valutare l'impatto economico della decisione. Alla luce di questa rigida impostazione, la Corte non ha quindi valutato la possibilità di intervenire con una pronuncia manipolativa, che limitasse l'incostituzionalità alle categorie di pensionati più colpite dalla manovra, evitando di estendere l'effetto anche le cosiddette pensioni d'oro (cosa che di fatto avvenuta).

Il disinteresse della Corte per le conseguenze della sua pronuncia ha prodotto una decisione dalle "conseguenze incostituzionali", se pensiamo all'impatto dei costi delle richieste da parte di pensionati d'oro rispetto alle esigenze di una parte della popolazione, quali i giovani e le categorie disagiate. Risulta evidente quindi proprio dal raffronto fra le decisioni n. 10 e n. 70 del 2015 la necessità che il Giudice costituzionale si convinca che il nuovo art. 81 Cost. dovrebbe entrare sempre nel bilanciamento effettuato: occorre però ragionare sulle tecniche a disposizione del giudice costituzionale e sui relativi limiti.

E tuttavia, nonostante le critiche alla decisione numero 10, potenzialmente contraddittoria con le esigenze del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale, il problema del contenimento dei costi delle decisioni costituzionali e quindi degli effetti retroattivi è rimasto aperto nel nostro ordinamento e alcune decisioni successive dimostrano, magari in modo meno plateale, la volontà della Corte costituzionale di non ignorare il problema.

Si veda la sent. n. 178 del 2015<sup>46</sup>, ovvero una (altra) sentenza "di spesa"<sup>47</sup> in tema di regime della contrattazione collettiva, ove il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale

---

<sup>45</sup> L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 5.

<sup>46</sup> La dottrina ha affermato che tale decisione riguardi "la relazione tra equilibrio di bilancio e livelli di esercizio e realizzazione dei diritti sociali", in D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2016, 28. A commento della decisione si veda S. CATALANO,

sopravvenuta del regime del blocco della stessa per il lavoro pubblico, “quale risultante dalle norme impugnate e da quelle che lo hanno prorogato”<sup>48</sup>.

La dottrina ritiene si possa fare riferimento ad una decisione di incostituzionalità “mascherata”<sup>49</sup>, dal momento che, innanzitutto, non pare del tutto semplice individuare con precisione il momento a partire dal quale l’incostituzionalità può dirsi concretamente sopravvenuta e, conseguentemente, dal momento che non risulta chiaro il motivo che induce il Giudice delle leggi ad operare una manipolazione degli effetti della sentenza di accoglimento nel tempo<sup>50</sup>.

E infatti, nonostante la Corte costituzionale qualifichi la decisione in esame nel senso di una sentenza “ad incostituzionalità differita”, la tecnica decisionale effettivamente utilizzata corrisponde al differimento nel tempo del momento *a quo*<sup>51</sup>, il quale viene collocato in coincidenza con il giorno successivo alla pubblicazione della sentenza di accoglimento.

Afferma la Corte costituzionale: *“Solo ora si è palesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione e può, pertanto, considerarsi verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale, che spiega i suoi effetti a séguito della pubblicazione di questa sentenza”*; eppure, sempre nella parte motiva il Giudice delle leggi ha affermato che *“nel considerare – alla stregua della giurisprudenza di questa Corte – un siffatto arco temporale, si deve notare, anzitutto, che le disposizioni censurate hanno cessato di operare a decorrere dal 1° gennaio 2015.*

*La legge di stabilità per il 2015 non ne ha prorogato l’efficacia, in quanto ha dettato disposizioni che riguardano unicamente l’estensione fino al 31 dicembre 2015 del “blocco” della contrattazione economica (art. 1, comma 254, della legge n. 190 del 2014) ed escludono gli incrementi dell’indennità di vacanza contrattuale (art. 1, comma 255, della medesima legge n. 190 del 2014). Emerge dunque con chiarezza l’orizzonte delimitato entro cui si collocano le misure restrittive citate”*.

Ancora, prima dell’adozione della recente ordinanza “Cappato”, di cui si tratterà a breve, la Corte costituzionale non si è risparmiata dall’adottare un’ulteriore pronuncia derogante la tipica disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità; si veda in particolare la sent. cost. n. 188 del 2016 in tema di bilancio annuale e pluriennale dello Stato, ove il Giudice delle leggi ha disposto la totale irretroattività degli effetti al fine di contenere l’impatto finanziario<sup>52</sup>.

Di fatto, sembra possa trattarsi di una decisione avente la struttura tipica delle decisioni meccanismo: afferma infatti la Corte costituzionale che *“in ordine alle dichiarate illegittimità sono necessarie alcune precisazioni circa gli effetti dalle stesse prodotti sul meccanismo dell’accantonamento. Quest’ultimo, proprio in base al principio dell’equilibrio dinamico del*

---

*Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo, cit., 389.*

<sup>47</sup>Si veda R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?* in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2015.

<sup>48</sup> Cfr. M. MOCCHEGIANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2015.

<sup>49</sup> In tal senso sembra posizionarsi la dottrina di Ruggeri, in A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 27 luglio 2015, e D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell’emergenza e giudizio di costituzionalità*, cit., 31.

<sup>50</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?*, cit., 3.

<sup>51</sup> Per l’intervallo temporale che va dal 1° gennaio 2015 al giorno successivo alla pubblicazione della sentenza di accoglimento; cfr. R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?*, cit., 3.

<sup>52</sup> Sul punto cfr. R. PINARDI, *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo*, in M. D’Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 468, nota n. 118.

*bilancio, verrà meno a far data dalla pubblicazione della presente sentenza, fermo restando tuttavia che per i decorsi esercizi gli accantonamenti effettuati in via preventiva dovranno essere conciliati con i dati del gettito fiscale accertato, restituendo alla Regione ricorrente le somme trattenute in eccedenza*<sup>53</sup>.

In queste decisioni, quindi, la Corte costituzionale ha affrontato il tema, con pronunce che limitano di fatto gli effetti retroattivi, ma che giustificano l'adozione di tale tecnica decisoria con il riferimento a un "incostituzionalità sopravvenuta". Tutti profili già evidenziati nelle decisioni che il Professore Costanzo commentava nel 1990.

È chiaro, comunque, alla luce delle pronunce fino a questo momento adottate, che il tema del contenimento degli effetti temporali da parte del giudice costituzionale mostra i propri limiti nel momento in cui la Corte, per inserire nel bilanciamento anche l'articolo 81 Cost., voglia fare "tutto da sola".

##### 5. Un nuovo modello di tecnica decisoria: l'ordinanza n. 207 del 2018.

La Corte costituzionale sembra essersi messa alla ricerca di quel "modello possibile" cui faceva riferimento il prof. Costanzo nell'ordinanza n. 207 del 2018.

Tale pronuncia costituisce una novità assoluta nel processo costituzionale, perché la Corte, per la prima volta, adotta una decisione nella quale, pur riconoscendo la contrarietà di una norma ai principi costituzionali, evidenzia la necessità di un intervento da parte del legislatore e decide di rinviare la propria decisione a una nuova udienza, nel contempo rivolgendosi al Parlamento, al quale affida il compito di intervenire alla luce di precise indicazioni contenute nella sua motivazione.

Il caso è noto e coinvolge la vicenda "Cappato": un noto politico, Marco Cappato, decide di accompagnare in una clinica svizzera per porre fine alle proprie sofferenze Fabiano Antonioni, conosciuto come Dj Fabo, gravemente malato a seguito di un incidente stradale. Con una complessa vicenda processuale, si arriva a porre il problema al giudice costituzionale al quale spetta ragionare sulla perdurante attualità dell'art. 580 del codice penale, norma nata nel 1930, e sulla sua applicabilità anche alle ipotesi che coinvolgono persone che, come aveva fatto Cappato, aiutano materialmente malati terminali a porre fine alle proprie sofferenze, con misure oggi non consentite in Italia e che escono dall'ambito delle mere cure palliative, riconosciute invece dalla legge n. 219 del 2017.

Con una decisione sorprendente dal punto di vista tecnico, la Corte costituzionale boccia la prospettazione del giudice *a quo*, posta sotto un profilo molto ampio in quanto legato alla generale libertà di autodeterminazione, per procedere, riconosciuta in un primo momento la rilevanza ricoperta nell'ordinamento dall'art. 580 c.p. poiché "*è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in [...] situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal*

---

<sup>53</sup> La Corte costituzionale prosegue il suo ragionamento mettendo in luce il fatto che la stessa ricorrente aveva chiesto in via subordinata la cessazione dell'accantonamento a partire dal giorno della pubblicazione dell'eventuale pronuncia di accoglimento, con la sola condizione che "*lo Stato proceda in contraddittorio alle necessarie compensazioni per il periodo intercorso dalla data di entrata in vigore del primo accantonamento (esercizio 2012), assicurandone la relativa copertura finanziaria nell'esercizio di effettuazione di tale compensazione*"; il Giudice delle leggi afferma a tal proposito che "*tale effetto risulta naturale conseguenza della specificità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni e del carattere di continuità dei bilanci pubblici*" per concludere, infine, affermando che "*ciò è coerente con quanto questa Corte ha già avuto occasione di sottolineare con riguardo all'inscindibile connessione tra il principio dell'equilibrio dinamico del bilancio ed il carattere di continuità degli esercizi finanziari*".

modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana [...]”, al successivo riconoscimento di un *vulnus* sotteso alla stessa norma.

Tale *vulnus* si riferisce proprio, secondo il Giudice costituzionale, a quei casi che coinvolgono “una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli”.

La Corte costituzionale tuttavia ritiene di non potere procedere, almeno in prima battuta, alla dichiarazione di incostituzionalità della norma<sup>54</sup>, suggerendo piuttosto un intervento sulla l. n. 219 del 2017 con l'introduzione di una fattispecie che escluda, con riferimento ai casi precisamente individuati, la punibilità ai sensi dell'art. 580 c.p.: quello che sorprende è che il Giudice delle leggi statuisce di porre un termine nei confronti del legislatore, così optando per una soluzione inedita dal punto di vista processuale, perlomeno in Italia.

La novità consiste, quindi, nell'utilizzo da parte della Corte costituzionale dei tempi del processo e dell'apposizione di un termine al legislatore, così fissando l'udienza il 24 settembre 2019.

Non si può nascondere una forte somiglianza tra la tecnica in discorso e quella insita nella dichiarazione di incompatibilità tedesca<sup>55</sup>, ove l'incostituzionalità viene accertata e dichiarata eppure la norma colpita dal vizio di legittimità costituzionale non diviene oggetto di rimozione in quanto non viene annullata, ma soltanto dichiarata, appunto, incompatibile<sup>56</sup>.

In Germania è dal 1970<sup>57</sup> che il *Bundesverfassungsgerichtgesetz* fa utilizzo di tale modello decisionale proprio al fine di rispettare la discrezionalità del legislatore e al fine di creare un collegamento virtuoso fra Giudice costituzionale e legislatore.

E' quindi la prima volta che in Italia viene utilizzata una tecnica decisionale in cui la Corte fa uso degli strumenti offerti dal processo costituzionale, avvicinandosi così, come evidenziato, all'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco<sup>58</sup>, dal momento che essa sospende il

---

<sup>54</sup> Sul tema del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore si veda P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2006.

<sup>55</sup> Sul punto si veda N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'arte di differire gli effetti "finanziari" nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla Grundsteuer*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2018, 2-10.

<sup>56</sup> Il modello tedesco rappresenta un possibile riferimento per quanto riguarda lo sviluppo della prassi temporalmente manipolativa. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si connota, sin dai primi anni di attività, per la presenza di un ricco e variegato "armamentario" decisionale finalizzato alla modulazione temporale degli effetti delle decisioni di accoglimento (cfr. A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, cit., 290).

La scissione fra regole processuali e regole sostanziali sembra avere agevolato la formazione di una prassi temporalmente manipolativa da parte del *Bundesverfassungsgericht*; si veda al riguardo M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 33 e ss. Si consideri che, in generale, proprio il tema dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità permette di livellare le differenze tra i diversi modelli di giustizia costituzionale; si permetta a rinviare sul tema a M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 2.

Si consideri, inoltre, a proposito delle tecniche decisionali adottate dal *Bundesverfassungsgericht*, in riferimento al caso Cappato, quanto scritto da Bignami a commento dell'ordinanza n. 207 del 2018, in M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 2018; si veda, in tema di sospensione dell'efficacia delle pronunce e anticipazione degli effetti delle decisioni anche il cenno svolto da L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, 158.

<sup>57</sup> Nel 1970 è stata approvata la quarta legge di modifica della legge sul funzionamento del *BVerfG*, la quale ha introdotto, agli artt. 31, comma secondo, e 79, comma primo, del *BVerfGG*, un riferimento alle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

<sup>58</sup> Talvolta lo scadere del termine senza che vi sia stato alcun intervento da parte del legislatore conduce alla nullità della norma, qualora lo stesso Tribunale costituzionale federale ne faccia espressa menzione nella decisione (si veda,

proprio giudizio affermando la necessità della sospensione del giudizio *a quo* fino alla data della nuova udienza, così dando un termine preciso al legislatore.

Si tratta certamente di una decisione rivoluzionaria, suscettibile di applicazione concreta nella (delicata) materia penale, la quale ruota intorno al perno della discrezionalità del legislatore e ove risulta opportuno lasciare al legislatore – in prima battuta – il compimento di determinate scelte.

Naturalmente rimane aperto il problema, che anche in Germania è stato ampiamente affrontato, della sorte processuale del giudizio *a quo* e di tutti i giudizi che si trovano in situazioni simili, rispetto ai quali sono possibili soluzioni diverse, che vanno dalla sospensione degli stessi in attesa della pronuncia del giudice costituzionale, alla loro definizione, nel senso della negazione o all'opposto del riconoscimento del diritto<sup>59</sup>.

Rimane anche aperto l'interrogativo della sorte dello stesso giudizio *a quo*, nel caso in cui il legislatore non intervenisse e la Corte riprendesse il proprio giudizio: sarà obbligatoria una dichiarazione di incostituzionalità alla luce di quanto nella motivazione dell'ordinanza è già stato riconosciuto, oppure la Corte sarà libera di adottare qualsiasi tipo di soluzione, al limite anche una dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa? Potrà la Corte invece optare per un'interpretazione conforme che escluda l'applicabilità dell'art. 580 c.p. all'aiuto materiale di malati terminali e in grado di esprimere la propria volontà (ma allora perché non optare subito per questa soluzione)?

L'ordinanza n. 207 del 2018, tuttavia, chiude il cerchio rispetto alla necessità di preoccuparsi dell'efficacia delle proprie decisioni e di introdurre tecniche decisionali attraverso le quali il giudice costituzionale sperimenti meccanismi di raccordo con il legislatore, limitando il principio, che sta alla base di tutte le tecniche manipolative, per cui la Corte possa e debba "fare tutto da sola".

Solo il tempo e le risposte da parte del legislatore potranno dirci se, con ritardo, ma finalmente, anche il giudice costituzionale italiano si sia incamminato sulla strada già sperimentata in altri ordinamenti<sup>60</sup>.

#### 6. La modulazione degli effetti e il Conseil: una "nuova" prospettiva nell'ambito della giustizia costituzionale francese.

Nella sua produzione scientifica, Pasquale Costanzo si è "imbattuto" in un altro giudice costituzionale, quello francese, che ha sperimentato, in un sistema di giustizia costituzionale diverso dal nostro, tecniche di modulazione dell'efficacia temporale delle dichiarazioni di

---

ad esempio, la decisione del 29.03.2017 - 2BvL 6/11 in materia tributaria, laddove il Tribunale costituzionale federale ha ordinato, eccezionalmente - vista la materia - al legislatore di intervenire sulla disciplina con effetto retroattivo); il *BVerfG* può però anche disporre un secondo termine perentorio nei confronti del Parlamento, così evitando di sancire l'invalidità della norma dichiarata incompatibile allo scadere infruttuoso del termine; sul punto si permetta di rinviare a M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2017, 16 e ss; M. T. RÖRIG, *Germania*, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Servizio Studi della Corte costituzionale, 2017, 54.

<sup>59</sup> Sul punto si rinvia all'autorevole dottrina di J. IPSEN, *Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung - Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis*, JZ, 1983.

<sup>60</sup> Alle origini della teorizzazione del necessario raccordo tra Giudice costituzionale e legislatore si colloca Hans Kelsen, in H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 145 e ss. Come noto, Kelsen affermava che "sarebbe opportuno, in ogni caso, sempre nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire, in linea di principio, effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali, quanto meno nel senso di lasciar sussistere tutti gli atti giuridici anteriormente posti in essere sulla base di tali norme", evidenziando, in particolare, come "questa limitata retroattività è necessaria anche per una certa strutturazione del procedimento di controllo di costituzionalità"; cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 191-192.



incostituzionalità, affermandosi così quale autentico precursore del tema relativo agli effetti delle pronunce nel tempo, non solo con riferimento al caso italiano, ma anche con riferimento al *Conseil Constitutionnel*.

Allo stato attuale la Costituzione francese, in seguito all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008 sulla modernizzazione delle istituzioni della V Repubblica e alla successiva legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, relativa all'applicazione del nuovo articolo 61-1 della Costituzione, prevede all'art. 62, secondo comma, Cost. che *“una disposizione dichiarata incostituzionale sulla base dell'articolo 61-1 risulta abrogata fin dalla pubblicazione della decisione del Conseil constitutionnel ovvero da una data successiva, stabilita dalla decisione stessa. Il Conseil constitutionnel determina le condizioni e i limiti entro i quali gli effetti che la disposizione ha prodotto sono suscettibili di essere nuovamente contestati”*<sup>61</sup>.

Il Prof. Costanzo ha affermato, a proposito dell'articolo in esame, che la previsione dell'incostituzionalità differita *“accentua la solitudine della nostra Corte costituzionale sul punto”*<sup>62</sup>.

Ragionando sul *Conseil* il Prof. Costanzo riconosce che esso è padrone degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità, *“sia pro futuro potendo far slittare in avanti la decorrenza del momento abrogativo [...] sia pro praeterito, almeno nel senso che l'art. 62, comma 2, riconoscendo [...] al Consiglio anche il potere di determinare le conseguenze della dichiarata incostituzionalità sulla situazione giuridica pregressa, lo autorizza certamente ad attribuire valore retroattivo alla sua pronuncia”*<sup>63</sup>, e che l'art. 62, comma secondo, della Costituzione francese, ha *“opportunamente messo a disposizione dei Conseil gli strumenti tecnici per modulare temporalmente gli effetti delle proprie decisioni”* o per evitare la formazione di lacune, così ponendo in evidenza l'opera di bilanciamento *“nel tempo dei valori e delle esigenze a livello costituzionale coinvolti nella questione”*<sup>64</sup>; peraltro la libertà del *Conseil* in tema di manipolazione degli effetti si spiega *a fortiori* alla luce dell'assenza di qualsivoglia riferimento, nell'art. 62 della Costituzione francese, a principi costituzionali da tutelare<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> In tema v. S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, passim e spec. 242 ss.

E' interessante notare come lo stesso *Conseil* abbia svolto un'operazione di interpretazione autentica della norma, esprimendosi in favore della generale retroattività della dichiarazione di non conformità, e ciò nonostante il tenore letterale dell'art. 62, secondo comma, il quale sembra sancire l'efficacia meramente *ex nunc* della declaratoria di incostituzionalità. Così, per quanto riguarda i casi in cui non venga posta in essere un'abrogazione differita e in cui lo stesso Consiglio non disponga diversamente, nelle decisioni del 25 marzo 2011, n. 2010-108 QPC e n. 2010-110 QPC, ha affermato che della dichiarazione di incostituzionalità, di fatto, beneficiano tutte le parti in causa, non soltanto quella che l'ha proposta nel corso del giudizio *a quo*. Nel contesto della giurisprudenza costituzionale francese si conferma dunque quella che è stata definita la *rétroactivité procédurale* nel giudizio *a quo*, la quale si estende, come si è appena visto, a tutti i procedimenti in corso, ovvero, più nello specifico, a quei procedimenti che non siano ancora passati in giudicato o che siano stati chiusi in via definitiva. In altri termini, la deroga all'abrogazione differita permette al *Conseil constitutionnel* di realizzare il cd. *effet utile*. Come si può vedere quindi, il *Conseil* ha manifestamente dichiarato di non aderire a quella prassi della Corte costituzionale austriaca che vuole salvare, mediante, il cd. *“premio di cattura”*, solamente la parte che abbia adito lo stesso Giudice delle leggi. Di fatto, il ricorso a tale critico istituto non sembra porsi in conformità con il principio costituzionale di uguaglianza e con quello che sancisce il diritto di difesa.

<sup>62</sup> Così P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le Carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*, cit.

<sup>63</sup> Cfr. P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, cit., 479.

<sup>64</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Corte costituzionale e forma di governo nella svolta del millennio (Appunti per una discussione)*, cit, 211.

<sup>65</sup> Al contrario, invece, di quanto proposto dal Ddl Lanzillotta in tema di modifica della disciplina degli effetti, laddove all'art. 30 della l. n. 87 del 1953 si prevede la specifica menzione al principio di bilancio di cui all'art. 81 Cost.

Dall'art. 62, comma secondo, della Costituzione francese discende quella che è stata definita nel senso di una *habilitation générale*.

Interessante è l'analisi del tema della manipolazione degli effetti del *Conseil constitutionnel* con riferimento alla decisione del 28 maggio 2010, laddove nel dispositivo sono stati espressamente differiti gli effetti della decisione parziale di non conformità alla Costituzione<sup>66</sup> e alle decisioni n. 2006-543 DC e n. 2008-564 DC, nella quale gli effetti sono stati rinviati in ragione della conseguenze *"reputate manifestamente eccessive della decisione"*<sup>67</sup>.

Il *Conseil constitutionnel* pone in essere, quindi, una rilevante attività manipolativa del dato temporale degli effetti delle proprie decisioni.

E' necessario, però, svolgere tre precisazioni.

In primo luogo occorre considerare che il sistema di giustizia costituzionale francese, al contrario di quello italiano, non conosce, perlomeno quanto all'interpretazione letterale del dato normativo, una disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità contraddistinta dall'elemento della retroattività *ex tunc*: lo stesso prof. Costanzo si è interessato delle differenze intercorrenti tra il modello di giustizia costituzionale francese in punto di manipolazione degli effetti e le sentenze additive di principio<sup>68</sup>.

---

Le ragioni che hanno portato il *Conseil* a graduare gli effetti delle proprie decisioni nel tempo possono consistere nell'esigenza di garantire la continuità della gestione delle finanze dello stato: si consideri, ad esempio, la decisione n. 2014-397 QPC del 6 giugno 2014, Commune de Guyancourt, ove la retroattività è stata derogata in ragione del fatto che *"[...] una dichiarazione di incostituzionalità che avesse l'effetto di imporre la revisione dell'ammontare dei prelievi operati dal fondo di solidarietà dei comuni della Regione Île-de-France con riguardo all'insieme dei comuni contribuenti [al fondo] per l'anno in corso e per gli anni scorsi avrebbe conseguenze manifestamente eccessive"*; cfr. E. BOTTINI, C. TORRISI, *Francia*, in P. Passaglia (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Servizio Studi, Area di diritto comparato, 2017, 39 ss. Come notano i due Aa. Nell'ambito materiale in esame il *Conseil* adotta frequentemente dichiarazioni di conformità con riserve interpretative, al fine di non "aggravare l'equilibrio dello Stato" e al tempo stesso senza "passare sotto silenzio eventuali violazioni della Costituzione".

Sul punto, in senso analogo, rileva anche la prassi temporalmente manipolativa del *Bundesverfassungsgericht* in materia "di spesa" o tributaria. A tal proposito, famosa e più volte nominata nel contesto della prassi temporalmente manipolativa del *Bundesverfassungsgericht* è la sentenza *Hartz IV* sul sussidio sociale di disoccupazione (cfr. M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, Servizio Studi, Area di diritto comparato, 2018, 35-36). Si consideri anche la recente decisione sulla *Grundsteuer*, pubblicata il 10 aprile 2018, laddove il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato l'incostituzionalità di disposizioni relative alla disciplina legislativa volta all'identificazione del valore unitario da applicare agli appezzamenti di terreno edificabili e non edificabili ai fini del calcolo della tassa sul terreno, in cui gli effetti della declaratoria di incostituzionalità si qualificano per il fatto di rivolgersi esclusivamente al futuro. Per un commento alla decisione si veda N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2018.

La rinuncia a dare seguito al principio dell'effetto utile avviene anche per ragioni processualistiche (cfr. *Septembre 2014: Les effets dans le temps des décisions QPC*: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc>). In questo senso la prassi modulativa del *Conseil* e quella del *Bundesverfassungsgericht* paiono fondate, in parte, sulle medesime ragioni.

Inoltre, le ragioni poste alla base della prassi temporalmente manipolativa francese possono consistere nell'esigenza di osservare l'attuazione del principio di parità di genere quanto all'accesso alle cariche pubbliche e l'attuazione del diritto dell'Unione europea; cfr. G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. Gli effetti delle decisioni del Conseil*, cit., 234, o quella di garantire il rispetto degli obblighi comunitari: cfr. la decisione n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, ove il differimento degli effetti è stato fondato sull'esigenza di "dar tempo al legislatore per rimediare all'incostituzionalità riscontrata"; così E. BOTTINI, C. TORRISI, *Francia*, cit., 38.

<sup>66</sup> Cfr. *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le Carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*, cit.

<sup>67</sup> P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 480.

<sup>68</sup> Afferma il Prof. Costanzo: "La differenza con la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana nota come additiva di "principi" invece che di "regole" (per tutte, la dec. n. 497 del 1988) è bene percepibile: pur nel comune intento di rimettersi alle soluzioni meglio individuabili dal legislatore, la nostra Corte resta priva della possibilità di stabilire un termine fisso per l'intervento legislativo, anche se è vero che, dinnanzi alla pervicace inerzia del

In secondo luogo, la linea di tensione e/o di collaborazione tra *Conseil constitutionnel* e legislatore<sup>69</sup> (oltre che i giudici), tipica del fenomeno della flessibilizzazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, si è fortemente manifestata in seguito alla riforma del sistema di giustizia costituzionale francese, avvenuto tramite la revisione costituzionale del 2008 che ha introdotto il controllo *a posteriori*<sup>70</sup>.

Eppure, occorre dirlo, è proprio nell'ambito del controllo preventivo di legittimità costituzionale che sono state poste in essere – prima del 2008<sup>71</sup> - le prime modulazioni del dato temporale, operate per il tramite dell'adozione delle censure virtuali<sup>72</sup>, le quali permettono al *Conseil* di accertare l'incostituzionalità di una norma senza tuttavia dichiararne l'incostituzionalità, delegando così al legislatore la rimozione del vizio di incostituzionalità mediante l'abrogazione della stessa<sup>73</sup>.

E infatti nel contesto del controllo *a priori* il *Conseil*, pur in assenza di un riconoscimento esplicito<sup>74</sup>, procede alla modulazione degli effetti facendo ricorso a tre diverse strategie decisionali: le decisioni di conformità volte all'esigenza di rispettare lo spazio discrezionale del Parlamento, le decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata e le menzionate censure virtuali<sup>75</sup>.

---

legislatore, essa potrebbe ritornare sui suoi passi e rendere più incisiva la sua decisione attraverso un'aggiunta di regole cogenti.

Un'altra rimarchevole differenza è data dalla diversa attitudine dei giudici e del giudice *a quo* in particolare, al quale, nel nostro ordinamento, non è precluso di giovare comunque della decisione della Corte, se a ciò si sente autorizzato dalla possibilità di utilizzare per la soluzione del caso, in via analogica, altre previsioni ordinarie (quindi, indipendentemente da quando e da che cosa sarà statuito dal legislatore). In Francia – lo apprendiamo dalla decisione del Consiglio costituzionale – ai giudici può essere, invece, imposto di attendere l'intervento legislativo "*afin de préserver l'effet utile de la (...) décision à la solution des instances actuellement en cours*". Certo l'imposizione è garbata (ad essi "*appartient (...) de surseoir à statuer jusqu'au 1er janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles*"), ma nondimeno risoluta e probabilmente efficace, considerato che, ex art- 62, comma 3, della Costituzione francese risulta come le decisioni del Consiglio siano obbligatorie anche per tutte le autorità giurisdizionali. Ma, poiché l'effetto utile su fattispecie pregresse e sui processi in corso di una nuova disciplina dipende precipuamente dalla portata retroattiva della nuova disciplina, il cerchio si chiude con l'invito (ingiunzione) al legislatore (non è anch'esso un pubblico potere? E, in ogni caso, che servirebbe, altrimenti, l'aver previsto la possibilità di procrastinare l'effetto abrogativo delle decisioni del Consiglio?) a munire la futura legislazione di tale portata". Così in P. COSTANZO "*Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio Costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*", cit.

<sup>69</sup> Al fine di reagire agli eventuali inadempimenti del legislatore, il *Conseil* può, alternativamente, attendere il ricorso ex art. 61 Cost. oppure la sollevazione di una nuova QPC; cfr. G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. Gli effetti delle decisioni del Conseil*, cit., 241.

<sup>70</sup> V. in tema G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. Gli effetti delle decisioni del Conseil*, cit., 223.

<sup>71</sup> E. BOTTINI, C. TORRISI, *Francia*, cit., 34.

<sup>72</sup> Adottate, in generale, con riferimento alla *loi de finances* e la *loi de financement de la sécurité sociale*, in G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. Gli effetti delle decisioni del Conseil*, cit., 228. Ancora, il *Conseil* ha adottato tale tecnica decisoria nel campo della materia elettorale, decisione n. 2003-468 DC del 3 aprile 2003, su cui v. G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. Gli effetti delle decisioni del Conseil*, cit., 231.

<sup>73</sup> G. DELLEDONNE E, *Il tempo ritrovato. Gli effetti delle decisioni del Conseil*, cit., 228. Come peraltro sottolinea M. CAVINO, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Giappichelli, Torino, 2010, 142, "*il legislatore ha dunque scelto di fare discendere dalla dichiarazione di incostituzionalità l'effetto della abrogazione*"; allo stesso modo si veda P. COSTANZO, in *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 479.

<sup>74</sup> E. BOTTINI, C. TORRISI, *Francia*, cit., 34.

<sup>75</sup> G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. Gli effetti delle decisioni del Conseil*, cit., 228.

Si consideri che, secondo autorevole dottrina, il problema degli effetti non si porrebbe con riferimento al controllo *a priori*. Sul finire degli anni '80 Sandulli affermava che "*in Francia il problema dell'efficacia differita delle pronunce del Consiglio costituzionale non si pone dal momento che il controllo di costituzionalità è preventivo e non successivo*" (v.

In dottrina è stato affermato che la formulazione del secondo comma dell'art. 62, comma 2, della Costituzione, “*mostra con tutta evidenza la volontà del legislatore costituzionale di porre le condizioni per un dialogo fruttuoso tra giudice delle leggi e Parlamento*”<sup>76</sup>.

E infatti alla base della modulazione operata dal *Conseil* vi è l'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore<sup>77</sup>: come rileva il Prof. Costanzo, è necessario sottolineare che “*ai giudici può essere [...] imposto di attendere l'intervento legislativo*”<sup>78</sup>.

In questo senso, l'esperienza francese è molto simile a quella tedesca, laddove il riferimento alla discrezionalità del legislatore, ovvero (spesso) la premessa fattuale per il differimento degli effetti nel tempo, segue schemi terminologici sintetici e ben precisi.

In definitiva, quindi, e ciò rileva con riferimento all'auspicio contenuto nell'ordinanza n. 207 del 2018., il *Conseil* e il Parlamento collaborano sul piano istituzionale al fine di realizzare la tutela della *securité juridique* “*colta tanto sotto il profilo della unità dell'ordinamento intesa come conformità delle leggi alla Costituzione, quanto nella prospettiva della completezza dell'ordinamento, intesa come assenza di vuoti normativi*”<sup>79</sup>.

### 7. Considerazioni conclusive.

In uno dei primi Seminari del “Gruppo di Pisa”<sup>80</sup>, nel quale per la prima volta presentavo la mia tesi di dottorato, avente ad oggetto proprio l'efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità<sup>81</sup>, si discusse molto della prospettiva e dei punti di vista della dottrina.

In quell'occasione il Prof. Luciani elaborò brillantemente una dicotomia fra gli studiosi, che vedeva distinti fra coloro che ragionano de “*La Corte e i suoi giudici*” da coloro che, con tutt'altro accento, ragionano dei giudici e della *loro Corte*”<sup>82</sup>.

Si voleva, cioè, evidenziare il punto di vista di una dottrina che muove dall'esigenza della Corte, dal diritto ordinamentale, o invece da quella dei giudici *a quibus*, dai diritti soggettivi.

Non sono mai stata veramente convinta della bontà di questa contrapposizione, mentre ho sempre ritenuto proficuo, per chi studia la giustizia e il processo costituzionale, non calare dall'alto, sul Giudice costituzionale e sul suo processo, teorie astratte della Costituzione e dei suoi valori<sup>83</sup>.

---

N. SANDULLI, *Osservazioni comparatistiche e brevi considerazioni su alcune recenti pronunzie della Corte costituzionale, in margine al tema del Seminario*, in *Effetti temporali*, cit., 403).

<sup>76</sup> Cfr. M. CAVINO, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, cit., 146.

<sup>77</sup> Nella decisione del 28 novembre 2014, n. 2014-432 QPC, il *Conseil* ha affermato, come d'altra parte ha affermato in più occasioni, quasi si trattasse di una “*clausola di stile*”, che è necessario “*permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée*”. Si veda sul punto S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, cit., 256.

<sup>78</sup> Cfr. P. COSTANZO, “*Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio Costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*”, cit.

<sup>79</sup> Cfr. M. Cavino, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, cit., 146.

<sup>80</sup> Tenutosi a Perugia, 22-23 maggio 1992 e i cui atti sono confluiti nel volume A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993.

<sup>81</sup> Da cui il volume *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; titolo dell'intervento era “*La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*”, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, cit., 38 e ss.

<sup>82</sup> Si veda, *amplius*, M. D'AMICO, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali nei rapporti fra la Corte e i giudici comuni*, cit., 38.

<sup>83</sup> Sul rapporto tra processo costituzionale e forma di governo, con riferimenti al processo costituzionale e alle categorie processuali utilizzate dal Giudice delle leggi, si veda C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, 63 e ss.

Ripercorrendo il pensiero del Prof. Costanzo su un tema come quello degli effetti temporali, importante non solo dal punto di vista teorico, ma anche di grande rilevanza pratica, possiamo concludere nel senso che la dottrina, per fare bene il suo mestiere, dovrebbe sempre cercare un equilibrio tra la ricerca di teorie coerenti e una saggia e oggettiva analisi della giurisprudenza.

E per essere più efficace e credibile, come dimostra il Prof. Costanzo, dovrebbe conoscere davvero le esperienze straniere. Nel caso degli strumenti di disciplina da parte del Giudice costituzionale del “tempo” delle proprie decisioni, occorre confrontarsi davvero con la nostra giurisprudenza, ma anche con la giustizia costituzionale tedesca e francese, come del resto riconosce la Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 2015<sup>84</sup>.

Consulta Online

---

<sup>84</sup> Nella sentenza n. 10 del 2015, infatti, la Corte costituzionale al punto 7 del cons. in. dir. afferma, al fine di “legittimare” lo spostamento degli effetti della sentenza di accoglimento, che *“del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi”*.



## Oltre l'effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale: sul potere-dovere della Corte costituzionale di dettare regole interinali per l'attuazione delle sue sentenze

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale come linea di confine fra le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e gli effetti delle sentenze «additive» e «sostitutive». – 3. Le regole provvisorie dettate dalla Corte costituzionale: la sentenza 242/2019 come caso esemplare. – 4. Il potere del giudice costituzionale di dettare regole interinali vincolanti *erga omnes*: analogie con i provvedimenti cautelari regolativi. – 5. Le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e il compito di tutela giurisdizionale affidato ai giudici comuni. – 6. Legittimazione della Corte costituzionale a dettare regole interinali, loro presupposti e limiti a salvaguardia delle prerogative del legislatore. – 7. Conclusioni e prospettive.

### 1. Introduzione

In recenti sentenze, la Corte costituzionale ha esercitato il potere-dovere di statuire regole interinali dirette a correggere una violazione della Costituzione in ambiti normativi nei quali al legislatore spetta una discrezionalità di scelta circoscritta alle modalità di garanzia di diritti o di adempimento di doveri costituzionali ed è rimasto indolente al monito della Corte di provvedere con sollecitudine a rimuovere l'accertata incostituzionalità<sup>1</sup>.

Di fronte allo «sconcerto» suscitato dal nuovo indirizzo giurisprudenziale, non appena preannunciato dalla Corte, il Maestro che festeggiamo ha suggerito di accostarsi al fenomeno e, più in generale, al tema dei rapporti fra Corte costituzionale e Parlamento senza trascurare due linee caratteristiche del sistema di ripartizione del potere statale fra organi supremi e un interrogativo<sup>2</sup>.

La prima: «il classico principio di separazione lungi da essere chiaramente espresso è anche a più riprese contraddetto sia a vantaggio del principio collaborativo, sia per la non perfetta corrispondenza tra poteri e funzioni. Ciò non significa, sia chiaro, che la disarticolazione del potere (orizzontale e verticale) con tutti i benefici che ne derivano non costituisca un principio di struttura dell'ordinamento costituzionale italiano, ma che in fondo *non esistono funzioni ontologicamente proprie dei vari poteri ed organi*, che finiscono per trovare tutti nella Costituzione rigida il titolo delle loro attribuzioni». Del resto, «alla stregua del puro principio di separazione (e lo sanno bene i francesi), lo stesso sindacato di costituzionalità delle leggi potrebbe rappresentare un *vulnus* gravissimo per le prerogative del legislatore. Ecco perché la determinazione dei limiti e la pregnanza del controllo della Corte non è astrattamente derivabile dal principio di separazione, ma è compito ancora della Costituzione o di altre fonti legittimate»<sup>3</sup>.

La seconda caratteristica attiene ai rapporti fra diritto e politica. In particolare, egli osserva che, se si concorda sul rilievo che la linea di confine fra diritto e politica è sottile, «non è men vero che

---

<sup>1</sup> Fra le sentenze più significative, Corte cost. 10 novembre 2016, n. 236; 5 dicembre 2018, n. 222; 8 marzo 2019, n. 40; e 22 novembre 2019, n. 412.

<sup>2</sup> P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. Revenga Sanchez-E. Pajares Montolio J. Rodriguez- Drincourt (a cura di), *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, 31 ss., nonché in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2006.

<sup>3</sup> P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale*, cit.

il più sicuro lasciassero» debba consistere nella possibilità di argomentare giuridicamente le sue decisioni e che, «quando a tale possibilità rinunci troppo presto o troppo facilmente, sia la Corte a fare della “realpolitik” non consona al suo ruolo»<sup>4</sup>.

Infine, l'interrogativo: in che misura «le implicazioni sistematiche del “seguito” delle sentenze» potrebbero «fondare» un potere della Corte?». In particolare, con riferimento al consolidato indirizzo giurisprudenziale che escludeva senza deroghe la possibilità di regole provvisorie stabilite dal giudice costituzionale se non desumibili «in via di rima obbligata», è sensato domandarsi se l'«imperterrito scommettere della Corte sul seguito legislativo rifletta poco coerentemente la relativa disciplina costituzionale», infatti, se si concepisse «il “seguito legislativo” non come un'eventualità remota nell'agenda del legislatore, ma come un appello imperioso alla responsabilità di costui, la stessa posizione della Corte non potrebbe che riuscire alleggerita e maggiormente legittimata ad esercitare a tutto tondo il suo mandato, sia che la molteplicità delle soluzioni apprestabili la imbarazzino sul da farsi, sia che il rimedio possa sembrarle peggiore del male»<sup>5</sup>.

Alla luce di tali sollecitazioni, questo contributo si propone di esaminare la «nuova» competenza rivendicata dalla Corte costituzionale, di verificarne i presupposti e i limiti di compatibilità con i principi di ripartizione del potere statale stabiliti dalla Costituzione. Al fine di mettere a fuoco le caratteristiche del «nuovo» potere-dovere, è opportuno, innanzitutto, distinguere gli effetti «normativi» che esso produce dagli effetti «normativi» delle cosiddette sentenze «additive» e «sostitutive».

## *2. L'effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale come linea di confine fra le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e gli effetti delle sentenze «additive» e «sostitutive»*

Il primo dato che emerge nell'esame della «nuova» competenza esercitata dalla Corte costituzionale è che le regole interinali stabilite dal giudice costituzionale attraverso il suo esercizio non costituiscono effetti propri della dichiarazione di illegittimità costituzionale, cioè non appartengono a quegli effetti conformativi dell'ordinamento giuridico che necessariamente derivano dall'incidenza sul sistema normativo della cessazione di efficacia della norma dichiarata incostituzionale, collegata dall'art. 136 Cost. alle sentenze di accoglimento. Si tratta, piuttosto, di effetti propri di una competenza differente dal sindacato di legittimità costituzionale, benché ad esso accessoria perché diretta ad attuare le sentenze di accoglimento che siano prive della caratteristica dell'auto-esecutività. Trattandosi di una competenza distinta dal compito di giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, dall'estensione di quest'ultimo non si ricavano indicazioni precise circa la «legittima» estensione del nuovo potere regolativo della Corte costituzionale.

Il ricorso alla competenza in esame occorre allorché la mera cessazione di efficacia della norma incostituzionale non vale ad assicurare gli effetti di garanzia scaturenti dai diritti costituzionali violati, i quali non si esauriscono in precetti limitativi del potere legislativo (cosiddetta «libertà negativa» o dimensione negativa della libertà) ma danno luogo a doveri incondizionati e indifferibili di attivazione del medesimo potere, che, secondo scelte discrezionali circoscritte alle modalità della garanzia, è chiamato ad assicurare, secondo le circostanze, effetti «positivi» di diritti, consistenti nella pretesa a prestazioni di beni o servizi o nella disponibilità delle cosiddette

---

<sup>4</sup> P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale*, cit.

<sup>5</sup> P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale*, cit.



«infrastrutture dello stato di diritto»<sup>6</sup> o garanzie procedurali o processuali o diritti di partecipazione attiva alla compagine statale<sup>7</sup>.

Corrispondenti esigenze di garanzia emergono, di frequente, nel caso delle sentenze cosiddette «additive», che nella specifica denominazione di sentenze «additive di prestazione», «di procedura», «di meccanismo», riflettono proprio le differenti pretese che scaturiscono dalle menzionate dimensioni di garanzia dei diritti costituzionali violati<sup>8</sup>.

Come anticipato, per dare più puntuale nettezza di contorni al fenomeno delle regole interinali dettate dal giudice costituzionale è utile distinguerlo con maggiore precisione dal fenomeno delle sentenze «additive» e «sostitutive».

All'ampio genere delle sentenze «additive» appartengono sia pronunce auto-applicative sia pronunce che per correggere la situazione di incostituzionalità richiedono una disciplina legislativa.

Sono auto-applicative le decisioni «additive» che colpiscono una norma implicita negativa in casi nei quali «per ragioni testuali o contestuali, non contemplare significa escludere» e a fronte di essa è possibile individuare una regola «costituzionalmente obbligata»<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Sulle «infrastrutture» dello Stato di diritto, cioè sugli apparati e mezzi necessari al godimento delle libertà garantite dalla Costituzione, T. WISCHMEYER, *Die Kosten der Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

<sup>7</sup> L'identificazione di differenti «dimensioni» o «effetti» o «funzioni» di garanzia dei diritti costituzionali e la loro distinzione nelle dimensioni «negativa» (consistente nella assicurazione di una sfera libera da interferenze esterne), «positiva» (consistente nel riconoscimento della pretesa all'erogazione di prestazioni finanziarie o di servizi), «attiva o funzionale» (consistente nella garanzia della partecipazione alla vita statale anzitutto con il diritto di voto), si è affermata, come noto, a partire dall'opera di G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, ed. riv. 1905. Successivamente, tale classificazione è stata integrata con la previsione della dimensione «processuale» (consistente nella garanzia dei diritti attraverso il processo giurisdizionale) e della dimensione «procedimentale» (consistente nella garanzia dei diritti attraverso procedimenti di carattere non giurisdizionale). Tali distinzioni hanno perso nei moderni ordinamenti la loro capacità di classificazione sistematica dei diritti originariamente loro ascritta, per la constatazione che le diverse funzioni possono coesistere in un medesimo diritto, cioè essere funzionali alla protezione del medesimo bene della vita. Tuttavia, l'idea di una pluralità di effetti di garanzia conserva la sua capacità descrittiva, pertanto, offre un valido strumento dogmatico per agevolare l'identificazione del contenuto dei diritti. Specialmente le distinzioni fra dimensione «negativa» e dimensione «positiva» sono di impiego corrente anche nella letteratura italiana e sono utilizzate, senza pretesa di ricavarne un ordine sistematico, anche dagli autori che ritengono preferibile rinunciare alla classificazione dei diritti, ad esempio, P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 21-22. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, *passim*, il quale, peraltro, reputa le distinzioni dei diritti qualificazioni prive di forza analitica. Ulteriori precisazioni sulle qualificazioni dei diritti in P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017. Per alcuni rilievi critici sulla classificazione ideata da Jellinek e per soluzioni alternative, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 65 ss. Per un esame di diritto comparato, P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010. Si segnala che la distinzione fra le funzioni di garanzia dei diritti costituzionali, di recente, è stata recepita dalla giurisprudenza costituzionale, cfr., ad esempio, Corte cost. 5 dicembre 2019, n. 254, punto 6 della motivazione, che individua una «valenza» negativa e una «valenza» positiva della libertà di culto.

<sup>8</sup> Per un'articolata ricognizione della varia tipologia di sentenze «additive» e sulle sentenze «sostitutive», A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 193 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 195 ss. Per una «storia» delle sentenze additive di principio, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2019; sul tema, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in questi stessi scritti, Per uno studio monografico sulle tipologie decisorie della Corte costituzionale, C. PANZERA, *Manipolare, interpretare, combinare*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013.

<sup>9</sup> L'espressione citata è di A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 194. Sul tema, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 195 ss., 196, gli Autori ricordano il rilievo di L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio'85)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, vol. I, 313 ss, secondo il quale, talvolta, è ragionevole il dubbio che la soluzione costituzionalmente obbligata, cosiddetta a «rime obbligate», esista solo «nella mente dei giudici»; sulle cosiddette «rime obbligate», V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, 1694 ss., 1707.

Effetti «additivi» possono scaturire anche da pronunce di carattere demolitorio allorché la norma non contemplata dal legislatore abbia carattere derogatorio<sup>10</sup> e la sua cessazione di efficacia determini automaticamente l'espansione di una norma di garanzia.

Non sono auto-applicative, invece, le sentenze cosiddette «additive di principio». Esse consistono nella dichiarazione di illegittimità costituzionale di disposizioni legislative che nell'omettere una disciplina violano non una determinata regola ma un principio costituzionale suscettibile di differenti svolgimenti<sup>11</sup>. Talvolta, la loro attuazione è delegata dalla Corte costituzionale ai giudici comuni, che sono chiamati a operare come suoi organi «esecutivi» fintanto che all'attuazione della sentenza del giudice costituzionale non provvederà il legislatore. All'attuazione delle sentenze additive è chiamata anche la pubblica amministrazione, laddove il principio di legalità possa essere soddisfatto attraverso norme implicite<sup>12</sup>. In altri casi, in particolare nelle sentenze cosiddette «additive di meccanismo», la Corte costituzionale si preoccupa di precisare che l'attuazione della sua pronuncia è riservata al legislatore<sup>13</sup>.

Le sentenze «additive di principio» quindi, possono contenere anche indicazioni specificamente dirette a regolare la futura attuazione della decisione, ma in tali pronunce all'attuazione non provvede direttamente e immediatamente il giudice costituzionale, che, eventualmente, «minaccia» tale eventualità preannunciando una futura sentenza di «accoglimento secco». In tal senso, come è stato evidenziato, le pronunce «additive di principio» e «additive di meccanismo» esplicano una funzione «compulsiva» ed esprimono, quindi, «una filosofia simile a quella del giudizio di ottemperanza»<sup>14</sup>. Tuttavia, esse non contengono regole di attuazione della dichiarazione di illegittimità costituzionale create direttamente dal giudice costituzionale.

Lo stesso vale per le sentenze cosiddette «sostitutive», cioè per le decisioni con le quali la Corte costituzionale dopo aver determinato un «vuoto» legislativo con la dichiarazione di illegittimità costituzionale, lo colma aggiungendo una regola individuata, peraltro, a «rime obbligate» sulla base delle disposizioni costituzionali e della legislazione vigente<sup>15</sup>.

Il nuovo indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale in determinate costellazioni la Corte costituzionale si reputa investita del compito di assicurare la correzione dell'accertata incostituzionalità anche allorché non sia possibile, a tal fine, individuare una soluzione costituzionalmente obbligata, non pare destinato a soppiantare integralmente il precedente orientamento, secondo il quale alla Corte è consentita la produzione di effetti «additivi» soltanto nei limiti degli effetti conformativi dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale (le cosiddette «rime obbligate»).

Benché sia stata la stessa Corte a prenderne apertamente le distanze, la precisazione ha il significato soltanto di un suo limitato ridimensionamento<sup>16</sup>. Dall'esame della casistica disponibile, infatti, risulta che il giudice costituzionale, finora, ha esercitato il potere di statuire regole dirette ad assicurare la possibilità di realizzazione nei concreti rapporti giuridici degli effetti di garanzia dei diritti costituzionali di cui ha accertato la violazione, soltanto in casi nei quali tali regole siano urgentemente indispensabili ad evitare un danno grave, irreparabile e non altrimenti evitabile ai medesimi diritti.

Particolarmente significativa in tal senso, è la sentenza 40/2019, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in

---

<sup>10</sup> Ancora, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 194.

<sup>11</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 202 ss.

<sup>12</sup> Lo precisa A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 202.

<sup>13</sup> A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 203.

<sup>14</sup> Nei termini indicati nel testo, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit.

<sup>15</sup> A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 198.

<sup>16</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost. sentt. nn. 222/2018, cit.; 40/2019, cit.

materia di disciplina degli stupefacenti) nella parte in cui tale disposizione contempla la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anziché di sei anni. La Corte si cura di precisare, invero, il carattere indifferibile, cioè urgentemente necessario, della regolazione transitoria da essa disposta in provvisoria sostituzione della norma dichiarata incostituzionale, per provvedere a improrogabili esigenze di effettività della tutela, dato che la violazione riscontrata colpisce «diritti fondamentali che non tollerano ulteriori compromissioni» e tenuto conto della sollecitazione già rivolta al legislatore affinché «procedesse *rapidamente*» alla correzione della violazione riscontrata<sup>17</sup>. Il danno grave e irreparabile è del resto in *re ipsa* allorché, l'incostituzionalità colpisca norme penali che contemplano sanzioni privative della libertà personale non proporzionate alla gravità del fatto, come negli altri casi, in precedenza ricordati, nei quali la Corte costituzionale ha fatto uso della competenza in esame.

Analoghe esigenze di urgenza nella correzione della riscontrata incostituzionalità sono state evidenziate dalla Corte costituzionale nell'ordinanza sul cosiddetto «caso Cappato», che ha sollecitato il legislatore a correggere in un breve lasso di tempo l'accertata incostituzionalità, nonché nella sentenza che ha definito il relativo giudizio incidentale di legittimità costituzionale, nel quale venivano in considerazione una pena detentiva incostituzionale perché comminata dalla legge anche a fronte di condotte inoffensive; il dovere costituzionale di proteggere la vita di persone particolarmente vulnerabili, come coloro che coltivano propositi suicidi; il diritto di autodeterminazione di persone colpite da gravissime sofferenze riguardo alla scelta delle modalità di porre fine alla propria esistenza<sup>18</sup>. Si tratta di elementi che rendono evidente l'esistenza di non trascurabili analogie fra la competenza della Corte costituzionale a stabilire le regole indispensabili ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze prive della caratteristica autoapplicatività e, perciò stesso incapaci di rimediare alla violazione della Costituzione, e il potere della Corte di sospendere (anche d'ufficio), in via cautelare, l'esecuzione della legge impugnata nel giudizio in via principale, allo scopo di scongiurare il rischio di danni gravi e irreparabili ai diritti dei cittadini, di pregiudizi irreparabili all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica (art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87), in modo da assicurare gli effetti della futura eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale. Si tratta, invero, in entrambi i casi, di regole provvisorie, strumentali a garantire gli effetti di una decisione di accoglimento della Corte costituzionale e, attraverso di essa, la tutela effettiva dei diritti inviolabili. Prima di approfondire questo aspetto, conviene illustrare un esempio di regole interinali stabilite dal giudice costituzionale. Di esse, la sentenza 242/2019 rappresenta un caso particolarmente significativo.

### *3. Le regole provvisorie dettate dalla Corte costituzionale: la sentenza 242/2019 come caso esemplare*

Nella sentenza 242/2019<sup>19</sup>, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di aiuto al suicidio stabilito dall'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32, c. 2, Cost.,

<sup>17</sup> Corte cost. 40/2019, cit., punto 4.3 della motivazione; corsivo aggiunto.

<sup>18</sup> Cfr. Corte cost. ord. 16 novembre 2018, n. 207, punto 11 della motivazione, che assegna al legislatore un breve termine per provvedere ad assicurare le esigenze di tutela da essa indicate e sottolinea che, per la rilevanza dei valori coinvolti e per le loro peculiari caratteristiche, non potrebbe essere consentito che la norma incriminatrice incostituzionale sia «esposta a ulteriori applicazioni per un periodo di tempo non preventivamente». Successivamente, preso atto dell'inerzia del legislatore, coerentemente, la Corte ha dettato le regole necessarie a correggere l'accertata incostituzionalità, cfr. Corte cost. 242/2019, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

<sup>19</sup> Sulla sentenza 242/2019, cit., M. D'AMICO, *Il «fine vita» davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 1/2020.

nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità indicate dalla stessa Corte, agevola «l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»<sup>20</sup>.

Nella medesima pronuncia la Corte ha stabilito le regole indispensabili al fine di scongiurare i pericoli cagionati dal «vuoto di tutela» conseguente alla cessazione di efficacia della norma incostituzionale, in modo da assicurare la protezione necessaria di persone estremamente vulnerabili, come coloro che coltivano propositi suicidi. La provvisoria «supplenza» della Corte costituzionale si è resa necessaria perché il legislatore non ha risposto alla sollecitazione di apprestare tempestivamente una disciplina legale dell'assistenza al suicidio nei casi in cui l'agevolazione non può essere vietata dalla legge penale<sup>21</sup>.

Le regole dettate dalla Corte costituiscono le condizioni che, nelle more dell'intervento del legislatore, «rendono lecita» l'agevolazione dell'esecuzione del suicidio di chi si trovi nelle situazioni sopra indicate, con la precisazione che esse valgono limitatamente ai fatti successivi alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza in esame. Si tratta delle seguenti condizioni: occorre che siano osservate le specifiche modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017 per quanto riguarda il previo accertamento della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona può richiedere l'aiuto al suicidio<sup>22</sup>; che sia reso possibile il coinvolgimento dell'interessato in un percorso di cure palliative; che una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale verifichi preventivamente l'esistenza delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio e le relative modalità di esecuzione, le quali devono essere tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, garantire la dignità del paziente ed evitare al medesimo sofferenze; deve essere acquisito il previo parere del comitato etico territorialmente competente<sup>23</sup>.

Il giudice costituzionale ha precisato che tali regole «interinali» sono state individuate sulla base di criteri costituzionalmente necessari benché non a contenuto costituzionalmente vincolato e che esse rispondono all'esigenza di assicurare il livello minimo di protezione indifferibile e costituzionalmente doveroso fintanto che la materia non sarà regolata dalla legge. Pertanto, non è pregiudicata la possibilità del legislatore di scegliere differenti regole, purché idonee ad assicurare una protezione adeguata<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte cost. 242/2019, cit.

<sup>21</sup> Monito rivolto dalla Corte al legislatore nell'ordinanza interlocutoria, 16 novembre 2018, n. 207, pronunciata nel medesimo giudizio, cfr. R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.* 2019, 1892 ss.

<sup>22</sup> Tali disposizioni della legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, hanno per oggetto la disciplina relativa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto.

<sup>23</sup> Corte cost. 242/2019, cit., punto 7 della motivazione.

<sup>24</sup> Per l'indicazione di tali condizioni, Corte costituzionale, sentenza 242/2019, cit., punto 5 della motivazione; e punto 4 della motivazione per la precisazione che la Corte ha utilizzato «criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato». Al punto 7 della motivazione, la Corte ha anche precisato che, invece, per i fatti anteriori alla pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* della medesima sentenza «la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata» al fatto che «l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse» da quelle indicate *pro futuro* dal giudice costituzionale, purché «idonee comunque sia ad offrire garanzie sostanzialmente equivalenti» circa la sussistenza delle condizioni in presenza delle quali l'agevolazione dell'esecuzione del suicidio è consentita. Quest'ultima statuizione determina l'area delle condotte lecite per i fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza. Sulle ragioni del doppio regime della non punibilità dell'aiuto al suicidio, rinvio a A. GRAGNANI, *La visione costituzionale del rapporto Stato-individuo sulle questioni del «fine vita» nella sentenza 242/2019 della Corte costituzionale: garanzie sostanziali, ripartizione del potere statale e strumenti processuali*, in G.

La competenza della Corte costituzionale a stabilire le regole indispensabili ad assicurare la correzione dell'accertata situazione di incostituzionalità fin tanto che non vi provvederà il legislatore, ad oggi, trova nella sentenza 242/2019 la sua più compiuta espressione. Invero, la Corte stabilisce una disciplina assai articolata con effetti, al tempo stesso, in materia penale (si tratta, come sopra illustrato, di condizioni di liceità dell'agevolazione del suicidio e, quindi, di una materia oggetto di riserva di legge)<sup>25</sup>, effetti di garanzia di diritti inviolabili (la libertà di autodeterminazione individuale circa le modalità con le quali porre fine alla propria esistenza) e di concretizzazione dell'adempimento di un dovere statale di protezione (il dovere di proteggere il bene fondamentale della vita). Si tratta inoltre, di una disciplina evidentemente creativa, già soltanto per il fatto che, anziché regolamentare l'aiuto al suicidio, il legislatore aveva imposto il divieto della sua agevolazione. Ci si riferisce inoltre, alla scelta della Corte, niente affatto scontata, di introdurre fra i requisiti procedurali, la richiesta del previo parere di un comitato etico, quale organo collegiale terzo munito di adeguate competenze in materia. Per quanto i comitati etici siano già investiti nell'ordinamento di funzioni consultive in relazione a questioni attinenti alla salvaguardia di soggetti vulnerabili, la loro legittimazione nei termini configurati dal giudice costituzionale non può ritenersi ampiamente condivisa. Si pensi alla problematica del cosiddetto «*ethics washing*», con il dubbio, fra gli altri, che la previsione di simili pareri possa rappresentare una via di fuga dal bisogno di regolamentazione<sup>26</sup>.

Al tempo stesso, sempre per la natura dei diritti coinvolti — la libertà di autodeterminazione di persone in stato di grave sofferenza, l'esigenza di proteggere persone vulnerabili come coloro che coltivano propositi suicidari, la libertà personale di chi agevola l'altrui suicidio nei casi consentiti — la sentenza 242/2019 illustra in modo esemplare il rischio di pregiudizi gravi e irreparabili connessi al vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale. Di qui l'indifferibilità di regole interinali.

#### *4. Il potere del giudice costituzionale di dettare regole interinali vincolanti erga omnes: analogie con i provvedimenti cautelari regolativi*

Come anticipato, la regolamentazione transitoria disposta dal giudice costituzionale per correggere l'accertata incostituzionalità e, quindi, per assicurare gli effetti delle sentenze di accoglimento nonostante l'inerzia legislatore indolente ai moniti del giudice costituzionale, nonché per assicurare una gestione delle conseguenze delle medesime decisioni in armonia con i principi costituzionali, presenta rilevanti analogie sotto il profilo funzionale con la tutela cautelare. In entrambi i casi, le misure disposte dalla Corte costituzionale hanno contenuto regolativo, carattere interinale e perseguono lo scopo di evitare danni gravi, irreparabili e non altrimenti evitabili ai diritti costituzionali.

Le analogie sono emerse da tempo nell'esperienza tedesca, dove la legge processuale attribuisce al Tribunale costituzionale federale sia la competenza a determinare nella sua decisione chi la esegue e a regolare nel dettaglio il modo e la maniera dell'esecuzione (§ 35

---

D'Alessandro-O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>25</sup> Nel senso che le norme di giustificazione sono soggette «a quelle stesse garanzie di monopolio legislativo e di determinatezza che assistono le norme incriminatrici, sulla base dell'ovvia considerazione che anche la norma giustificativa concorre comunque e pariteticamente con quella incriminatrice alla configurazione dei confini tra lecito ed illecito», F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 3 ss.

<sup>26</sup> Sulla controversa legittimazione dei comitati etici, da ultimo, T. WISCHMEYER–E. HERZOG, *Digitale Ethik in der Demokratie*, in *Juristen Zeitung*, 2019, 696 ss.

*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*), sia un ampio potere cautelare, che contempla la possibilità di «regolare provvisoriamente una situazione attraverso un provvedimento provvisorio, qualora ciò si imponga con urgenza per evitare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo in vista del bene comune» (§ 32 *BVerfGG*)<sup>27</sup>. Non a caso, negli anni Sessanta, autorevole dottrina aveva suggerito di appoggiare il potere regolativo esercitato dal Tribunale costituzionale federale non sul § 35 *BVerfGG*, bensì sul § 32 della medesima legge, che prevede espressamente la competenza del giudice costituzionale a dettare regole vincolanti con effetti generali *pro futuro*<sup>28</sup>.

Nonostante la ritrosia mostrata dalla Corte costituzionale nella concessione di provvedimenti cautelari aventi per oggetto leggi e atti aventi forza di legge, proprio la disciplina del relativo potere nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, prevista dall'art. 35, l. 87/1953<sup>29</sup>, è indice di una concezione legislativa del compito di garanzia affidato alla Corte costituzionale in linea con quella rivendicata dalla Corte riguardo alla tutela dei diritti dal rischio di pregiudizi gravi e irreparabili che derivino dal mancato seguito legislativo alle sentenze di accoglimento prive del carattere dell'auto-applicatività. Si intende dire, che in mancanza di un fondamento normativo esplicito della «nuova» competenza esercitata dalla Corte, la previsione della tutela cautelare avvalorata, sul piano dell'espresso diritto positivo, la sua legittimazione a svolgere un analogo compito di garanzia<sup>30</sup>, a maggior ragione, allorché le analoghe esigenze di tutela si presentino anche successivamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, perché il legislatore non provvede a correggere l'incostituzionalità già accertata dal giudice costituzionale. Invero, se nel caso della tutela cautelare i pregiudizi gravi e irreparabili, generalmente, sono soltanto temuti, poiché l'esistenza della lamentata violazione della Costituzione è ancora incerta, nel caso delle regole interinali dirette ad assicurare l'attuazione delle sentenze di accoglimento, la violazione della Costituzione è già accertata.

D'altra parte, la circostanza, che per adempiere al compito di evitare danni gravi e irreparabili ai diritti costituzionali, il legislatore si sia limitato a prevedere la misura della sospensione cautelare della legge è dipesa dalla scarsa consapevolezza delle problematiche della tutela cautelare nella giustizia costituzionale, emersa anche sotto altri profili<sup>31</sup>, non, invece, da una scelta limitativa dei poteri regolativi del giudice costituzionale. La sospensione di atti normativi, infatti, produce sempre inevitabilmente effetti regolativi poiché determina, provvisoriamente, la sostituzione della disciplina sospesa con le regole previgenti o con una situazione priva di qualsiasi regolamentazione.

---

<sup>27</sup> Sulle analogie riscontrate nell'esperienza tedesca fra le regole dirette ad assicurare la correzione dell'incostituzionalità, disposte dal giudice costituzionale sul fondamento (non incontestato) del § 35 *Bundesverfassungsgericht* e la regolamentazione transitoria dal medesimo disposta nell'esercizio del potere cautelare disciplinato dal § 32 *BVerfGG*, W. FRENZ, *Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1993, 248 ss.; S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Lang, Frankfurt am Main, 1997; sul punto, riferimenti in A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2019. Sulla tutela cautelare nell'esperienza di giustizia costituzionale italiana e tedesca, A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 157 ss., più ampiamente, *Id.*, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma, 2012.

<sup>28</sup> Cfr. E. KLEIN, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, in *Juristen Zeitung*, 1966, 461 ss.

<sup>29</sup> A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare*, cit., *Id.*, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., 321 ss.; P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 2008; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2009.

<sup>30</sup> La verifica della legittimazione della Corte costituzionale non soltanto sulla base di elementi di diritto positivo ma anche alla stregua dei requisiti costituzionali relativi alla sua attività, sarà svolta al § 6.

<sup>31</sup> Come risulta, fra l'altro, dalla sorprendente previsione di un termine dilatorio per l'adozione di una misura urgente, cfr. art. 35 l. 87/1953, cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit.

Se la disciplina del potere cautelare nel giudizio in via principale vale a confermare la legittimazione del giudice costituzionale a dettare le regole provvisorie indispensabili per l'urgenza di evitare danni gravi e irreparabili ai diritti costituzionali, la medesima finalità segna anche i limiti nei quali la ripartizione del potere statale fra Corte costituzionale e legislatore tollera la provvisoria sostituzione<sup>32</sup>. Se, infatti, la Corte potesse sostituirsi al legislatore nel compimento di qualsiasi scelta discrezionale necessaria a determinare le modalità per rimuovere una violazione della Costituzione, la Corte diventerebbe una terza Camera, sussidiaria al Parlamento<sup>33</sup>.

Conviene ora esaminare la «nuova» competenza della Corte costituzionale in rapporto al compito di tutela giurisdizionale dei diritti affidato ai giudici comuni e poi individuare i limiti che il potere regolativo rivendicato dalla Corte costituzionale incontra per l'esigenza di rispettare le prerogative del legislatore.

##### *5. Le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e il compito di tutela giurisdizionale affidato ai giudici comuni*

La descritta estensione del compito di garanzia della Corte costituzionale non determina indebite sovrapposizioni rispetto alla funzione di tutela dei diritti affidata ai giudici comuni. Invero, questi ultimi, per liberarsi dalla soggezione a leggi o a omissioni legislative incostituzionali, sono tenuti a promuovere l'incidente di legittimità costituzionale e ad attendere la pronuncia della Corte costituzionale, nonché, se del caso, le disposizioni legislative necessarie per la sua attuazione, salvo che siano «delegati» da una sentenza «additiva di principio» a individuare, *medio tempore*, la regola da applicare al caso concreto. Quest'ultima eventualità, tuttavia, non sempre è praticabile, come espressamente precisato dalla Corte costituzionale<sup>34</sup>. La medesima evenienza è esclusa, in particolare, se ricorrono di inderogabili esigenze di uniformità e certezza del diritto, come tipicamente nel diritto penale<sup>35</sup>. Del resto, ciò vale, corrispondentemente, nell'ambito della tutela cautelare, dove i giudici comuni dispongono di poteri cautelari adeguati ad assicurare la tutela urgente in presenza di rischi di pregiudizi gravi e irreparabili ai diritti costituzionali. Tuttavia, a rigore, tali poteri incontrano un limite insuperabile in presenza di esigenze cautelari anticipatorie fondate sull'ipotesi di incostituzionalità della legge o di un'omissione legislativa, allorché i provvedimenti cautelari necessari producano effetti irreversibili anche *pro futuro*. Nelle medesime costellazioni, invero, si rende necessario un intervento del giudice costituzionale diretto ad evitare il rischio di pregiudizi gravi e irreparabili ai diritti costituzionali.

##### *6. Legittimazione della Corte costituzionale a dettare regole interinali, loro presupposti e limiti a salvaguardia delle prerogative del legislatore*

Le regole interinali dettate dalla Corte costituzionale determinano un'incidenza significativa in un compito proprio del legislatore. Non si tratta di una forma di ingerenza indebita, ma di una provvisoria interferenza resa necessaria proprio dall'inerzia del legislatore che non intende assicurare tempestivamente la realizzazione degli effetti della dichiarazione di illegittimità

---

<sup>32</sup> Sul punto si rinvia al § 6.

<sup>33</sup> Su questo pericolo, R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, cit.

<sup>34</sup> Cfr. ad esempio, Corte cost. 19 maggio 1993, n. 243, annotata da A. ANZON, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993, 1785 ss.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost. 242/2019, cit.

costituzionale<sup>36</sup>. Non è dunque il giudice costituzionale a intralciare la realizzazione delle prerogative del legislatore ma, al contrario, un comportamento di quest'ultimo, che rischia di pregiudicare l'autonomia funzionale della Corte costituzionale.

Attraverso la disciplina provvisoria, la Corte si limita ad assicurare i presupposti necessari per adempiere al proprio compito di garanzia della Costituzione che, altrimenti, sarebbe facilmente messo fuori gioco dall'inerzia del legislatore.

La caratteristica provvisorietà delle regole dettate dal giudice costituzionale conserva intatta la possibilità del legislatore di esercitare le sue prerogative in qualsiasi momento, salvi soltanto i limiti alla retroattività della legge stabiliti dalla Costituzione, nei quali, peraltro, la eventuale futura disciplina legislativa si imbatterebbe inevitabilmente.

Conseguentemente, le medesime regole assicurano l'autonomia funzionale — elemento chiave dell'odierna concezione del principio di separazione dei poteri — sia riguardo alla Corte costituzionale che al Parlamento<sup>37</sup>.

Se si condivide una concezione funzionalmente unitaria del potere statale orientata alla garanzia dei diritti costituzionali e, quindi, si riconosce che il principio di ripartizione del potere statale ammette interferenze funzionali che non si risolvano in espropriazioni della competenza di altri organi costituzionali, la regolamentazione provvisoria disposta dalla Corte costituzionale non risulta problematica nei limiti in cui essa sia urgentemente necessaria ad evitare gravi pregiudizi ai diritti costituzionali. Anzi, nelle situazioni in cui è urgente superare un vuoto di protezione conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale ovvero imputabile a un'omissione legislativa e alla persistente inerzia del Parlamento, alla luce del principio di adeguatezza funzionale<sup>38</sup>, che rappresenta un canone sussidiario di interpretazione del principio di separazione dei poteri, il giudice costituzionale risulta l'organo più adeguato a provvedere tempestivamente a tali indifferibili esigenze di garanzia dei diritti costituzionali attraverso regole transitorie, allorché esigenze di uniformità e certezza della disciplina non consentano che sia ciascun giudice comune a individuare una regola per il caso concreto.

Quanto alla valutazione del momento temporale che legittima l'intervento del giudice costituzionale in un ambito funzionale proprio del Parlamento, essa dipende dalla concretizzazione di concetti ad altissimo grado di astrazione, come lo sono il requisito dell'urgenza, espresso nelle parole della Corte attraverso l'assoluto rigore terminologico dell'«indifferibilità», nonché il requisito della gravità del pregiudizio, tale da giustificare la provvisoria compressione del valore attribuito dalla Costituzione alle prerogative di scelta del Parlamento.

Resta ora da verificare la legittimazione della Corte costituzionale alla statuizione delle regole interinali in esame, vincolanti *erga omnes* e *pro futuro* con i requisiti richiesti dalla connotazione in senso lato giurisdizionale delle sue funzioni, stabilita dalle disposizioni costituzionali e ordinarie che ne disciplinano il funzionamento.

---

<sup>36</sup> Sul tema sono di particolare interesse e attualità le considerazioni di A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, c. 117 ss.

<sup>37</sup> Sui risvolti dell'intuitivo concetto di autonomia funzionale, quale componente aggiuntiva del classico modo di intendere il principio di ripartizione dei poteri statali, D. GRIMM, *Stufen der Rechtsstaatlichkeit*, in *Juristen Zeitung*, 2009, 596 ss.

<sup>38</sup> Sul canone di adeguatezza funzionale, R. A. LORZ, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001. Sul principio di adeguatezza come parametro di decisione è di particolare interesse la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, ad esempio *BVerfGE*, 68, 1, 86; sul tema per ulteriori precisazioni con riferimento all'esperienza tedesca, A. GRAGNANI, *La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale: il comunicato-stampa «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» e il canone di «adeguatezza funzionale»*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2014 (13.01.14)



Punto di partenza di ogni valutazione in merito è la constatazione che le medesime regole rappresentano un'attività creativa, in senso proprio<sup>39</sup>. La problematica in esame, dunque, è diversa da quella risalente, sollevata dalla natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione del giudice<sup>40</sup>.

La creatività delle medesime regole non implica, peraltro, che esse siano necessariamente manifestazioni di volontà politica, ciò che le renderebbe incompatibili con i requisiti costituzionali di legittimazione del giudice costituzionale.

Ad escludere tale connotazione, vale, innanzitutto, la considerazione che le regole interinali dettate dal giudice costituzionale non sono creazioni del tutto libere. Non lo sono nella loro provvisorietà, nell'iniziativa, nella finalità perseguita e nel contenuto. Elementi tutti, che nonostante la loro efficacia generale e anche *pro futuro*, le mantiene collegate a una specifica dichiarazione di illegittimità costituzionale. Non si tratta, quindi, della disciplina di un'astratta classe di rapporti stabilita dalla Corte costituzionale. Si tratta, piuttosto, di regole occasionate da un particolare giudizio di legittimità costituzionale promosso dinanzi alla Corte e sono regole finalizzate ad assicurare la tutela indifferibile di diritti costituzionali dalle violazioni *ivi* riscontrate. Inoltre, il loro contenuto deve essere limitato a quanto strettamente necessario per assicurare gli effetti della sentenza di accoglimento ed eventualmente per regolarli in modo da evitare che essi diano luogo a una situazione di più grave incostituzionalità<sup>41</sup>. Si aggiunge nella stessa direzione, l'esigenza, per quanto possibile<sup>42</sup>, che le medesime regole siano ispirate alle concezioni regolative espresse dalla legislazione vigente. Non si tratta, dunque, di regole paragonabili all'esercizio della funzione legislativa.

Non appare problematica, infine, rispetto ai requisiti costituzionali di legittimazione della Corte costituzionale, la circostanza che si tratti di regole che reclamano un valore vincolante con effetti generali e non di mero precedente giurisprudenziale. In proposito, la tradizionale idea, secondo la quale l'applicazione della legge al caso concreto costituirebbe il tratto distintivo dell'attività giurisdizionale deve tenere conto che l'efficacia generale e anche *pro futuro* delle decisioni del giudice costituzionale è prevista dalla stessa Costituzione<sup>43</sup>.

Pertanto, la competenza della Corte costituzionale a dettare le regole interinali indispensabili per l'indifferibile necessità di evitare danni gravi, irreparabili e non altrimenti evitabili derivanti dalla violazione della Costituzione, allorché la dichiarazione di illegittimità costituzionale non sia auto-esecutiva ma richieda scelte discrezionali del legislatore circoscritte alle modalità di garanzia dei diritti costituzionali, è compatibile con il principio di ripartizione del potere statale e rientra nel compito di garanzia affidato alla Corte, a condizione che si mantenga nei rigorosi limiti sopra esaminati<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Sulla distinzione fra attività creative del diritto e creatività immanente all'interpretazione, oltre al sempre attuale contributo di A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale*, cit., è di notevole interesse il saggio di C. CASTRONOVO, *L'aporia fra ius dicere e ius facere*, in *Europa e dir. privato*, 2016, 981 ss.

<sup>40</sup> Sul tema, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, 391 ss.

<sup>41</sup> Sul tema, A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale*, cit., specialmente c. 123 ss.;

<sup>42</sup> Vale a dire nei limiti di compatibilità con la Costituzione.

<sup>43</sup>A. VORBUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG (diss.)*, München, 1993, 75 ss.

<sup>44</sup> Per un'apertura all'esercizio della «nuova» competenza della Corte costituzionale, M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul 'caso Cappato'*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2019.

Con la precisazione che si tratta di un potere-dovere della Corte costituzionale, non certo, ovviamente, di una sua facoltà discrezionale<sup>45</sup>.

### 7. Conclusioni e prospettive

La competenza del giudice costituzionale a dettare le regole interinali indispensabili per assicurare l'indifferibile correzione dell'accertata incostituzionalità trova un implicito fondamento nelle disposizioni costituzionali che le attribuiscono il compito di garantire la Costituzione. I giudizi di legittimità costituzionale, infatti, non si esauriscono in una semplice attestazione relativa all'illegittimità costituzionale della legge ma sono diretti a rendere possibile la garanzia dei diritti e degli interessi costituzionali nei reali rapporti giuridici, come attesta la scelta della via incidentale, come canale ordinario di accesso alla giustizia costituzionale. In tal senso, inoltre, il compito di garanzia della Costituzione è stato interpretato, fra l'altro, dalla disciplina del potere di sospensione cautelare della legge, che produce inevitabilmente effetti normativi interinali sulla base di indifferibili esigenze di tutela dei diritti e degli interessi costituzionali, con la finalità di assicurare gli effetti della sentenza di illegittimità costituzionale, analogamente al «nuovo» potere regolativo esercitato dalla Corte costituzionale.

Per le ragioni illustrate la «nuova» competenza è necessaria al funzionamento della Corte costituzionale (art. 137, comma 2, Cost.). La circostanza che soltanto di recente ne sia stata avvertita l'esigenza si spiega con il mutamento del contesto storico nel quale la Corte è chiamata a svolgere il suo compito<sup>46</sup>, con la parallela accresciuta rilevanza delle differenti funzioni di garanzia dei diritti costituzionali, fra le quali, è sensibilmente aumentata la domanda di tutela delle dimensioni che richiedono l'attivazione del potere legislativo piuttosto che la sua limitazione. Si tratta, di frequente, di bisogni di protezione che derivano dallo sviluppo scientifico e tecnologico, che richiede, per l'appunto, di essere regolato dal legislatore affinché siano salvaguardati i diritti costituzionali. Esempio il «rischio di sopravvivenza»<sup>47</sup> causato dai progressi della scienza medica «spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali». Dalla mancanza di una disciplina adeguata a fronteggiare tale rischio, infatti, ha avuto origine il noto «caso Cappato», che ha occasionato la regolamentazione dettata dalla Corte costituzionale nella sentenza 242/2019<sup>48</sup>. Del resto, la storia delle varianti decisorie delle questioni di legittimità costituzionale è, in effetti, anche la storia dei bisogni di garanzia dei diritti costituzionali, basti pensare all'ampia categoria delle sentenze «additive», «di principio», «di prestazione», «di meccanismo».

Si aggiunge un'accresciuta sensibilità per la garanzia effettiva dei diritti costituzionali. In tal senso si spiegano le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale in sostituzione di sanzioni

---

<sup>45</sup> Sull'esigenza che la Corte costituzionale assicuri il proprio compito di garanzia, P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, cit., in particolare, nel passaggio citato al § 1.

<sup>46</sup> Cfr. E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni immagine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 777 ss.

<sup>47</sup> L'espressione citata è di B. MAGRO, *The Last Dance. Riflessioni a margine del c.d. Caso Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2019, 10. Sul punto, A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, cit.

<sup>48</sup> Corte cost. ord. 16 novembre 2018, n. 207, punto 8 della motivazione.

privative della libertà personale, incostituzionali perché non proporzionate all'offensività delle condotte<sup>49</sup>.

Resta ferma l'esigenza di una disciplina legislativa che regoli la «nuova» competenza esercitata dalla Corte costituzionale, che, peraltro, non è da attendere in tempi prevedibili.

Alla condizione che siano rispettati i rigorosi presupposti di indifferibilità dell'intervento regolativo, i limiti di scopo e di contenuto sopra esaminati, la «nuova» competenza della Corte è compatibile con il principio di ripartizione del potere statale, se inteso secondo una concezione funzionalmente unitaria dei poteri, orientata alla garanzia dei diritti costituzionali e attenta all'integrità funzionale di ciascun organo costituzionale, compresa la Corte costituzionale, che non faceva parte dello schema classico del principio di separazione dei poteri, sicché la sua presenza richiede rilevanti aggiustamenti del modello originario<sup>50</sup>.

Se tutte le considerazioni svolte consentono di comprendere e giustificare come doveroso l'esercizio della «nuova» competenza della Corte costituzionale, tuttavia, non valgono a rendere innocuo e reiterabile di frequente, senza inconvenienti, il conseguente provvisorio spostamento di potere dal Parlamento al giudice costituzionale.

Non è trascurabile, in particolare, il rilievo che il carattere realmente interinale delle regole stabilite dalla Corte costituzionale è sottratto al suo controllo e dipende, in definitiva, dalla lealtà del Parlamento nel dare seguito ai moniti della Corte e alle dichiarazioni di illegittimità costituzionale.

L'insidia maggiore è rappresentata dal rischio che il legislatore «approfitti» dell'attuazione «minimalista» offerta dalla disciplina stabilita dal giudice costituzionale per scansare la responsabilità politica di questioni divisive.

---

<sup>49</sup> Per un quadro approfondito della profonda evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia penale, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino 2019, *passim*.

<sup>50</sup> Cfr. A. VORBUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter*, cit., 33 ss.



**ANNA MARIA NICO**  
**La Corte costituzionale quale giudice dell'ottemperanza**

SOMMARIO: 1. Il Giudice delle leggi dinanzi all'inerzia amministrativa. – 2. La rilevanza del giudicato costituzionale e la violazione dell'art. 136 Cost. – 3. Il principio di legalità e la idoneità dell'inerzia amministrativa a preservare o ripristinare gli effetti della legge dichiarata incostituzionale. – 4. L'obbligo di provvedere dello Stato e il silenzio illegittimo che ostacola il procedimento amministrativo.

*1. Il Giudice delle leggi dinanzi all'inerzia amministrativa.*

Fra i temi studiati da Pasquale Costanzo, al quale mi lega un profondo senso di riconoscenza per gli insegnamenti da lui ricevuti nel tempo, quello che, più di altri, ha contribuito a suscitare in me un particolare interesse è il saggio che ricostruiva la giurisprudenza della Corte costituzionale e le riflessioni dottrinali sul c.d. giudicato costituzionale con particolare riguardo ai suoi effetti sul Parlamento e sui giudici<sup>1</sup>. Si tratta di un argomento che ho avuto modo di approfondire anche in passato e sul quale, in questo breve lavoro, intendo tornare. Le riflessioni svolte in quella sede traevano spunto dalle sentenze additive pronunciate dal Giudice delle leggi i cui riflessi incidevano sulla pubblica amministrazione. In questo caso, il *terminus a quo* è una sentenza su un conflitto di attribuzioni con la quale la Corte ha obbligato l'Amministrazione a provvedere in base ad una previa declaratoria d'illegittimità della legge, il cui giudicato ne costituiva il presupposto.

Ed è questa la questione affrontata dalla Corte costituzionale da ultimo con la sentenza n. 57/2019 la quale ha deciso un conflitto di attribuzioni sollevato da una Regione in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità di una legge statale (*rectius*: decreto-legge convertito in legge) su un giudizio a sua volta promosso in via principale. Al giudicato costituzionale (sent. n. 13/2017) lo Stato non aveva dato seguito serbando un silenzio su una istanza con la quale la Regione chiedeva l'esecuzione amministrativa derivante dall'annullamento della legge.

La decisione in parola dispone su quanto (non) accaduto dopo la dichiarazione di illegittimità della legge e per ciò offre una lettura della funzione della Corte che non si limita ad epurare l'ordinamento giuridico dalle disposizioni incostituzionali, bensì si spinge a verificare il seguito "concreto" delle proprie pronunce. E mentre nel giudizio incidentale, che geneticamente ha origini concrete, il giudice *a quo* è il diretto destinatario delle decisioni di illegittimità costituzionale della legge, nel giudizio introdotto in via principale, invece, il seguito delle decisioni è rimesso all'autorità (statale o regionale) che subisce la dichiarazione di incostituzionalità. La decisione sul conflitto di attribuzioni apre, quindi, uno scenario di non poco conto considerato che attraverso tale giudizio la Corte costituzionale ha indossato le vesti del giudice dell'ottemperanza.

Infatti, il giudizio in questione ha consentito alle parti del processo "principale" di non trovarsi sprovviste di tutela dinanzi ad "uno degli elementi sintomatici della lesione del legittimo affidamento" che "è la «rottura» di una pronuncia giurisdizionale avente forza di giudicato", laddove il diritto processuale costituzionale<sup>2</sup> non prevede un rimedio *ad hoc* dinanzi alla inerzia del

---

<sup>1</sup> Si fa riferimento al lavoro di P. COSTANZO, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di «Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su tema di perdurante attualità)*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 214 ss.

<sup>2</sup> Sulle implicazioni delle regole processuali cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3011 ss.; ID, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima*

soggetto competente a dare esecuzione ad una sentenza del Giudice costituzionale. Peraltro, non può non sottacersi che il seguito delle decisioni costituzionali ha differenti destinatari e, conseguentemente, diverse implicazioni in quanto esse si rivolgono al legislatore, laddove incidono su una disposizione di legge, o all'Amministrazione qualora la legge incisa dalla Corte necessiti di esecuzione o attuazione amministrativa, o, ancora, ai giudici specialmente qualora si tratti di dare un seguito alle decisioni di accoglimento, con particolare riferimento alle manipolative.

In realtà l'inerzia legislativa innanzi ad una decisione della Corte costituzionale ha trovato nel tempo soluzioni differenti. Ad esempio, nella recente decisione sul caso Cappato (sent. n. 242/2019) l'inerzia del legislatore è stata "gestita" attraverso una ordinanza (ord. n. 207/2018) con la quale il Giudice delle leggi invece di adottare una "dichiarazione di inammissibilità delle questioni accompagnata da un monito al legislatore per l'introduzione della disciplina necessaria, alla quale dovrebbe fare seguito, nel caso in cui il monito resti senza riscontro, la declaratoria di incostituzionalità", ha ritenuto, facendo leva sui «propri poteri di gestione del processo costituzionale», di rinviare ad altra udienza la trattazione della causa fissando un termine al Parlamento per provvedere. La Corte, in sostanza, si è riservata la possibilità di decidere definitivamente sulla questione laddove il Parlamento non fosse intervenuto. E così è stato: *transeat*.

La decisione oggetto delle presenti riflessioni, invece, investe profili soggettivi e oggettivi differenti in quanto alla dichiarazione di illegittimità della legge è seguita l'inerzia dell'autorità amministrativa che avrebbe dovuto agire adottando gli atti conseguenti.

## 2. La rilevanza del giudicato costituzionale e la violazione dell'art. 136 Cost.

Con la sentenza<sup>3</sup> in questione, la Corte ha toccato nel merito molteplici profili, il primo dei quali ha riguardato la rilevanza del giudicato costituzionale e la violazione dell'art. 136 Cost.

In particolare, il Giudice delle leggi ha messo in immediata correlazione il valore del giudicato costituzionale e la violazione dell'art. 136 della Costituzione precisando in proposito che esso, il giudicato, rileva nei conflitti di attribuzione anche se la sentenza è riferita alla dichiarazione di illegittimità di una legge. La Corte, quindi, ha operato un richiamo espresso ad alcuni suoi precedenti, con i quali ha più volte stigmatizzato le ipotesi in cui il Parlamento invece di dare seguito alle sentenze ha direttamente o indirettamente riprodotto le norme violando il giudicato costituzionale (Corte cost. sent. n. 350 del 2010) ed ha ribadito che "sull'art. 136 Cost. «poggia il contenuto pratico di tutto il sistema di garanzie costituzionali, in quanto esso toglie immediatamente ogni efficacia alla norma illegittima», senza possibilità di «compressioni od incrinature nella sua rigida applicazione» (sentenza n. 73 del 1963)". Questo comporta per il legislatore, statale e regionale, l'obbligo di «accettare la immediata cessazione dell'efficacia giuridica della norma illegittima, anziché prolungarne la vita» (sentenza n. 223 del 1983).

Vi è da dire che dagli anni '60 in poi la dottrina ha più volte affrontato il tema e le problematiche relative al giudicato costituzionale<sup>4</sup>, giungendo alla conclusione, in estrema sintesi,

---

*"politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2017, spec. 10 ss.

<sup>3</sup> In proposito E. FURNO, *La Corte costituzionale impone l'obbligo del rispetto del giudicato costituzionale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 169/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 3.9.2015.

<sup>4</sup> Cfr. C. MORTATI, *In tema di legge ingiusta*, in *Giur. cost.*, 1960, 147; C. ESPOSITO, *«Inesistenza» e «illegittima esistenza» di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme*

che le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, per loro natura, dovessero ottenere, nella fase di esecuzione, il medesimo trattamento riservato alle sentenze degli altri organi giurisdizionali<sup>5</sup> e che quindi dovessero essere ottemperate dal legislatore e dai giudici<sup>6</sup>.

Conclusioni, queste ultime, che trovano fondamento in diversi elementi quali, tra i tanti, la natura costitutiva delle sentenze di accoglimento (che, in quanto determinano l'annullamento di una legge o di una sua parte, concretano una modifica dell'ordinamento giuridico), la loro efficacia *erga omnes* e gli effetti sostanzialmente *ex tunc*, il loro valore formale di cosa giudicata in virtù della inoppugnabilità prevista dall'art. 137 Cost.<sup>7</sup>, nonché di giudicato sostanziale, "consistente nell'immutabilità, ossia, nella insuscettibilità di modificazione nel tempo di quanto accertato nella sentenza" di accoglimento della Corte<sup>8</sup>, la quale sarebbe per eccellenza "il giudicato" intangibile in quanto costituisce il risultato di un giudizio che trae origine da una disciplina costituzionale<sup>9</sup>.

Ed è su tale ultimo profilo che la Corte costituzionale ha poggiato il costrutto della sentenza. Infatti, al punto 6.1. del considerato in diritto, la Consulta ha rigettato l'eccezione dell'Avvocatura secondo la quale il conflitto di attribuzione sarebbe inammissibile per la pendenza di un giudizio innanzi all'autorità giurisdizionale avente ad oggetto lo stesso silenzio dell'Amministrazione, ritenendola infondata in quanto nella fattispecie *de qua* sussisterebbe il "tono costituzionale" del contenzioso per la violazione delle norme attributive di competenza costituzionale regionale. Il tono costituzionale del conflitto, in realtà, troverebbe conferma per *tabulas* nella lesione già accertata con la declaratoria di illegittimità della legge statale e, di conseguenza, la violazione

---

*organizzative?*, ivi, 330, ss.; G. U. RESCIGNO, *Sanatoria ope legis di atti invalidi – Reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1962, 1247 ss.; A. BARBERA, *Giudicato costituzionale e poteri del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1963, 610 ss.; E. CHELI, *Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale*, ivi, 599 ss.; V. CRISAFULLI, *Riproduzione o conferma di norme dichiarate incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1966, 1108 ss.; A. PIZZORUSSO, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss.; C. ESPOSITO, *Considerazioni sulla morte del solve et repete (osservazione alla sentenza n. 21 del 1961 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1961, 142 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di questioni consequenziali alla pronuncia d'illegittimità costituzionale di un principio generale*, in *Giur. cost.*, 1961, 1374 ss.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 6.3.2012 e, ancora, A. LOLLO, A. MORELLI, *Vincolo del giudicato costituzionale e ruolo della Corte*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 11.5.2011. Con specifico riferimento al legislatore, questa volta regionale, cfr. C. MAINARDIS, *Sull'esecuzione delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo)*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)* 2012.

Con riguardo ai profili più generali si rinvia a F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002; D. NOCILLA, *Reiterazione d'illegittima conferma degli effetti di disposizione dichiarata incostituzionale e violazione del giudicato*, in *Giur. it.*, 2013, 1756 ss.; S.M. CICONETTI, *Conversione in legge mascherata e violazione del giudicato costituzionale*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2013. Di diverso avviso P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 59 ss.

<sup>6</sup> Cfr. F. FENUCCI, *Giudicato implicito ed impliciti effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, 1990.

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 29 del 1998. A questo proposito non è inutile rammentare che parte della dottrina ritiene che l'art. 137 impedisca soltanto di impugnare la decisione della Corte costituzionale dinanzi ad altra autorità giurisdizionale, ma non anche di "riportare" –sia pure a certe condizioni- la stessa decisione nuovamente all'esame della Corte costituzionale, la quale, del resto, in più di un'occasione non solo ha offerto l'interpretazione autentica di proprie precedenti decisioni, ma ha anche operato correzioni non semplicemente materiali, bensì addirittura novative. Per ulteriori ragguagli sul punto cfr. A. BONOMI, *Le questioni di legittimità costituzionale relative a disposizioni su cui è già intervenuta sentenza di accoglimento: aspetti problematici*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 26.11.2016.

<sup>8</sup> Secondo G. FALZONE, *Sull'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 446, "il carattere preclusivo o proibitivo tipico della cosa giudicata sostanziale, consistente nella immutabilità ossia nella insuscettibilità di modificazione nel tempo di quanto accertato nella sentenza (...), poiché implica l'affermazione autoritativa e la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge, dovrebbe impedire l'eventuale successiva emanazione di un atto legislativo che abbia l'eguale contenuto incostituzionale della legge che ha già formato oggetto della sentenza costituzionale".

<sup>9</sup> In tal senso, G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir., ad vocem*, Milano, 1987, 521.

andrebbe ricondotta alle attribuzioni costituzionali e non ad “un atto meramente illegittimo (la tutela dal quale è apprestata dalla giurisdizione amministrativa)” (Corte cost. sent. n. 260/2016). In sostanza, una attività amministrativa che non tenesse conto della sentenza della Corte determinerebbe comunque una violazione del giudicato costituzionale perché prolungherebbe gli effetti della legge dichiarata illegittima.

### 3. Il principio di legalità e la idoneità dell'inerzia amministrativa a preservare o ripristinare gli effetti della legge dichiarata incostituzionale.

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, l'efficacia preclusiva del giudicato “opera nei confronti del legislatore e «riguarda ogni disposizione che intenda “mantenere in piedi o [...] ripristinare, sia pure indirettamente, [...] gli effetti di quella struttura normativa che aveva formato oggetto della [...] pronuncia di illegittimità costituzionale”, ovvero che “ripristinare o preservi l'efficacia di una norma già dichiarata incostituzionale”». “Ebbene ciò è quanto, attraverso il comportamento omissivo dello Stato, si è verificato nel caso in esame, atteso che la dichiarazione di illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 13 del 2017 ha fatto venir meno il fondamento legislativo del silenzio serbato dallo Stato” (punto 11 del cons. diritto).

Da quanto sopra detto ne consegue che, secondo la Corte costituzionale, il non provvedere da parte dell'Amministrazione, come avvenuto nella specie, o l'adozione di un provvedimento, oppure la conservazione di un provvedimento amministrativo che non tiene conto della declaratoria di annullamento di una legge, ripristinano “di fatto l'efficacia della norma censurata” (punto 11.1. del Cons. diritto).

Gli effetti sul seguito “amministrativo” derivano, o conseguono, infatti, a loro volta dagli effetti che la sentenza della Corte ha già avuto sulla legge, nel senso che dall'annullamento di questa scaturiscono delle conseguenze, peraltro non sempre automatiche, sugli atti amministrativi. In virtù degli effetti *mediati* e non *diretti* della decisione della Corte e considerato “che l'ordinamento giuridico non può tollerare che atti fondati su una legge la cui illegittimità costituzionale sia stata accertata continuino indisturbati la loro vita giuridica”<sup>10</sup>, sia nell'ipotesi dell'inesecuzione “spontanea” dell'Amministrazione, sia nel caso in cui l'atto sia divenuto inoppugnabile per decorrenza dei termini decadenziali ma ancora produttivo di effetti, devono comunque ipotizzarsi dei rimedi per porre termine all'antigiuridicità che permane nell'ordinamento giuridico<sup>11</sup>.

Il caso esaminato dalla Corte costituzionale contempla l'ipotesi in cui alla dichiarazione di illegittimità della legge debba far seguito una attività dell'amministrazione per il ripristino dell'ordine costituzionale violato. Il silenzio, invece, determinerebbe di fatto una sopravvivenza degli effetti della legge caducata.

L'obbligo dell'autorità amministrativa di adeguarsi al *dictum* che si ricava dalla decisione di accoglimento della Corte discende dall'insieme della c.d. “Costituzione amministrativa”, ovvero, più in particolare dagli artt. 54 e 97 della Costituzione, nonché, altresì, dall'art. 30 della legge n.

---

<sup>10</sup> Così G. FALZONE, *Sull'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 462, in linea con la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 12.4.1963, nella quale si afferma espressamente che “l'incostituzionalità della legge, e l'illegittimità dell'atto amministrativo emanato in base alla legge, sono situazioni reciprocamente autonome, anche se la seconda è influenzata di riflesso dalla prima”.

<sup>11</sup> Se, dunque, come evidenziato da F. DAL CANTO, *Sulla violazione costituzionale la Corte fa la voce grossa*, in *Giur. cost.*, 2012, 3722, il giudicato costituzionale è opponibile al legislatore quale limite alla funzione legislativa, vien da chiedersi come mai questa opponibilità non possa essere fatta valere pienamente nei confronti della pubblica amministrazione.



87/1953<sup>12</sup> e l'attività conseguente a tale adeguamento deve esplicitarsi nella rimozione o nell'adozione di tutti quegli atti che conseguono alla dichiarazione di illegittimità della legge. Un obbligo di fare che scaturisce dalla circostanza che l'annullamento della legge da parte della Corte non determina delle conseguenze automatiche sull'attività amministrativa<sup>13</sup>, bensì quest'ultima sarà oggetto di una valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione<sup>14</sup> e gli atti e i comportamenti successivamente adottati dall'Amministrazione potranno, a loro volta, essere legittimi o meno<sup>15</sup>.

Se questi fossero viziati e non vi fossero rimedi giurisdizionali, l'ordinamento tollererebbe la esistenza di un atto o di un "silenzio" (divenuto) illegittimo per carenza del presupposto della legge, creando il paradosso che mentre le sentenze della Corte si impongono ai giudici, i quali non possono non eseguirle, non si imporrebbero "alle autorità amministrative le quali, allo stesso modo in cui sono tenute ad uniformarsi alla legge, devono ritenersi obbligate a conformarsi alle sentenze costituzionali di accoglimento"<sup>16</sup>.

Ben ha fatto, quindi, la Corte ad individuare nel conflitto di attribuzione lo strumento che risolve sia questioni sostanziali, sia processuali sul seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale della legge in quanto non possono esserci elementi che ostacolano il rispetto della legalità costituzionale.

Sotto il profilo sostanziale l'art. 30, comma 3, della legge n. 87/53, nel prevedere che le norme incostituzionali non possono essere applicate da qualunque soggetto munito di potestà pubbliche, fa riferimento non soltanto ai giudici, ma anche alla pubblica amministrazione<sup>17</sup>. La disposizione, quindi, non rivolgendosi solo ai giudici impone l'inapplicabilità della norma incostituzionale "a tutti i soggetti dell'ordinamento", facendo divieto, "in linea di principio, di agire in difformità dal giudicato e contro la legalità costituzionale ripristinata"<sup>18</sup>. In quanto il destinatario dell'art. 30 è anche la pubblica amministrazione, l'inapplicabilità della norma incostituzionale comporta per quest'ultima non solo di non porre in essere atti in contrasto con il giudicato, ma anche di non

---

<sup>12</sup> Secondo F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, in *Giur. cost.*, 1963, 1745, la natura costitutiva della sentenza della Corte che dichiara l'invalidità della legge e la retroattività della decisione importano "la necessità (giuridica) ossia la doverosità della rimozione –per quanto possibile– degli effetti riconducibili a quella legge" (...). "La retroattività opera dunque sugli effetti già sortiti, i quali, solo in conseguenza di essa, debbono essere rimossi. L'Amministrazione che ha emesso l'atto sulla base della legge dichiarata incostituzionale avrà l'obbligo di ritirarlo".

<sup>13</sup> Cfr. V. ONIDA, *Conseguenze processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge*, in *Giur. it.*, 1966, 1034 e più ampiamente sempre, V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967.

<sup>14</sup> Nel senso che l'Amministrazione non avrebbe discrezionalità nell'ipotesi in cui "la funzione amministrativa fondata sulla legge dichiarata incostituzionale sopravviva alla dichiarazione di incostituzionalità", non si tratti cioè di provvedimenti amministrativi ad effetti istantanei (MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002, 375).

<sup>15</sup> Cfr. N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale e autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, 311.

<sup>16</sup> Così G. FALZONE, *Sull'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 481, che richiama la dottrina di A. M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 41, F. MODUGNO., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., 1741, F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della «giustizia costituzionale»*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, II, 243.

<sup>17</sup> Secondo M. MAGRI, *Inapplicabilità e disapplicazione delle norme dichiarate incostituzionali da parte della pubblica amministrazione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 110, l'art. 30 può imporre alla pubblica amministrazione "di astenersi dall'agire, o, secondo i casi, di adoperarsi per la eliminazione degli effetti di un atto giuridico emesso in base alle norme dichiarate illegittime, a prescindere dal fatto che, contro quest'ultimo, sia maturata nel frattempo l'estinzione del diritto di azione giudiziale per la rimozione delle conseguenze del vizio di incostituzionalità".

<sup>18</sup> Così, M. MAGRI, *Inapplicabilità e disapplicazione delle norme dichiarate incostituzionali da parte della pubblica amministrazione*, cit., 111.

continuare ad applicare, quindi tenere in vita, atti amministrativi che continuano ad esplicare effetti (perché, magari, ad esecuzione continuata). La inoppugnabilità dell'atto adottato in costanza di una legge incostituzionale o il passaggio in giudicato di una sentenza prima della pronuncia della Corte costituzionale non possono essere opposti dinanzi alla inapplicabilità della legge dopo la dichiarazione di incostituzionalità in quanto l'art. 30, "laddove qualifica le norme dichiarate illegittime come «inapplicabili», non le presuppone prive di conseguenze (...), ma, al contrario, le teme in quanto capaci di sopravvivere al loro annullamento, trasferendosi negli effetti degli atti giuridici ad esse conformi, emessi nel periodo che precede la data di pubblicazione della sentenza"<sup>19</sup>.

Se è dunque vero che l'Amministrazione ha un dovere derivante dall'art. 30, della legge n. 87/53, di non applicare le norme dichiarate incostituzionali e conseguentemente di rimuovere gli effetti di un atto viziato per illegittimità sopravvenuta al fine di non fare perdurare l'applicazione della legge dichiarata incostituzionale attraverso gli atti amministrativi che da essa ne sono derivati, ciò conferma che sussiste un obbligo dell'amministrazione di adeguarsi alla decisione di illegittimità costituzionale. Siffatto obbligo è rinvenibile nella natura giurisdizionale delle decisioni della Corte e quindi nella loro possibile idoneità ad essere portate ad esecuzione qualora l'amministrazione non ottemperi al ripristino dell'ordine violato mediante la rimozione degli atti o comportamenti che continuano a produrre effetti giuridici nell'ordinamento nonostante la esistenza di un giudicato costituzionale.

#### *4. L'obbligo di provvedere dello Stato e il silenzio illegittimo che ostacola il procedimento amministrativo.*

In sintesi, il conflitto di attribuzione costituisce l'azione processuale attraverso la quale, in presenza di taluni presupposti, la Corte può disporre l'ottemperanza delle proprie sentenze e nella specie "dichiarare che «non spettava allo Stato (...) serbare il silenzio e conseguentemente non accogliere» le richieste di cui alla "istanza" (...) per l'esecuzione della sentenza di questa Corte n. 13 del 2017".

La peculiarità della decisione in questione è nella circostanza che la violazione dell'art. 136 per inosservanza o elusione del giudicato costituzionale è stata perpetrata non dal legislatore, cioè del soggetto nei confronti del quale è stata adottata la sentenza di annullamento della legge, ma da un altro soggetto che, ignorando il venir meno del presupposto della legge e, dunque, violando il principio di legalità, ha fatto sì che un comportamento omissivo consentisse la sopravvivenza degli effetti della legge.

I risvolti di tali effetti sono sostanziali e processuali. I primi riguardano il principio dell'affidamento, della certezza del diritto e di legalità, i secondi sono relativi alla tutela giurisdizionale, cioè al tipo di azione esercitabile dinanzi alla inerzia amministrativa. Tale ultimo aspetto, com'è noto, non può essere sottovalutato proprio per la stretta interdipendenza che lega la garanzia di un diritto con la tutela dello stesso. Fino alla sentenza della Corte le possibili azioni esperibili erano sostanzialmente due. La prima innanzi al giudice amministrativo avverso il silenzio della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 117 del c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010), la quale, come si evince dalla decisione in questione, era stata promossa anche dalla parte ricorrente. Proprio a tal proposito l'Amministrazione resistente aveva eccepito la presunta inammissibilità del conflitto di attribuzione ritenendo che esso "si configura come un «anomalo e irrituale «giudizio di

---

<sup>19</sup> Sempre M. MAGRI, *op. ult. cit.*, 112.

ottemperanza" rispetto ad una precedente decisione della Corte» costituzionale" (punto 10 del cons. in diritto).

La seconda, sempre innanzi al giudice amministrativo, con il giudizio di ottemperanza ai sensi dell'art. 112 del c.p.a. avvalendosi del comma 2, lett. d), il quale prevede che l'azione di ottemperanza può essere proposta per l'attuazione "delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza"<sup>20</sup>. Come si è già detto, per ricorrere al rimedio dell'ottemperanza contemplato dalla norma *de qua*, le decisioni in questione devono essere "sentenze" o provvedimenti ad esse equiparati e, nell'ipotesi si tratti della prima tipologia di atti, è necessario che siano "passate in giudicato" e "non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza". Nessun dubbio può residuare in ordine alla anomia nella regolamentazione del processo costituzionale relativamente al rimedio dell'ottemperanza per il giudicato costituzionale<sup>21</sup> che, com'è noto, non è soggetto ad alcuna forma di esecuzione<sup>22</sup>. Sul profilo della natura giuridica delle sentenze della Corte, nonché del loro valore di giudicato, si è già detto nei paragrafi che precedono, ai quali si rinvia.

Rimane, invero, un ulteriore aspetto problematico da sciogliere in ordine alla applicabilità del citato precetto al giudicato costituzionale, che è rappresentato dall'inciso dell'art. 112 relativo "all'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, *per quanto riguarda il caso deciso*, alla decisione", tenuto conto che le sentenze della Corte non hanno efficacia *inter partes*, non decidendo il caso concreto, ma *erga omnes*.

La terza via ammessa dalla Corte apre uno scenario alternativo sul seguito amministrativo del giudicato costituzionale, sia pure a certe condizioni<sup>23</sup>. Anche questa ipotesi può essere letta come un ampliamento delle proprie competenze che tuttavia lascia aperto (e irrisolto?) lo scenario dell'ipotesi in cui l'Amministrazione non ottemperi neanche alla decisione della Corte resa sul conflitto di attribuzioni. In tal caso la parte ricorrente sarebbe sprovvista di azioni processuali da promuovere dinanzi alla Corte per vedere soddisfatti i propri diritti, a meno che si voglia ipotizzare, in un domani non molto lontano, che il Giudice delle leggi possa procedere anche alla nomina di un commissario *ad acta*.

---

<sup>20</sup> Sia consentito il rinvio a A.M. NICO, *Sulla ottemperanza del giudicato costituzionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 21.02.2014.

<sup>21</sup> Cfr. A. LOIODICE, *Profili di un'eventuale esecuzione del giudicato costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 197 ss.

<sup>22</sup> In proposito, F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 311 ss.

<sup>23</sup> Cfr. F. DAL CANTO, *Conflitto di attribuzione in ottemperanza al giudicato costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 17.6.2019.



**GIORGIO REPETTO**  
**Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema  
di sentenze di accoglimento manipolative\***

SOMMARIO: 1. La discrezionalità del legislatore come limite interno al sindacato della Corte costituzionale. – 2. Lo “scarto” nella giurisprudenza recente in materia di sentenze additive e sostitutive: le rime obbligate da risorsa a problema. – 3. La supplenza concreta.

*1. La discrezionalità del legislatore come limite interno al sindacato della Corte costituzionale*

Sempre più di frequente, nella lettura e nella valutazione della giurisprudenza costituzionale, si assiste alla presa d’atto dei notevoli cambiamenti cui questa sta andando incontro nella fase recente. A segnare però la differenza rispetto ad altre stagioni della giurisprudenza, in cui la Corte ha dato pur prova di saper assestare in continuazione i suoi criteri di giudizio, è il fatto che nella fase attuale tali cambiamenti sembrano investire alcuni presupposti di fondo del suo agire, rimettendo in discussione alcuni capisaldi acquisiti e lasciando prefigurare delle trasformazioni molto più profonde di quanto sia avvenuto in passato.

Tra questi capisaldi non può che annoverarsi quello del rapporto con la discrezionalità del legislatore, da sempre in vario modo presente nella giurisprudenza costituzionale, perché, come felicemente è stato detto “in nessun altro settore come in questo, la Corte è stata costretta a riflettere su se stessa, sulla latitudine dei suoi poteri, sulla sua collocazione istituzionale e ... sul suo rapporto con il parlamento legislatore”<sup>1</sup>. Il problema del rapporto tra giurisprudenza costituzionale e discrezionalità legislativa può dirsi, per certi aspetti, costitutivo del sistema italiano di controllo di costituzionalità, almeno nel senso che esso è stato al centro delle riflessioni (e delle preoccupazioni) che hanno alimentato tanto il dibattito costituente intorno al ruolo e ai compiti della Corte costituzionale, quanto la fase immediatamente successiva in cui si è posto mano alla disciplina legislativa di attuazione, di cui rimane traccia nell’art. 28 della legge n. 87 del 1953.

È però altrettanto noto che di questo rapporto la Corte ha offerto col tempo sistemazioni mutevoli, mai realmente coincidenti con gli orientamenti ideologici sottesi alle posizioni di chi, ancora prima della sua istituzione, era portato a individuare nella discrezionalità politica una sfera in qualche modo delimitabile sul modello della discrezionalità dell’amministrazione e così sottratta al sindacato del Giudice delle leggi (basterebbe pensare alla teorica dell’eccesso di potere legislativo). In questo senso, piuttosto che far leva su soluzioni volte a definire *in astratto* fin dove si estenda l’area sindacabile dalla Corte, ha prevalso – nel progredire e nel consolidarsi dell’affermazione della Corte – l’idea di risolvere tale problema inquadrandolo nella prospettiva dei limiti funzionali di azione della Corte medesima: l’idea, in altre parole, per cui vi è una discrezionalità politica lì dove, rimossa ogni altra variabile, l’esito della decisione è in fondo indifferente rispetto al quadro dei principi costituzionali in quanto non conseguente come esito

---

\* Questo contributo riprende, in parte e con alcune modificazioni, la Relazione presentata al convegno su “Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale”, svoltosi presso l’Università degli studi di Torino il 17 e 18 ottobre 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione in *Diritto e società*.

<sup>1</sup> P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d’insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant’anni di attività*, relazione tenuta nell’ambito delle “IV Jornadas italo-españolas de justicia constitucional: 50 aniversario de la Corte constitucional italiana, 25 aniversario del Tribunal constitucional español”, 22 y 23 septiembre 2005 – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pubbl. in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2006, 9.

obbligato dalla doverosa affermazione di uno o più d'uno di essi. Ma tale ribaltamento di prospettive assume un valore ulteriore se si considera che esso in tanto vale ed opera, in quanto il relativo schema di valutazione si cala e si inserisce a pieno negli strumenti decisionali a disposizione della Corte, in primo luogo, come è evidente, nelle sentenze additive e nel connesso criterio delle rime obbligate. Un ribaltamento, si diceva, perché quello che si pensava dovesse operare come limite in qualche modo *esterno* all'operato della Corte, tale da imporglisi quasi dall'alto, finisce per diventare un limite immanente del suo agire, di cui essa modula gli effetti e l'estensione, ampliandolo o restringendolo a seconda di una pluralità di fattori. Non stupisce, pertanto, che la Corte abbia alternato periodi di maggiore interventismo a fasi in cui si è mostrata particolarmente cauta, fino ad attirarsi le condivisibili critiche di chi, in questa azione, individuava una "*realpolitik* non consona al suo ruolo"<sup>2</sup>.

## 2. Lo "scarto" nella giurisprudenza recente in materia di sentenze additive e sostitutive: le rime obbligate da risorsa a problema

L'elemento di maggiore interesse della fase attuale della giurisprudenza costituzionale in materia di sentenze manipolative, e di quelle additive in particolare, sta nel fatto che essa pare – per così dire – "scartare" rispetto alle oscillazioni del passato per dare ingresso in giurisprudenza a considerazioni sempre più spesso di matrice sostanziale, attinenti cioè con la natura e la qualità degli interessi in gioco nel giudizio, sacrificati non tanto (o non solo) nella specifica vicenda concreta ma anche (e ai fini del sindacato di costituzionalità: soprattutto) da una perdurante inerzia del legislatore.

Si tratta, nello specifico, di un orientamento molto recente che, non casualmente, ha investito quasi esclusivamente la materia penale, spingendo la Corte costituzionale a teorizzare un vincolo assai più flessibile che in passato alla dottrina delle rime obbligate, soprattutto in quelle circostanze nelle quali sulla medesima materia la Corte stessa aveva lanciato in precedenza moniti (affidati per lo più a pronunce di inammissibilità, talvolta per "incostituzionalità accertata ma non dichiarata") rimasti tuttavia inascoltati dal legislatore.

Una prima avvisaglia di questo nuovo orientamento si registra nella già citata sent. n. 236 del 2016, concernente la conformità agli artt. 3 e 27 Cost. della misura minima della pena (cinque anni) comminata per il reato di alterazione di stato civile di un neonato realizzata mediante false attestazioni (art. 526, comma 2, cod. pen.). La Corte in questo caso sanziona l'irragionevolezza intrinseca del minimo edittale troppo elevato, che non consentirebbe al giudice di prendere adeguatamente in considerazione (anche per il tramite di attenuanti) la situazione di chi mira in realtà a perseguire l'interesse del minore attraverso la fittizia creazione di uno *status filiationis*, non già al contrario di pregiudicarlo. Valorizzando alcuni precedenti (ord. n. 106 del 2007 e sent. n. 31 del 2012), la Corte prende atto dell'irragionevolezza della misura sanzionatoria, ricavando quest'ultima però solo in seconda battuta da un'analogia previsione di reato (la fattispecie di cui al primo comma dello stesso articolo, relativa alla stessa fattispecie ma compiuta mediante sostituzione del neonato, punita con un minimo di pena di tre anni), ma facendo autonomamente valere la natura intrinsecamente sproporzionata della sanzione. L'esito demolitorio-sostitutivo (la sostituzione del minimo edittale di cinque anni con i tre anni) è quindi realizzato dalla Corte richiamandosi non ad una soluzione costituzionalmente obbligata, bensì a un più lasco richiamo a "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento" (sentt. nn. 148 del 2016 e 22 del 2007), che essa si premura comunque di circoscrivere perché le commisura, in un caso del genere, a una

---

<sup>2</sup> P. COSTANZO, op. ult. cit., 11.

disposizione contenuta nel medesimo articolo e rivolta a tutelare lo stesso bene giuridico<sup>3</sup>. Pare chiaro come, in questo caso, il contenuto “di giustizia” derivante dalla situazione dell’imputato nel giudizio *a quo* abbia una decisiva influenza nel senso di far emergere con maggiore chiarezza l’incostituzionalità della disciplina, trascinando con sé anche un’attenuazione del requisito delle rime obbligate, ora diluito (sebbene non per la prima volta) nel meno stringente affidamento a una continuità ordinamentale ricostruita dalla Corte stessa *a posteriori*, come momento cioè distinto dalle ragioni determinatrici dell’incostituzionalità.

Ad ispirarsi ad un approccio simile è poi la sent. n. 88 del 2019, che rimodula la sanzione accessoria della revoca della patente di guida, disposta dall’art. 222 del codice della strada per tutte le ipotesi in cui il soggetto sia ritenuto responsabile di omicidio stradale, limitandone l’operatività ai soli casi in cui venga riconosciuta l’aggravante della guida in stato d’ebbrezza e al contempo disponendo che, ove tale aggravante non sussista, ad applicarsi è la sospensione della stessa per un periodo variabile di tempo. Anche in questo caso, la manifesta irragionevolezza intrinseca della disciplina legislativa si salda, in virtù di un difetto di proporzionalità che si traduce in un automatismo legislativo che impedisce al giudice di compiere “una valutazione individualizzante” (p. 19 *cons. in dir.*), alla necessità di una ricostruzione del tessuto normativo, affidata (anche se in modo meno eclatante rispetto al caso precedente) a un aggiustamento interno al sottosistema normativo di riferimento.

Lì dove invece un esito del genere viene ulteriormente portato avanti e esplicitamente teorizzato nei termini di una nuova funzione suppletiva della Corte costituzionale è nel caso deciso dalla sent. n. 222 del 2018, concernente le pene accessorie per il reato di bancarotta fraudolenta. La questione torna alla Corte in termini pressoché identici ad altre questioni già in passato risolte nel senso dell’inammissibilità per l’assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate idonee a sostituirsi ad una normativa che in misura sproporzionata inibisce lo svolgimento di un’attività di impresa al soggetto fallito (sent. n. 134 del 2012 e ord. n. 208 dello stesso anno). Proprio tali precedenti, rimasti senza alcun seguito legislativo, sono valorizzati dalla Corte per corroborare il “nuovo corso” inaugurato dalla sent. n. 236 del 2016, per cui “a consentire l’intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio ... non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia”. Ancora più specificamente, poche righe più avanti, si spiega come un esito del genere si giustifichi “in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l’intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo

---

<sup>3</sup> F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)) 2/2017, 64, giustamente rileva come il fondamento dell’incostituzionalità sia maturato unicamente in ragione dell’accertamento della natura intrinsecamente irragionevolezza della commisurazione della pena, essendosi la Corte affidata al referente normativo costituito dal primo comma dell’art. 527 c.p. unicamente per reperire “un punto di riferimento per la sostituzione del quadro editale dichiarato incostituzionale”.

in passato, ad una rigida esigenza di «rime obbligate» nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima" (p. 8.1. *cons. in dir.*).

Si può ritenere che questa sentenza codifichi un nuovo orientamento in tema di sentenze manipolative (additive e sostitutive) che rafforza il potere di intervento non più rigidamente contenuto nella dottrina delle rime obbligate (secondo quanto essa aveva fatto già con la sent. n. 236 cit.), ulteriormente giustificando tale intervento sulla base dell'inerzia protratta del legislatore in presenza di un precedente monito (affidato il più delle volte a sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata), come esplicitamente avvenuto da ultimo con la sent. n. 88 del 2018 (resa in materia di giudizio per equa riparazione dopo la sent. n. 30 del 2014).

Da quel momento in poi, stando solo alle sentenze del 2019, si può parlare di uno schema che si ripete. Nella sent. n. 40 del 2019 viene nuovamente dichiarata incostituzionale una disposizione in materia penale relativa alla commisurazione della pena, e anche qui (come auspicato da una precedente pronuncia, la sent. n. 179 del 2017) si incide con una sentenza sostitutiva sul minimo edittale, ridotto secondo i termini reperiti – non senza una qualche acrobazia interpretativa – nel testo di un precedente provvedimento di riforma della materia dichiarato però incostituzionale dalla stessa Corte costituzionale perché introdotto con un decreto legge non omogeneo (sent. n. 32 del 2014). La sentenza in parola contiene poi un'altra significativa novità, perché a dimostrare la trasformazione della dottrina delle rime obbligate sta anche il fatto che oggi in esse la Corte rinviene sorprendentemente un limite che richiede un aggiramento laddove esse si pongano come ostacolo allo scrutinio di una normativa ritenuta lesiva di diritti fondamentali: "l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che riguardano l'entità della punizione risulta condizionata non tanto dalla presenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore ... Nel rispetto delle scelte di politica sanzionatoria delineate dal legislatore e ad esso riservate, occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali" (p. 4.2. *cons. in dir.*).

Con la sent. n. 99 del 2019 la Corte conferma e ribadisce poi l'impianto già visto. L'ambito materiale è quello della mancata ammissione alla detenzione domiciliare "umanitaria" (art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit.) di chi versi in condizioni di grave infermità psichica sopravvenuta. Anche in questo caso l'omissione del legislatore era stata fatta oggetto di un monito, lontano nel tempo (sent. n. 111 del 1996). E anche in questo caso, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, il verso dell'addizione è desunto (più che ricavato) dalla logica del sistema, che identifica nell'articolo prima indicato la *sedes materiae* giudicata "costituzionalmente adeguata e idonea a porre rimedio alle denunciate violazioni"<sup>4</sup>.

Da tutto ciò si può quindi ricavare la conclusione per cui le rime obbligate mantengono la loro funzione laddove la lacuna possa essere sin da subito colmata in presenza di una soluzione

---

<sup>4</sup> Accanto a questi casi, benché dotata di alcuni tratti differenziali, potrebbe essere citata anche la sent. n. 12 del 2019, in cui l'esito additivo è determinato dall'esigenza di limitare l'assolutezza del principio che vuole operante solo a partire da una certa data (e quindi non esteso ai giudizi in corso) il divieto di parziale impignorabilità dell'assegno sociale, divieto ritenuto in precedenza contrario a Costituzione ma non dichiarato tale per assenza di rime obbligate (sent. n. 85 del 2015), sebbene il principio sia stato fatto successivamente proprio dal legislatore (d.l. n. 83 del 2015). Questa sentenza potrebbe essere il segno del fatto che il nuovo *trend* giurisprudenziale si avvale spesso di sentenze "miste", in cui al contenuto additivo sono destinati sempre più spesso a sommarsi anche effetti di natura temporale, anche tenendo conto della rinnovata centralità delle decisioni monitorie: sul punto v. per tutti C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 241 ss.



costituzionalmente necessitata, mentre la loro portata costringente può essere aggirata nel caso in cui:

- 1) si verta in materia di diritti fondamentali,
- 2) esista una soluzione che – sebbene non obbligata o logicamente necessitata – sia da ritenersi comunque adeguata o preferibile in ragione di una qualche continuità ordinamentale, nonché
- 3) il legislatore sia stato messo in condizione di intervenire mediante una previa pronuncia monitoria ma, ciò nonostante, sia rimasto inerte<sup>5</sup>.

Appare chiaro come la complessiva interazione tra questi fattori trovi un punto di sintesi nella nota vicenda Cappato: prefigurazione di un doppio pronunciamento costruito attraverso un'anomala ordinanza monitoria "ad incostituzionalità prospettata" (se non, addirittura, "anticipatrice di incostituzionalità"); lesione di diritti fondamentali (sempre in materia penale) con una notevolissima portata individualizzante della fattispecie oggetto di scrutinio<sup>6</sup> (peraltro sapientemente costruita in autonomia dalla Corte più che di per sé ricavabile dall'ordinanza di rimessione<sup>7</sup>); individuazione del contenuto additivo "ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento" (p. 4. *cons. in dir., in fine*)<sup>8</sup>.

Se nella vicenda dell'aiuto al suicidio, quindi, l'autentica innovazione deve essere rinvenuta nella modalità processuale di predisposizione della "doppia pronuncia" (tutta interna al medesimo procedimento, attraverso la dissociazione tra una prima ordinanza monitoria e la successiva sentenza di merito), è proprio questo l'elemento che manca in un'altra sentenza recente molto discussa, quella relativa al venire meno della preclusione assoluta della concessione dei permessi premio per i detenuti sottoposti al regime dell'ergastolo ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.).

Nella sentenza n. 253 del 2019, infatti, all'accertamento dell'incostituzionalità della presunzione assoluta per i detenuti colpevoli di reati associativi di stampo mafioso viene fatta seguire una dettagliata ricostruzione del tessuto normativo necessario a colmare il vuoto, che ricalca lo schema seguito da altri commi dello stesso articolo relativi a diverse categorie di reati, senza però che tale intervento additivo sia stato, se non in relazione ad ipotesi affini, precedentemente oggetto di censure di incostituzionalità, almeno nei termini così diretti avutisi negli altri precedenti prima citati.

---

<sup>5</sup> V. la sintesi di questo nuovo orientamento in M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)* 2/2019, 653, cui si rinvia per gli ulteriori, più ampi approfondimenti.

<sup>6</sup> Secondo E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova tecnica processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.* 2019, 542, "[q]uello che si presentava alla decisione della Corte, insomma, era uno dei paradigmatici «casi critici», la cui specificità e individualità preme irresistibilmente sul diritto affinché emerga una soluzione *in concreto* realmente *adeguata* al compito di *rendere giustizia* rispetto a *quello specifico fatto*" (corsivi nel testo).

<sup>7</sup> Nella sent. n. 242 del 2019 la Corte si richiama ad "una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa", individuata dalla stessa "[a]ll'interno del petitum principale del rimettente" e coincidente con i casi, già "ritagliati" dall'ord. n. 207 del 2018, in cui "l'aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio a quo – in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli" (2.3. *cons. in dir.*).

<sup>8</sup> Con riferimento alle sentt. nn. 236 del 2016, 233 e 222 del 2018, 40 del 2019. Come è noto, e come era in certa parte prevedibile già dalla lettura dell'ord. n. 207 del 2018, la Corte ha ricavato tali criteri di riempimento dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, già impiegati come *tertia comparationis* nell'individuazione del vizio di incostituzionalità della disciplina in oggetto: sul punto mi permetto di rinviare al mio *Interventi additivi della Corte costituzionale e razionalità delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.* 2018, 2489.

### 3. La supplenza concreta.

Due circostanze, per il momento, sembra necessario sottolineare ai fini che ci interessano. Da un lato, pare esservi un legame non occasionale tra la libertà di movimento rivendicata dalla Corte in queste pronunce e la loro portata variamente “individualizzante”, il loro essere mirate, in altre parole, a non disperdere un’esigenza di tutela molto più ritagliata sulle caratteristiche del caso concreto che sulla esemplarità astratta e ripetibile di una fattispecie normativa inquadrabile nelle categorie del giudizio di ragionevolezza “classico”. Tanto ciò è vero, da un altro lato, che non può che stupire la complessiva torsione della teorica delle rime obbligate: esse, come si sa, nascono inizialmente come *giustificazione* del potere della Corte di disporre contenuti aggiuntivi, diventano poi, nella fase di consolidamento della giurisprudenza costituzionale, *l’argine* entro il quale si devono svolgere gli interventi aggiuntivi della Corte, per poi infine trasformarsi (e a stupire è proprio che ciò avvenga nella materia penale, ambito tradizionalmente associato nella giurisprudenza costituzionale a un marcato *self restraint*) in un *ostacolo* al pieno sindacato della Corte<sup>9</sup>, a tal punto bisognoso di essere trasceso che ad esso è addirittura finito per associarsi, come visto, lo stigma di una zona franca da superare.

Si può ritenere, in conclusione, che dietro le trasformazioni di cui brevemente si è dato conto si celi, *sub specie processus*, anche un elemento di novità rispetto al passato, vale a dire una maggiore attitudine della Corte a modulare la sua risposta tenendo conto di istanze di giustizia? Da un primo punto di vista, questo pare evidente almeno nel senso che, come si è visto, l’impiego delle nuove additive si è saldato in più di un’occasione con un marcato orientamento “individualizzante”, sia nel momento in cui l’accertamento di un’intrinseca irragionevolezza ha abilitato la Corte a perseguire con maggiore libertà il disegno di integrazione dei contenuti omessi dal legislatore, sia quando (e le due ipotesi non si escludono) la Corte ha costruito la *quaestio* plasmandola (talvolta con una certa dose di “costruttivismo”) sulle circostanze assai specifiche del caso concreto, quasi a “fotografare” nel dubbio di costituzionalità i contorni e gli attributi di una vicenda molto concreta<sup>10</sup> (non casualmente, diverse sentenze prima evocate hanno colpito automatismi legislativi).

Mi sembra tuttavia che non ci si possa limitare a questo. La vicenda analizzata, infatti, pare essere anche un capitolo di una storia più risalente, riguardante l’annoso problema della legittimazione e dei limiti della Corte a svolgere una funzione normativa o paralegislativa.

Senza entrare ora nel merito di quella discussione, per tanti aspetti sopita ma mai realmente risolta, quello che si può dire è che il *trend* giurisprudenziale di cui si è dato conto, proprio in virtù del suo essere commisurato al soddisfacimento di esigenze di giustizia, accentua la divaricazione che sempre si è cercata di contenere tra il momento propriamente *demolitorio* e quello *ricostruttivo*, nel senso che il secondo, sganciato dal vincolo delle rime obbligate, perde progressivamente il suo collegamento con la ragione costitutiva dell’incostituzionalità e si indirizza, di conseguenza, lungo linee di svolgimento perseguite dalla Corte con assai maggiore libertà rispetto al passato. In questo modo, se da un lato acquistano nuovo vigore le critiche rivolte all’impianto teorico delle sentenze additive e sostitutive – soprattutto in relazione al rapporto tra

---

<sup>9</sup> Così, ma adesivamente, R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.* 2018, 2570.

<sup>10</sup> Indicazioni in tal senso in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II*, Bologna, 2018, 236, ove anche (237) il rimando alla tesi, ricavata da Elia, per cui laddove a venire in gioco sia unicamente il parametro costituito dall’art. 3 Cost., ad essere colpita è unicamente in quanto discriminatoria la “norma esclusiva implicita”, il che renderebbe non dirimente l’argomento fondato sul rispetto della discrezionalità del legislatore (e, con esso, anche della dottrina delle rime obbligate).

riscontro dell'incostituzionalità e attività ricostruttive "conseguenziali"<sup>11</sup> –, dall'altro è anche vero che ciò avviene in un orizzonte in cui il limite della discrezionalità legislativa non è più la soglia ritenuta assolutamente invalicabile e per rispettare la quale si è creato lo strumento delle rime obbligate, ma diventa componente di un più ampio bilanciamento con altri fattori (e prima di ogni altro: la tutela dei diritti fondamentali) dal cui esito ultimo dipende, in ultima istanza, l'individuazione della nuova regola o del nuovo principio costituzionalmente "adeguati"<sup>12</sup>.

Accanto a questi fattori, il nuovo corso giurisprudenziale sembra quindi esaltare la centralità dei diritti fino ad affiancarla alla discrezionalità legislativa per dire, in fondo, anche qualcosa d'altro: vale a dire che la violazione di tali diritti, proprio perché spesso è dovuta ad una inerzia del legislatore più che ad un'autonoma decisione di esso e quindi è protratta nel tempo, assume una coloritura ulteriore, appunto di *subita ingiustizia*, che sposta sulla funzione di garanzia il compito di rimediare in positivo a quanto il legislatore non è riuscito a fare. Il che, se da un lato è in certa misura connaturato allo strumento delle additive e di per sé è sempre accaduto, avviene oggi secondo modalità in larga parte diverse, proprio perché l'insistito richiamo ad argomenti di giustizia (testimoniato dal ripetersi di accoglimenti determinati da "irragionevolezza intrinseca" o argomenti simili) conferisce alla violazione una maggiore consistenza e, inevitabilmente, alla Corte un *surplus* di legittimazione a rimuoverla individuando con maggiore libertà quei contenuti aggiuntivi in grado di porre rimedio al *vulnus*. Non sorprende quindi, che a partire da ciò la Corte segua linee evolutive e faccia ricorso a strumenti che la rendono istituzionalmente più libera di commisurare le sue risposte a tali istanze di giustizia, con conseguenze però che hanno inevitabilmente ricadute anche sull'assetto del giudizio incidentale<sup>13</sup>, oltre che sul complessivo assetto dei poteri<sup>14</sup>.

Se, come notava Zagrebelsky sin dalla prima edizione del suo manuale sulla giustizia costituzionale, "la funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde ad una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili, che potrebbe mutare facilmente"<sup>15</sup>, oggi si può dire che tale mutazione è avvenuta ma che è andata piuttosto nel senso di una più evidente autoaffermazione della Corte rispetto agli altri poteri anche grazie ad una saldatura ancora più marcata con la giurisdizione e al costo di un più rapporto sempre più flessibile con la discrezionalità del legislatore<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> V. per tutti G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 305 e 307, nonché G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.* 1981, I, spec. 1693, dove viene stigmatizzato l'"effetto di legittimazione a posteriori del testo di legge" una volta che la Corte, invece di prendere puramente atto della sua illegittimità, innesti su di esso significati ulteriori in sede di eterointegrazione.

<sup>12</sup> Come, in termini assai espliciti e rivelatori, si è espresso F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 145: "La Corte non ha, istituzionalmente, potere di normazione positiva; ma – ripeto – nel bilanciamento, la funzione di garanzia costituzionale ad essa eminentemente, anche se non esclusivamente, affidata, non può non prevalere sulla ripartizione rigida dei poteri (legislativo e di garanzia costituzionale)" (corsivi nel testo).

<sup>13</sup> A partire dalla questione relativa al mutamento dell'onere per il giudice di indicare il verso dell'addizione normativa richiesta: v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 195.

<sup>14</sup> Basti pensare al rischio paventato da R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità*, cit., 2571, per cui, a portare alle estreme conseguenze l'orientamento seguito dalla Corte, si assisterebbe ad un rovesciamento di funzioni della discrezionalità, che da tradizionale appannaggio del legislatore si trasformerebbe in uno spazio di valutazione libero della Corte stessa, la quale, libera dal corsetto delle rime obbligate, potrebbe ora individuare più liberamente la soluzione corretta, che a tal punto diverrebbe però "costituzionalmente obbligata" e quindi finirebbe per imporsi al legislatore come l'unica strada perseguibile per porre rimedio al *vulnus*.

<sup>15</sup> *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 340.

<sup>16</sup> In questo senso, il rimando – talvolta esplicito (irragionevolezza intrinseca), talvolta implicito – ad istanze latamente equitative in casi del genere non fa altro che rafforzare quella tendenza già a suo tempo criticamente segnalata da G. SILVESTRI (*Le sentenze normative*, cit., 1716).



UGO ADAMO

**In mancanza di risposte da parte del Legislatore e in attesa di quelle che potrà comunque darne, la Corte decide sui profili della regolazione dell'aiuto al suicidio medicalizzato**

«[...] negli ultimi decenni la scienza medica non solo ha reso obsoleti secoli di esperienze, tradizioni ed espressioni legate alla nostra mortalità, ma ha posto l'umanità di fronte a un nuovo problema: come fare a morire»

ATUL GAWANDE, *Essere mortale*, Einaudi, Torino, 2016, 150.

«Alla fine disse: niente metafore! Nulla è come qualcos'altro [...] Niente metafore! Nessuno è come qualcun altro»

AMY HEMPEL, *Nessuno è come qualcun'altro*, SEM, Milano, 2019, 7.

SOMMARIO: 1. Dalla “ordinanza Cappato” alla “sentenza Cappato”. – 2. Scelte compiute al fine di colmare un vuoto, anche se non così evidente. Il controllo di verifica delle condizioni del paziente e delle modalità di esecuzione dell'aiuto medicalizzato al suicidio. – 3. Intorno alla non-scelta (la previsione dell'obiezione di coscienza) dinanzi alla affermazione (innominata) di un diritto. – 4. Anche il pre-requisito delle cure palliative diventa doveroso.

### 1. Dalla “ordinanza Cappato” alla “sentenza Cappato”

Per molti e rilevanti aspetti, con una inedita doppia pronuncia, la Corte costituzionale ha di recente dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto dell'aiuto al suicidio così come previsto dal codice penale del 1930. Ed infatti, con la sentenza n. 242 del 2019<sup>1</sup>, si è giunti ad una declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 580 c.p. ribadendo gli assunti già posti con precedente ordinanza<sup>2</sup> con la quale la stessa Corte *preannunciava* la dichiarazione di illegittimità qualora non si fosse dato séguito a quanto *interlocutoriamente* rilevava.

La Corte, in effetti, aveva riconosciuto poco meno di undici mesi al Parlamento per provvedere a riformare la normativa dell'aiuto al suicidio (medicalizzato) secondo i principi di diritto da essa stessa indicati. Il Parlamento – per come è ampiamente noto – non è addivenuto ad alcuna sintesi delle diverse posizioni presenti al suo interno e la Corte, avendo già fissato una nuova udienza per la trattazione della causa, ha dato seguito alle sue premesse, anche andando al di là di quello che ci si sarebbe attesi.

«Una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari<sup>3</sup>, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità, è suscettibile peraltro di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa

---

<sup>1</sup> Tutte le decisioni della Corte sono state consultate – come sempre si fa – sulla rivista telematica *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) ideato e diretto dal Professore che qui si onora.

<sup>2</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018.

<sup>3</sup> Sempre per la Corte «[i]n assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti», Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 10 *cons. in dir.*

richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»<sup>4</sup>.

Lo stralcio dell'ordinanza n. 207/2018 è riportato per comprendere i "passi in avanti" compiuti con la sentenza n. 242/2019, con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 580 del codice penale «nella parte in cui non esclude» il ricorso alla pratica dell'aiuto al suicidio da parte di chi si trova nelle determinate condizioni definite dalla stessa Corte<sup>5</sup>, e nel rispetto di precise modalità di esecuzione. Inoltre, con tale seconda pronuncia, con una additiva di regola la Corte decide in merito a quelle indicazioni che – fra le altre – erano rivolte al Parlamento, al quale si richiedeva l'esercizio della discrezionalità al fine della regolazione della materia<sup>6</sup>. Come detto, tale intervento legislativo non si è (ancora) compiuto, ed è stata la Corte a decidere in supplenza; infatti – sempre per la Corte – la mancanza di una regolazione «non è d'ostacolo» a che si addivenga ad una decisione di illegittimità costituzionale che «faccia emergere specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese»<sup>7</sup>.

Dunque, nelle more dell'intervento sempre possibile da parte del legislatore, la Corte interviene in un modo preciso (sarebbe stato infatti possibile procedere in un altro senso), anche se rimane nella possibilità del Parlamento decidere di esercitare la propria discrezionalità comunque secondo i principi *lato sensu* posti dalla sentenza, che potranno ritenersi in parte superabili, con riferimento *in primis* ai presupposti legittimanti la richiesta dell'aiuto al suicidio, essendo le misure indicate (se non proprio introdotte) dalla Corte il risultato di una *opzione* seppure costituzionalmente dovuta.

Se la legge che avrebbe dovuta essere prodotta dal Parlamento non la conosciamo, quella manipolata dalla Corte è molto più restrittiva e non solo per i presupposti per la richiesta di aiuto a morire (financo eccessivamente stringenti: presenza di trattamenti di sostegno vitale), ma anche per le chiare scelte operate e che erano state riservare alla discrezionalità di valutazione non posta in essere da *quel* Parlamento durante gli undici mesi a disposizione, ma che *ora* servono per assicurare l'auto-applicabilità della decisione e l'assenza di lacune: il riferimento esclusivo alle strutture pubbliche del servizio sanitario; l'intervento di un organo collegiale terzo; il riconoscimento dell'obiezione di coscienza; la necessità del pre-requisito dell'avvio di un percorso di cure palliative. Queste le integrazioni alla procedura medicalizzata già presente nell'ordinamento ex l. n. 219 del 2017 (artt. 1, cc. 4-6, e 2) e che per la Corte è estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo.

La disciplina normativa che introduce la Corte, quindi, almeno nelle intenzioni, serve a colmare un vuoto seguente e conseguente alla sua declaratoria parziale di incostituzionalità. Pur riconoscendo la *ratio* che sottende tale modo di procedere, si può notare che la lacuna denunciata non sarebbe stata poi così evidente, bastando anche un mero accertamento delle strette condizioni richieste, in un contesto che d'altronde è medicalizzato. Anzi, se non si fosse deciso in tal modo,

---

<sup>4</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 10 *cons. in dir.*

<sup>5</sup> Cfr., *infra*, la nota 10.

<sup>6</sup> L'intero dispositivo così recita: «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 4 *cons. in dir.*

forse, si sarebbero potute mitigare le più che condivisibili preoccupazioni (di sistema) avanzate da autorevole dottrina<sup>8</sup>.

*2. Scelte compiute al fine di colmare un vuoto, anche se non così evidente. Il controllo di verifica delle condizioni del paziente e delle modalità di esecuzione dell'aiuto medicalizzato al suicidio*

Rispetto alla prima condizionalità<sup>9</sup> richiesta per la liceità dell'agevolazione al suicidio, per la Corte la verifica delle condizioni previste<sup>10</sup>, ma anche e soprattutto delle modalità di esecuzione, «deve restare»<sup>11</sup> nella competenza delle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, non limitandosi a prevedere che il trattamento richiesto sia comunque a carico dello stesso. Con l'espressione *deve restare* – come è ovvio che sia – si fa riferimento alla circostanza per cui la struttura pubblica sia la *naturale* sede in cui deve svolgersi la relazione medico-paziente finalizzata anche alla richiesta dell'aiuto al suicidio, non potendo avanzarsi altre ipotesi interpretative per il semplice motivo che prima della pronuncia di incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. tale norma vietava in modo assoluto il trattamento ora possibile.

Si legge in questa previsione, ma non solo in questa, la *cautela* con cui la Corte ha proceduto, conscia dell'esercizio di ampia discrezionalità che ha praticato non senza il costante richiamo all'opportunità di un intervento del legislatore per una disciplina il più possibile organica della materia. L'obiettivo della Corte è *in primis* quello di assicurare un controllo *pubblico* delle richieste di aiuto al suicidio e, quindi, della loro stretta corrispondenza ai presupposti da essa stessa dettati. Autorizzazioni e controlli pubblici, dunque, e in strutture che devono garantire a norma di legge (la n. 38 del 2010) tutte le cure possibili comprese quelle palliative atte a contenere, se non ad eliminare, le sofferenze.

Ma le cure palliative sono assicurate anche dalle strutture convenzionate (*ex art. 5, l. n. 38/2010*) che del resto l'art. 8 *quater*, d.lgs. n. 502 del 1992, definisce «equiparate» alle strutture pubbliche, e tutte le strutture (pubbliche o private che siano) sono (o dovrebbero almeno in teoria essere) nelle condizioni di garantire le condizioni di cautela richieste dalla Corte.

Vi è anche un altro presupposto – direttamente collegato al primo e che compare fra quelli richiamati dalla Corte – che andrebbe rivisto per essere eventualmente superato. Ed infatti, fra i limiti che non paiono in linea con la previsione di un processo medicalizzato in quanto riguardano aspetti non perfettamente rientranti in questo, ma che pur si intende mantenere sotto controllo, vi è la previsione per cui è obbligatorio l'intervento del comitato etico territorialmente competente.

---

<sup>8</sup> A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 24 novembre 2019.

<sup>9</sup> Nel testo ci si soffermerà solo su alcune e non su tutte le questioni poste da Corte cost., sent. n. 242/2019. Non si indugerà né sulla ricostruzione della vicenda del giudizio *a quo* né sulla particolarità della inedita doppia pronuncia (Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019) né, tanto meno, sulla decisione di limitare la liceità dell'aiuto al suicidio al caso in cui il soggetto agevolato sia (anche) tenuto in vita per mezzo di trattamenti di sostegno vitale (anche se che per noi appare un requisito "aggiuntivo" non necessario) e sul "minore" rilievo, nella seconda delle due decisioni, alla dignità declinata secondo la dimensione soggettiva. Tale scelta è dettata oltre che da evidenti ragioni di spazio anche dal voler rilevare le maggiori novità intervenute con la seconda della due pronunce, e frutto di ampia discrezionalità giurisprudenziale.

<sup>10</sup> Si ricorda che seppure attraverso un discutibile impiego del *tertium comparationis* con la l. n. 219 del 2017 in tema di consenso informato e rifiuto di cure anche salva vita, la Corte ha ritenuto che la persona che può richiedere aiuto a morire debba essere (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 5 *cons. in dir.*

Competente, però, almeno *rebus sic stantibus*, per le questioni connesse alla sperimentazione dei farmaci e delle terapie e non già per quelle inerenti la materia del suicidio assistito; per non dire altro in ordine alla composizione del comitato (non solo medica), alla possibile differenziazione territoriale delle sue decisioni (se il parametro si allontana dal rispetto dei presupposti di fattività), alla stessa incertezza sulla natura del parere (vincolante o meno).

Non si comprende, per tanto, quale possa essere il ruolo di tale comitato che per definizione dovrebbe limitarsi esclusivamente a doppiare (controllandola) la valutazione del medico circa la presenza dei presupposti legittimanti la richiesta; la Corte non dispone che tale controllo sia esercitato da un altro medico o da un comitato solo tecnico, ma che a farlo sia per l'appunto un comitato etico. Ma non si comprende perché tale ruolo debba essere esercitato proprio da un comitato *etico*. Il parere seppure obbligatorio dovrebbe essere non vincolante (anche se non sembra che sia così)<sup>12</sup>, perché esterno al rapporto medico-paziente, che ha natura scientifico-relazionale e non di verità-etica. Il futuro intervento legislativo<sup>13</sup>, se mai giungesse, potrebbe eliminare tale previsione pretoria affidando alla medesima struttura sanitaria la valutazione sull'*iter* medicalizzato che deve rientrare nella scriminante procedurale che legittima l'intervento di aiuto medicalizzato al suicidio. Detto in altro modo, nella procedura di controllo, il controllore deve limitarsi solo ed esclusivamente alla verifica della legittimità della richiesta, accertando, ad esempio, se si è o meno in presenza di un caso di malattia incurabile, se il paziente è tenuto in vita da trattamenti sanitari specifici, ... .

Per la Corte, la previsione di un organo collegiale *terzo ed etico*, munito delle adeguate competenze, che controlli l'operato del medico e l'*iter* medicalizzato, ha il fine precipuo, richiesto dal rilevante valore in gioco, di «garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»<sup>14</sup>. È come se per la Corte tali situazioni potrebbero non essere sufficientemente protette senza un controllo che sia anche di natura etica. Le conseguenze di tale affermazione hanno una ricaduta talmente rilevante sull'intero rapporto medico-paziente che la previsione del comitato avrebbe meritato qualche argomentazione in più e non già essere posta come mera asserzione. Questa previsione disciplinare pare rispondere non tanto ad una *mite* scriminante procedurale quanto piuttosto all'implicito riconoscimento di quel «grano di verità dell'argomento del piano inclinato» che, seppur mai citato dalla Corte, sembra essere assunto a paradigma metodologico o, almeno, a presenza pregiudiziale.

### 3. Intorno alla non-scelta (la previsione dell'obiezione di coscienza) dinanzi alla affermazione (innominata) di un diritto

Bisogna, ora, richiamare la terza scelta effettuata dalla Corte, fatta passare – almeno a noi così pare – come una non-scelta<sup>15</sup>: la previsione dell'obiezione di coscienza.

---

<sup>12</sup> Alto sarebbe il rischio di una previsione inutile e non risolutiva del procedimento scriminante. Per la sua vincolatività spingono le norme legali, cfr. almeno l'art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 211/2003.

<sup>13</sup> «Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti»: Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 5 *cons. in dir.*

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 5 *cons. in dir.*

<sup>15</sup> Che la Corte abbia invece voluto tutelare la libertà di coscienza dei medici ci sembra evidente perché dinanzi ad una mera libertà fattuale non rilevarebbe alcuna obiezione di coscienza, in quanto l'assenza di dovere sarebbe rilevata *in re ipsa*. E poi, allora, perché limitare tale libertà solo all'ipotesi in cui ricorrano i requisiti *cumulativi* così come ricostruiti dalla Corte? È proprio la previsione del limite necessario della presenza del trattamento salva vita che fa propendere per l'affermazione del diritto all'aiuto al suicidio medicalizzato come corollario del rifiuto di cure, che è per l'appunto un diritto che *impone* una prestazione.



«Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, *pertanto*, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»<sup>16</sup>.

L'obiezione di coscienza ha (avrebbe) bisogno di una esplicita previsione legislativa per le importanti conseguenze che produce per l'esercizio dei diritti e per le ricadute sul dovere di prestare il proprio servizio professionale. Quindi, tutt'altro che non regolazione normativa della materia della libertà di coscienza, come sembrerebbe affermare la Corte<sup>17</sup>, che, non solo ha dequotato la richiesta di libertà e di autodeterminazione a mera richiesta da esaudire quasi si trattasse di un desiderio e non di un diritto<sup>18</sup> («*esaudire* la richiesta del malato»), ma ha di fatto introdotto la possibilità per i medici di esercitare l'obiezione di coscienza nel loro esercizio professionale a prescindere, per l'appunto, da una previsione legale, come se si trattasse di un mero riconoscimento di ciò che già esiste.

La parola *diritto* – come quella *dignità* – non compare *formalmente* nel testo della sentenza, ma essa è presente (entrambe lo sono) nell'intero ordito giurisprudenziale. È bene precisare che l'inedita doppia pronuncia nasce proprio dalla precisa volontà della Corte di porre rimedio ad un grave *vulnus* costituzionale in tema di diritti, anzi, è proprio la gravità dell'assenza di tutela del diritto e della stessa dignità che hanno legittimato – a dire della stessa Corte – la sua capacità di sindacare una fonte anche in assenza di rime obbligate: «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio [...]. Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò “specie negli ambiti, come quello *penale*, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei *diritti fondamentali*, incisi dalle scelte del legislatore”»<sup>19</sup>. Se *nomina sunt consequentia rerum* cos'altro è se non la tutela della dignità declinata in senso soggettivo – per la tutela di un diritto fondamentale – la situazione per cui «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.»<sup>20</sup>.

Ritornando alla questione dell'obiezione di coscienza e non volendo sottacere la ripercussione ordinamentale che può ingenerare questa previsione, si vuole proporre una lettura che possa “disinnescare” le potenziali conseguenze nel caso di una adesione diffusa se non proprio capillare dell'adesione dei medici alle proprie coscienze. Seppure la Corte si sia limitata a sindacare solo

---

<sup>16</sup> Quello riportato è l'intero punto 6 di Corte cost., sent. n. 242/2019; il corsivo è nostro.

<sup>17</sup> In chiara difformità da quanto affermato in Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 10 *cons. in dir.*, in cui si parlava di scelta legislativa meramente possibile e quindi non doverosa, nella misura in cui si andava a garantire un diritto.

<sup>18</sup> Se si riconosce il diritto, a certe condizioni, di essere agevolati a morire per porre fine alle proprie sofferenze, non si può rilevare l'assenza di uno speculare dovere di agevolare chi chiede che la propria dignità (ord. n. 207/2018) sia tutelata attraverso l'aiuto per l'esercizio del principio di autodeterminazione, così come riconosciuto dalla Corte costituzionale che è arrivata ad escludere la punibilità di tale aiuto se il percorso è inserito in una scriminante procedurale. Diversamente ragionando, si sarebbe dinanzi ad una mera *petitio principii* e il *vulnus* rilevato con tanta forza dalla Corte non sarebbe più imputabile alla legge ma al dato fattuale. Un diritto in-effettivo, non azionabile, non è un diritto, ma una mera libertà, che – come nel caso esaminato – non sarebbe neanche possibile realizzare fattivamente. Si è dinanzi ad una situazione giuridica soggettiva che, nella misura in cui l'ordinamento constata la presenza di requisiti e modalità di esecuzione, permette che si avanzi una pretesa (un diritto in senso stretto) per una prestazione (proprio) dal servizio sanitario nazionale. Il diritto in parola è tanto più prescrittivo in quanto la tutela è a livello costituzionale, è presente nelle pieghe della Costituzione che è norma prescrittiva ed addirittura nell'alveo dell'art. 32 Cost., nella misura in cui l'aiuto in questione rappresenta – sempre per la Corte – il completamento del diritto al rifiuto delle cure.

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 4 *cons. in dir.*, l'enfasi è nostra.

<sup>20</sup> Così come scritto in Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 2.3 *cons. in dir.*

l'articolo 580 c.p., essa ha di fatto prescritto che il servizio sanitario nazionale deve comunque garantire l'effettività del diritto che viene riconosciuto («la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.»)<sup>21</sup>. Dovrebbe comunque ormai essere assodato<sup>22</sup> non soltanto che le amministrazioni sanitarie (e per la Corte solo quelle del servizio sanitario nazionale) non possono invocare motivi di coscienza, in quanto solo gli individui ne hanno una, mentre quella delle istituzioni è «costituita dalle leggi che le regolano», ma anche che l'eventuale tutela delle coscienze individuali non deve minare il corretto svolgimento della funzione pubblica servente il servizio pubblico nazionale.

Pur ribadendo quanto detto, non si tace sulla tesi per cui la disciplina dell'obiezione di coscienza richiederebbe il necessario intervento del legislatore per le più che rilevanti ripercussioni che la disciplina medesima è in grado di produrre sui diversi beni costituzionali che possono venire in gioco. Una legge che regolamenti l'obiezione di coscienza, infatti, dovrebbe specificatamente prevedere le procedure e le attività che in concreto possono essere omesse dal personale sanitario, escludendosi, come è ovvio che sia, l'assistenza generale verso il paziente. La legge dovrebbe tipizzare il comportamento medico e quindi definire quali i casi in cui sarebbe configurabile il reato di omissione o abuso d'atti d'ufficio<sup>23</sup>.

Senza il passaggio argomentativo della Corte costituzionale prima richiamato (che di fatto e di diritto riconosce la libertà di coscienza ai medici non solo come immanente nell'ordinamento, ma, e soprattutto, come un diritto che non abbisogna di una interposizione legislativa per una sua regolazione), è bene precisarlo, non si sarebbe potuti addivenire ad una applicabilità in via analogica di altre disposizioni (di eccezione alla regola) pur presenti nell'ordinamento che prevedono l'obiezione di coscienza dei medici. Si afferma ciò per rilevare l'importanza del passaggio della decisione e rimarcare che la Corte ha compiuto una scelta. In mancanza del passaggio motivazionale della Corte, infatti, solo la legge *abilitativa* dell'obiezione di coscienza per i medici richiesti di aiuto al suicidio medicalizzato avrebbe costituito un'eccezione alla regola generale del loro dovere professionale<sup>24</sup>, proprio in quanto l'obiezione di coscienza è istituto eccezionale che consente (previo bilanciamento) la possibilità che la convinzione (la tutela del *foro interno* secondo il

---

<sup>21</sup> Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 2.3 *cons. in dir.*

<sup>22</sup> Con Cons. St., sez. III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460, punto 55.6 *Diritto*.

<sup>23</sup> Si v. il Parere 21 luglio 2016, n. 1695, *Schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante Disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76* (in tema di obiezione di coscienza avanzata dagli ufficiali di governo richiesti di celebrare l'unione civile, ma previste dalla legge che introduce nel nostro ordinamento l'istituto dell'unione): «[r]itiene il Consiglio di Stato che il rilievo giuridico di una "questione di coscienza" – affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti – può derivare soltanto dal riconoscimento che ditale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall'adempimento di un dovere, non può derivare da una "auto-qualificazione" effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento. Il primato della "coscienza individuale" rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato – pur in assenza di riconoscimento con legge – nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Allorquando il Legislatore ha contemplato (si pensi all'obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l'apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l'interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto "obiettore" chiede l'applicazione».

<sup>24</sup> Se si riconosce il diritto, a certe condizioni, di essere agevolati a morire per porre fine alle proprie sofferenze, non si può rilevare l'assenza di uno speculare dovere di agevolare chi chiede che la propria dignità (ord. n. 207/2018) sia tutelata attraverso l'aiuto per l'esercizio del principio di autodeterminazione, così come riconosciuto dalla Corte costituzionale che è arrivata ad escludere la punibilità di tale aiuto se il percorso è inserito in una scriminante procedurale.

paradigma antioniano) di certuni si imponga su quella di cert'altri, soprattutto quando in rilievo vi è una tutela costituzionale *ex artt. 2, 13 e 32 Cost.*, così come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, oltre che della libertà di coscienza dello stesso paziente. Proprio per tale motivo – oltre che per evidenti ragioni della stessa stabilità dell'ordinamento che non può mettere in discussione la prescrittività normativa (soprattutto se *ex post*)<sup>25</sup> – la previsione legale dell'obiezione di coscienza (generalmente parlando) non ha una *doverosità* costituzionale<sup>26</sup>.

Solo la legge permette di offrire un primo bilanciamento tra beni costituzionali così come avviene ad esempio per il ricorso alla pratica abortiva e a quella della procreazione medicalmente assistita. D'altronde un bilanciamento tra altri beni è posto dalla Corte nella misura in cui indica (e lo fa in modo financo stringente) i presupposti per la richiesta di aiuto al suicidio medicalizzato.

Detto in altro modo, senza precise disposizioni che attenuino le potenziali ricadute pratiche di una obiezione di coscienza *praeter legem* e che, almeno in prima battuta, definisca i soggetti identificati (i medici), il come e il quando sarebbe permesso il ricorso all'obiezione di coscienza, e quindi il ragionevole punto di equilibrio tra l'autodeterminazione (con limiti) del paziente e la tutela della coscienza del medico, ci troveremmo nell'ipotesi in cui se si presentasse il conflitto fra i due beni, questo sarebbe risolto, in modo tirannico, a favore di uno solo, vale a dire del secondo. Verrebbe così meno proprio quell'obbligo della prestazione a carico dell'SSN pur assegnato dalla Corte.

Con l'affermazione tutt'altro che neutrale espressa dalla Corte costituzionale, la posizione del paziente, già debole perché *dipendente*, non è potenzialmente preservata, non solo perché manca un punto di equilibrio di tutela di tutti i beni che vengono in rilievo, ma soprattutto perché non è stato *legalizzato* un punto di equilibrio che sia ragionevole. Dovrà essere l'amministrazione sanitaria a disporre tutte le cautele del caso per assicurare che la richiesta di aiuto trovi un seguito nella amministrazione medesima.

#### *4. Anche il pre-requisito delle cure palliative diventa doveroso*

L'ultimo limite di creazione pretoria è quello che fa riferimento (come già nell'ordinanza del 2018) al pre-requisito dell'avvio di un percorso di cure palliative. Se nel 2018<sup>27</sup> si riteneva *possibile* la normazione parlamentare circa la previsione come pre-requisito per la richiesta di aiuto al suicidio del coinvolgimento del paziente in un percorso di cure palliative, tale pre-requisito diventa obbligatorio<sup>28</sup> («deve costituire»)<sup>29</sup> nella decisione del 2019. Se da una parte si ritiene

---

<sup>25</sup> Sarebbe il giudice a dover sindacare caso per caso il comportamento di chi si è professato obiettore.

<sup>26</sup> Solo il legislatore in effetti è nella possibilità di rilevare l'eventuale *particolarità* degli obblighi professionali e, semmai, normare in tema di obiezione di coscienza, anche per non incorrere in quella che molti definiscono la rottura della struttura relazionale del diritto. In tal caso saremmo dinanzi ad una normazione *ragionevole*.

<sup>27</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 10 *cons. in dir.*

<sup>28</sup> Se non è nelle ipotesi di cui si sta discutendo la configurabilità delle cure palliative come un trattamento sanitario obbligatorio, obbligatoria dovrebbe essere la possibilità di farvi ricorso da parte di tutti e in tutte le strutture sanitarie pubbliche (è quindi urgente – ma non solo per questo – che piena e totale sia l'attuazione della l. n. 38/2010), rientrando nella scelta del paziente il consenso ad esse, in quanto si è dinanzi ad un diritto e non ad un dovere. *Se invece, come sembra che sia, il ricorso alle cure palliative fosse doveroso per la validità della richiesta di aiuto a morire, allora si porrebbe la domanda sul quantum di cura palliativa debba essere accettato dal paziente per non apparire questa previsione come lesiva della libertà personale dello stesso. Detto ciò, e rientrando nella drammaticità dei casi concreti da cui tutto origina, si sottolinea che si sta trattando di vicende in cui tutti, al di là della previsione come pre-requisito da apportare "burocraticamente" in cartella, sono inseriti in un sistema di cura tendente all'eliminazione o almeno all'importante riduzione del dolore; la richiesta che sottostà all'aiuto al suicidio non è quella di morire ma di terminare quella precisa esistenza che è di sofferenza fisica e psicologica per malattia grave ed incurabile.*

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 2.4 *cons. in dir.*

assolutamente opportuno il richiamo all'attuazione della legge n. 38/2010<sup>30</sup>, l'affermazione per cui l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, potrebbero distogliere dall'intenzione di congedarsi prematuramente dalla vita<sup>31</sup>, nella sua assolutezza, pare dimostrare troppo: la palliazione delle sofferenze fisiche (di certo più che fondamentale e comunque da assicurare doverosamente *ex lege*<sup>32</sup>) non elimina il fondamento della richiesta di aiuto a morire<sup>33</sup>.

È bene precisare che non è dimostrabile che la questione dell'aiuto al suicidio (e lo stesso varrebbe per l'omicidio del consenziente, entrambi medicalizzati) costituirebbe un problema sempre meno attuale nel caso di ricorso alle cure palliative in grado di lenire il dolore rendendo meno "disumano" il morire.

L'inverso argomentare – che comunque non è esplicitato dalla Corte – non parrebbe condivisibile, perché pur a fronte di ciò che lo Stato può e deve fare per ridurre al minimo la richiesta di aiuto a morire, non si può non prendere in considerazione che non sempre la terapia palliativa riesce a sedare efficacemente qualsiasi dolore e sofferenza terminale, e che anche un paziente adeguatamente sedato nelle sofferenze fisiche può non esserlo in quelle psicologiche, sociali e relazionali o, in ogni caso, nella sofferenza interiore che lo porta ad affermare che lo stadio terminale ed irreversibile della malattia che lo costringe ad una esistenza solo biologica non rende più la sua vita degna di essere vissuta, con la consapevolezza che anche nel fine vita nessuno è come qualcun altro.

---

<sup>30</sup> Legge, del resto, drammaticamente *à la carte*, perché inattuata in molte sue parti e con evidenti disparità territoriali. Cfr. il *Rapporto sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore"*, a cura del Ministero della Salute, dell'anno 2019 per il periodo di riferimento 2015-2017.

<sup>31</sup> Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 5 *cons. in dir.*

<sup>32</sup> Art. 2, c. 1, l. n. 219/2017.

<sup>33</sup> È la prognosi irreversibile di cecità, paralisi, e sofferenze insopprimibili, e tutt'al più parzialmente sedate, che è alla base della maturazione della decisione di mettere fine a una vita che veniva concepita come una galera. Significativa, da questa prospettiva, è anche la nota vicenda di D. Pretty, la quale non riceveva alcun beneficio dagli oppiacei, viveva in un contesto familiare assolutamente confortevole e senza problemi economici. Rispetto a quest'ultima osservazione, si può sottolineare che, almeno in Europa, l'aiuto a morire si inserisce in un contesto in cui l'assistenza sanitaria è gratuita; i costi della malattia, quindi, non gravano (non dovrebbero gravare), almeno direttamente, sul soggetto malato.

ROBERTO PINARDI

## Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ordinanza Cappato. – 2.1. Novità e qualificazioni dottrinali della tecnica decisionale utilizzata dalla Corte. – 2.2. I pregi della pronuncia. – 2.3. Le criticità. – 3. I controversi effetti dell’ord. n. 207 del 2018. – 3.1. (*segue*): a) nei confronti dei giudici. – 3.2. (*segue*): b) nei confronti del legislatore. – 4. Gli scenari ipotizzabili al 24 settembre del 2019. – 5. La sentenza Cappato. – 5.1. La Corte decide ...di decidere. – 5.2. Sull’impraticabilità di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 580, comma 1, c.p. – 5.3. La Corte e l’omissione del legislatore. – 5.4. La classificazione della formula dispositiva utilizzata. – 5.5. Dubbi e rilievi critici. – 6. Per concludere. Le pronunce Cappato e la fase attualmente attraversata dal controllo di costituzionalità.

### 1. Premessa

Con le presenti note intendo indagare, nella sua complessa unitarietà, l’innovativa tecnica decisionale che è stata utilizzata dalla Corte costituzionale per decidere sul “caso Cappato”<sup>1</sup>. Ciò che dovrebbe consentirmi di comprendere, inoltre e più in generale, in che modo le pronunce in oggetto si inseriscono nella fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi in via incidentale. Premetto, pertanto, che, nel prosieguo della trattazione, focalizzerò la mia attenzione esclusivamente sui profili più propriamente processuali della vicenda *de qua*, senza con questo, tuttavia, voler disconoscere che la fattispecie da cui genera la giurisprudenza in oggetto – come sempre accade, del resto, quando risultino coinvolte problematiche attinenti al fine vita – investe anche una serie di altre questioni di primario rilievo e di natura diversa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il riferimento, più precisamente, è alle decisioni nn. 207 del 2018 e 242 del 2019.

<sup>2</sup> *Id est*: medica, scientifica, bioetica, religiosa, sociale ecc. Per un esame più approfondito delle riflessioni svolte dalla Consulta nel merito delle questioni scrutinate cfr. ad esempio, nella dottrina costituzionalistica, G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul Caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 22 gennaio 2019, 1 ss.; ID., *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all’inviolabilità della vita e chiama «terapia» l’aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 3 marzo 2020, 649 ss.; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 21 febbraio 2019, spec. 93-108; C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire “nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 14 giugno 2019, 1 ss.; ID., *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca a commento di una sentenza annunciata*, in *Cortisupremeesalute.it*, n. 2 del 2019, 3-10 e 15-17; G. FONTANA, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine-vita. Brevi considerazioni a margine dell’ordinanza n. 207 del 2018*, in F. S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, 145 ss.; D. MORANA, *L’ordinanza n. 207/18 sul “caso Cappato” dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, *ivi*, 229 ss.; L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana*, *ivi*, 255 ss.; B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall’ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell’autodeterminazione in materia di salute*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 22 giugno 2019, 1 ss.; G. BATTISTELLA, *Il diritto all’assistenza medica a morire tra l’intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 17 dicembre 2019, 2 ss.; P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 1 del 2020, 6 ss.;

Lo scritto è dedicato a Pasquale Costanzo. Tra i vari motivi per cui ho il piacere di partecipare al suo *Liber Amicorum* vi è un senso di sincera gratitudine per il suo infaticabile impegno per lo sviluppo degli studi sulla giustizia costituzionale. Impegno che si è tradotto, come è a tutti noto, non soltanto nella pubblicazione di contributi scientifici di notevole spessore, ma anche nella partecipazione alla fondazione del Gruppo di Pisa e nella sua Presidenza nel corso del triennio 2010-2013 nonché nella creazione e direzione della Rivista *Consulta OnLine*, vero e proprio punto di riferimento per gli studiosi del settore.

## 2. L'ordinanza Cappato

Nel corso del processo celebrato nei confronti di Marco Cappato, imputato, in relazione alla morte di Fabiano Antoniani (dj Fabo), sia per averne rafforzato il proposito suicidario sia per averne materialmente agevolato l'esecuzione<sup>3</sup>, la Corte di Assise di Milano dubitava della tenuta costituzionale dell'art. 580, comma 1, c.p.<sup>4</sup> sotto un duplice profilo<sup>5</sup>.

In primo luogo si denunciava la violazione degli artt. 3<sup>6</sup>, 13, comma 1, e 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU, per il fatto che la norma impugnata puniva non soltanto condotte che determinino o rafforzino il proposito di togliersi la vita, ma anche comportamenti che si sostanzino in un mero aiuto materiale a chi si è già determinato, in tal senso, in piena autonomia, limitandosi, di conseguenza, ad agevolarne i voleri. In via subordinata<sup>7</sup> si lamentava inoltre l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio *ivi* previsto, dato che lo stesso accomuna condotte di diversa gravità, quali il concorso morale o l'aiuto puramente materiale al suicidio. Con asserita violazione dell'art. 3 Cost. e del principio di proporzionalità della pena rispetto al disvalore del fatto, quale ricavabile dalla lettura degli artt. 13, 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost.

La Corte, dal canto suo, si è pronunciata, una prima volta, su tali doglianze<sup>8</sup> con l'ord. n. 207 del 2018<sup>9</sup>. Ed entrando nel merito delle stesse<sup>10</sup> ha affermato, innanzitutto, di non condividere, «nella

---

U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, *ivi*, 34 ss.

<sup>3</sup> Si tratta di vicenda talmente nota da esimersi, in questa sede, dal procedere ad una sua ricostruzione puntuale (per la quale, del resto, v. quanto evidenziato dalla Consulta nel punto 1 del *Ritenuto in fatto* dell'ord. n. 207 del 2018). In dottrina, sul caso – ed in termini generali – cfr. gli Autori richiamati da C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 3 dicembre 2018, nota 4.

<sup>4</sup> Il cui testo riporto, per comodità del lettore: «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima».

<sup>5</sup> Per un elenco degli scritti dedicati all'analisi delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte milanese rinvio a C. CUPELLI, *Il caso*, cit., nota 3; e M. E. BUCALO, *La "circoscritta (e puntellata) area" di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra self-restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 1 del 2020, 102, nota 10.

<sup>6</sup> *Rectius*: 2, come rileva la Corte nel punto 1 del *Ritenuto in fatto* dell'ord. n. 207 del 2018.

<sup>7</sup> Come ha precisato la Corte nel punto 1 del *Considerato in diritto* dell'ord. n. 207 cit.

<sup>8</sup> O, meglio, esclusivamente sulla prima delle due menzionate, tacendo, invece, sul dubbio relativo alla congruità della cornice edittale contemplata dall'art. 580 c.p. (in tema rinvio, oltre alle riflessioni svolte da A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 4 giugno 2019, *passim*, a quanto evidenziato, *infra*, nel § 5.4).

sua assolutezza», la tesi prospettata dal giudice *a quo* circa l'illegittimità costituzionale complessiva del reato in parola. Tale previsione, infatti – nel pensiero del giudice delle leggi – trova una sua perdurante giustificazione nell'esigenza di proteggere i soggetti più deboli da azioni compiute in loro danno, traducendosi, in buona sostanza, in una sorta di «cintura protettiva», che inibisce «ai terzi di cooperare in qualsiasi modo» con il loro intento suicidario. Più in particolare la disciplina in oggetto non è ritenuta, *di per sé*, incompatibile con la Costituzione, in quanto se ne esclude il contrasto<sup>11</sup>: a) con il diritto alla vita; b) con «un generico diritto all'autodeterminazione individuale»; c) con il «diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata».

Ciò nonostante, prosegue la Consulta – sposando, in tal modo, la tesi sostenuta dalle parti nel giudizio principale e ribadita, dalle stesse, per iscritto ed oralmente nel corso del processo incidentale – si deve tenere in debita considerazione l'esistenza di situazioni, «inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia»<sup>12</sup>, nelle quali vengono «messe in discussione» proprio quelle «esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio»<sup>13</sup>. Si tratta di ipotesi in cui – come nel caso discusso nel giudizio principale – ad essere aiutato a procurarsi la morte risulti una persona: «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale<sup>14</sup>, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

A dire il vero, ha precisato la Corte, al malato che versa in condizioni siffatte si presenta, oggi, la possibilità, garantita dalla l. n. 219 del 2017, di lasciarsi morire chiedendo l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale. Siccome, però, in presenza di patologie come quelle che affliggevano Fabiano Antoniani, siffatta interruzione non garantisce in alcun modo una morte rapida e priva di sofferenze, ed essendo, del resto, preclusa a chicchessia la pratica di trattamenti diretti ad agevolare la dipartita del paziente, lo stesso, in situazione del genere, è costretto «a

---

<sup>9</sup> Oggetto, da subito, di grandissima attenzione (tanto che, ad oggi, il sito della Corte costituzionale riporta un elenco di ben 129 commenti specifici o contenuti in articoli di più ampio respiro relativi alla pronuncia in oggetto: <https://www.cortecostituzionale.it/actionNoteSentenza.do>).

<sup>10</sup> Per alcune riflessioni in ordine all'ammissibilità dei dubbi sollevati dal giudice milanese cfr., *infra*, quanto rilevato nel § 6.

<sup>11</sup> Rispettivamente nei punti 5, 6 e 7 dello svolgimento in diritto.

<sup>12</sup> Traspare, da questo passaggio – poi ripreso, alla lettera, nella sent. n. 242 del 2019: cfr., *infra*, quanto rilevato, in proposito, nel § 5.4 – l'ipotesi che, nel pensiero del giudice delle leggi, all'art. 580 c.p. risulti ascrivibile, *in parte qua*, un vizio di illegittimità costituzionale sopravvenuta (tra i pochi a evidenziare questo aspetto dell'argomentazione della Corte C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazione sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale», in *Quad. cost.*, 2019, 577; e P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso cappato": cosa c'è, cosa non c'è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe precludere*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 12 giugno 2019, 2).

<sup>13</sup> Si ha qui una riprova esemplare di come sia il «caso – sia pure nella sua versione “tipizzata” davanti alla Corte –» a costituire «la miccia che consente la sempre potenziale “deflagrazione” del vizio sotteso» alle disposizioni da applicare, guidando, infatti, la loro interpretazione e dunque squarciando «eventualmente il velo della loro presunta “bontà”» (per utilizzare parole di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 49).

<sup>14</sup> Su questa delle quattro condizioni poste dalla Corte – e definita da A. RIMEDIO, «Eccezione” di aiuto al suicidio? Osservazioni critiche sulla sentenza n. 242/209 della Corte costituzionale», in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 1 del 2020, 71 come «molto specifica, diremmo unica nel contesto del diritto comparato» – si è concentrata la maggiore attenzione critica da parte dei commentatori: cfr. ad esempio, al riguardo, le riflessioni svolte e gli Autori richiamati da F. POGGI, *Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, *ivi*, 89 ss.; e da U. ADAMO, *La Corte costituzionale*, cit. 38 ss.

subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».

Si apprezza, pertanto, entro questi confini, l'esistenza, nel pensiero della Corte costituzionale, di un margine di incompatibilità fra «il divieto assoluto di aiuto al suicidio» (va aggiunto<sup>15</sup>: medicalmente assistito) e «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.». Dato che in casi come quello descritto si impone al paziente «un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

Il *vulnus* costituzionale viene dunque accertato (e per di più perimetrato) con chiarezza ed estrema precisione. Senonché, a questo punto, la Corte: in primo luogo, scarta l'ipotesi di un accoglimento "secco", in parte qua, dell'art. 580 c.p. per l'avvertita esigenza di farsi carico delle conseguenze che scaturirebbero, da una lacuna normativa, in rapporto agli «abusi» che potrebbero derivarne a carico dei soggetti più fragili ed «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale»<sup>16</sup>. Si tratta, in altre parole, di scongiurare il pericolo di «possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»;

in secondo luogo, dichiara di voler abbandonare – per lo meno «nel caso in esame»<sup>17</sup> – la strada tradizionalmente seguita in situazione analoghe, rifiutandosi, quindi, di adottare una pronuncia di inammissibilità per rispetto della sfera di discrezionalità politica che è riservata al legislatore, giacché siffatta soluzione ha il difetto «di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione»;

in terzo luogo, infine, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»<sup>18</sup> rinvia il «giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela». Non rinunciando, peraltro, nel punto 10 della motivazione in diritto, ad indicare, in maniera minuziosa, modi e luoghi dell'auspicato<sup>19</sup> intervento degli organi legislativi.

---

<sup>15</sup> Per le ragioni bene esposte da U. ADAMO, *La Corte costituzionale*, cit., 34, nota 31.

<sup>16</sup> Su questo specifico passaggio dell'argomentazione della Corte cfr., tra gli altri, l'approfondita analisi svolta da M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "caso Cappato"*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 18 settembre 2019, 7-11; nonché, *infra*, quanto evidenziato nel corso del § 5.4.

<sup>17</sup> E più precisamente in ragione delle «sue peculiari caratteristiche» e della «rilevanza dei valori da esso coinvolti».

<sup>18</sup> Ed ispirandosi espressamente ad alcuni precedenti di carattere comparato su cui v., almeno, U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 23 novembre 2018, 4-5; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, *ivi*, 1° dicembre 2018, 9-11; G. RAZZANO, *La Corte*, cit., 10 ss.; C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*», cit., 584-585; D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in F. S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 91 ss.; nonché gli Autori intervenuti nel *Forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018)*, in *attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 7 maggio 2019, 15 ss. e 78 ss.

<sup>19</sup> In un'ottica «di leale e dialettica collaborazione» con il Parlamento, che è poi quella che da sempre è sottesa all'elaborazione e all'utilizzo della giurisprudenza monitoria della Corte costituzionale (in tema cfr., volendo, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1993, 71 ss.). Da notare che il medesimo auspicio è stato formulato



## 2.1. Novità e qualificazioni dottrinali della tecnica decisionale utilizzata dalla Corte

Ecco, quindi, che, entro i limiti che verranno meglio precisati nelle pagine successive, la Corte utilizza, nella fattispecie, uno strumento di natura decisionale che presenta senz'altro caratteri di novità<sup>20</sup>, non riscontrandosi, infatti, alcun precedente nel medesimo senso nella storia ultra sessantennale della sua giurisprudenza<sup>21</sup>. E come dimostra, d'altra parte, non soltanto il modo con cui la Consulta introduce la tecnica *de qua*, presentandola, infatti – come s'è visto – come una (necessaria) innovazione rispetto alle classiche pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore; ma anche, da un lato, le parole utilizzate in proposito dal Presidente *pro tempore* dell'organo di giustizia costituzionale, il quale ha chiaramente affermato trattarsi di «una nuova tecnica decisoria<sup>22</sup> [...] che qualificherei di “incostituzionalità prospettata”»<sup>23</sup>; dall'altro, la circostanza che nessuna delle numerose previsioni che erano state formulate, al riguardo, prima che la Consulta decidesse<sup>24</sup>, ha anticipato, in effetti, la formula dispositiva che verrà impiegata dal giudice delle leggi allo scopo di rinviare la discussione della *quaestio* esaminata.

La novità di cui si discute ha in parte spiazzato la dottrina. Che ha infatti faticato, e non poco, ad individuare la natura – e dunque gli effetti – del *dictum* della Consulta. Basti pensare, sotto questo profilo, al gran numero di qualifiche in senso tecnico, anche assai diversificate, con cui è stato appellato il nuovo schema di decisione costituzionale: ben dieci, infatti, ne ha elencate attenta dottrina<sup>25</sup>, ma a queste vanno aggiunte, quanto meno – e senza alcuna pretesa di esaustività – le definizioni coniate dallo stesso Autore (che parla di un'inedita «decisione mista» e di «rinvio sospensivo»), da Paris (che afferma che la Corte ha adottato «una pronuncia additiva (di principio?) relativa alla legge 219»), da Marini (decisione di «incostituzionalità immediata e ad

---

anche successivamente all'adozione dell'ord. n. 207: v. infatti, in proposito, il risoluto richiamo espresso, dal Presidente della Consulta Giorgio Lattanzi, in occasione della *Relazione* sull'attività svolta dalla Corte nel 2018 (in <https://www.cortecostituzionale.it/actionRelazioniPresidenti.do>, 21 marzo 2019, 13): «confido fortemente che il Parlamento dia seguito a questa nuova forma di collaborazione, nel processo di attuazione della Costituzione», giacché un comportamento del genere «sarebbe anzitutto un successo per la funzione rappresentativa del legislatore, che andrebbe perduto se tale funzione non fosse in concreto esercitata».

<sup>20</sup> Non, però, come afferma C. CUPELLI, *Il caso*, cit., § 1, per il fatto che la Corte, con l'ordinanza in parola, si pronuncia «riconoscendo, pur non ancora dichiarando, la parziale illegittimità» della norma *sub iudice* (rinvio, sul punto, alle riflessioni svolte, di seguito, nel testo).

<sup>21</sup> Mentre in dottrina un modello analogo a quello utilizzato dal giudice delle leggi si trova, invero, tratteggiato nelle riflessioni di A. PREDIERI, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 152. È interessante inoltre notare come l'estensore dell'ordinanza *de qua* non soltanto auspicasse, *de iure condendo*, l'introduzione, nel nostro ordinamento, di meccanismi di dilazione degli effetti dell'accoglimento praticati altrove, ma affermasse, per di più, che tali strumenti potevano essere «autonomamente e provvisoriamente» elaborati ed utilizzati dal giudice del leggi, in attesa di una legge costituzionale di «chiarificazione dei ruoli rispettivi di Corte e Parlamento» (così, infatti, F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, *Scritti su La giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 1985, 585-586).

<sup>22</sup> Ma v. anche, nel medesimo senso, il giudice costituzionale Francesco Viganò, *Prefazione*, in F. S. Marini - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., XVI, laddove parla di: «Un'ordinanza inedita, nella forma e nella sostanza».

<sup>23</sup> In termini G. LATTANZI, *Relazione*, cit., 13

<sup>24</sup> Cfr. *ex plurimis*, sul punto, i contributi contenuti nel volume curato da A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 5 novembre 2018.

<sup>25</sup> Il riferimento è a C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 7 giugno 2019, nota 1.

annullamento differito»), da Dal Canto («decisione di *incostituzionalità prospettata* ma non dichiarata con contestuale “messa in mora” del legislatore»), da Penasa («ordinanza di illegittimità annunciata ma non dichiarata»), da Giuliano Serges («*pronuncia monitoria rinforzata*»), da Pescatore («ordinanza monitoria di rinvio») e da Salazar (che parla non soltanto di «incostituzionalità-ombra», ma anche di «*decisione di non-inammissibilità*»)<sup>26</sup>.

Se così stanno le cose, il tentativo di pervenire ad una definizione condivisa della tecnica in parola non risponde alla semplice volontà di «classificare per classificare»<sup>27</sup>, quanto piuttosto alla precisa esigenza di studiare la soluzione prospettata anche in rapporto a soluzioni giurisprudenziali già sperimentate, per giungere, in ultima analisi, a discuterne l'ammissibilità.

In quest'ottica, pertanto, inizio col dire che non ritengo corretto parlare dell'ordinanza Cappato, come invece affermato da alcuni dei suoi commentatori<sup>28</sup>, come di una pronuncia di «incostituzionalità differita». E questo non soltanto perché, con tale sintagma, si è ormai soliti indicare un altro tipo di decisione costituzionale<sup>29</sup>, ma soprattutto in ragione del fatto che, nel caso di specie:

a) la Corte non dichiara la “incostituzionalità” della disciplina impugnata, ma si limita a rinviare a nuova udienza l'esame della *quaestio sub iudice*. Ciò che segna, sia detto per inciso – e

---

<sup>26</sup> Cfr., rispettivamente, C. PANZERA, *L'ordinanza*, cit., 4; ID., *Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 135; D. PARIS, *Dal diritto di rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Cortisupremealute.it*, n. 3 del 2018, 5; F. S. MARINI, *L'ordinanza “Cappato”: la decisione di accoglimento parziale nella forma dell'ordinanza di rinvio*, in F. S. Marini.-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 212, F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 5 giugno 2019, 1, nota 1 (corsivo testuale); S. PENASA, *Il “seguito” dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, *ivi*, 30 giugno 2019, 3; GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 12 settembre 2019, 61 (corsivo testuale); R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 23 dicembre 2019, 6; e C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*», cit., 568-9 (corsivo testuale).

<sup>27</sup> L'allusione è a quanto criticamente affermava C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, I, *Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, 3.

<sup>28</sup> Così, infatti, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018; con definizione in seguito ripresa da numerosi Autori tra cui C. CUPELLI, *Il caso*, cit., § 8.2; N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'arte di differire gli effetti “finanziari” delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla Grundsteuer*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 5 dicembre 2018, 4; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 13 maggio 2019, 150; P. GUERCIA, *Aiuto al suicidio: la Consulta al bivio, tra istanze costituzionali di autoresponsabilità e persistenti incrostazioni “paternalistiche”*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1-bis, 558, nota 37; A. NATALINI, *Brevi note a margine di una storica ordinanza “trifronte”*, in F. S. Marini.-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 246; L. RISICATO, *L'incostituzionalità “differita” dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessione a margine del caso Cappato*, *ivi*, 289; e A. SESSA, *L'art. 580 c.p. e il diritto a morire*, *ivi*, 337.

<sup>29</sup> E cioè una pronuncia mediante la quale il giudice delle leggi elimina del tutto o quanto meno circoscrive gli effetti retroattivi che normalmente discendono da una sentenza di accoglimento: cfr. tra gli altri, in tal senso, la ricerca pubblicata sul sito della Corte costituzionale e curata da M. BELLOCCI-T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, in <https://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, 2010, 23; nonché, in dottrina, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 210-211; sulla scorta della definizione coniata da R. PINARDI, *La Corte, i giudici*, cit., spec. 53 ss.

nonostante alcune analogie indubbiamente riscontrabili – una differenza significativa con il modo di operare delle sentenze tedesche di *Unvereinbarkeit*, “pura” e con termine al legislatore<sup>30</sup>, dal momento che con tali pronunce il *Bundesverfassungsgericht* dichiara, comunque, l’incompatibilità della legge impugnata con la *Grundgesetz*;

b) lo scadere del termine stabilito dalla Consulta non determina l’automatico prodursi di un effetto caducatorio che è rimasto sospeso<sup>31</sup>, visto che siamo pur sempre in presenza di una (semplice) ordinanza di rinvio;

c) non si tratta neppure di una pronuncia mediante la quale il giudice delle leggi differisce la sicura dichiarazione di illegittimità parziale dell’art. 580, comma 1, c.p., per la semplice ragione che questo risultato è soltanto uno dei possibili esiti cui poteva dar luogo, come vedremo<sup>32</sup>, lo svolgimento dell’udienza fissata per il 24 settembre 2019.

Ritengo, invece, che, pur con tutte le peculiarità che la caratterizzano, l’ord. n. 207 del 2018 vada inclusa nel *genus* delle pronunce di «incostituzionalità<sup>33</sup> accertata ma non dichiarata»: anche in questo frangente, infatti, la Corte riconosce, sì, in motivazione, l’illegittimità certa ed attuale della disciplina impugnata, ma poi non procede al suo annullamento perché preoccupata dal vuoto normativo che si sarebbe determinato a seguito di una declaratoria di mera incostituzionalità ed esorta, contemporaneamente, gli organi legislativi ad intervenire in tempi rapidi onde adeguare la normativa vigente ai precetti costituzionali.

L’importante novità, però, rispetto al passato, che mi induce a qualificare l’ordinanza *de qua* quale primo esempio di una terza *species* di pronunce di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata», accanto alle decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore ed alle pronunce di «rigetto con accertamento di incostituzionalità<sup>34</sup>», risiede nel fatto che l’organo di giustizia costituzionale, al fine di evitare l’immediata caducazione della disposizione indubbiata, non si pronuncia per l’inammissibilità della doglianza esaminata adducendo, quale unica (o comunque decisiva) giustificazione esplicita della propria scelta dispositiva la necessità di non invadere – con una sentenza di carattere manipolativo adottata al di fuori delle “rime obbligate”<sup>35</sup> – la sfera di discrezionalità politica che è riservata agli organi legislativi<sup>36</sup>, bensì, giustificando la sua

---

<sup>30</sup> Sulle analogie riscontrabili tra l’ord. n. 207 ed il modello tedesco cfr. almeno le diverse conclusioni cui pervengono N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., 5-6; e G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un’ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2493 ss. Più in generale, per un’ampia descrizione delle varie *species* di decisioni di *Unvereinbarkeit* e un’analisi dei loro principali profili di criticità rinvio al recente manuale di C. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2018, 295 ss.

<sup>31</sup> Come avviene, invece, in Austria e in altri Paesi che si ispirano al modello austriaco, mediante l’applicazione dell’istituto della *Fristsetzung* (per alcuni ragguagli, in tema, mi sia consentito rinviare a R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 2007, 29 ss.).

<sup>32</sup> Cfr. infatti, a tal proposito, le osservazioni sviluppate, *infra*, nei §§ 4 e 5.1.

<sup>33</sup> Più precisamente: *parziale*, vista la delimitazione dell’area del vizio che viene effettuata dalla Corte nonché *sopravvenuta*, per i motivi evidenziati, *supra*, a nota 12.

<sup>34</sup> Per le definizioni utilizzate nel testo ed un esame più approfondito dei caratteri strutturali che contraddistinguono i modelli decisionali in parola mi sia permesso rinviare a R. PINARDI, *La Corte, i giudici*, cit., 71 ss.

<sup>35</sup> Per utilizzare la celeberrima definizione di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Il Mulino, Bologna, 1978, 84 (anche in *Giur. cost.*, 1976, parte I, 1707).

<sup>36</sup> Secondo un modello di decisione che ho già criticato in passato, in varie occasioni (a partire da R. PINARDI, *La Corte, i giudici*, cit., 81 ss.) ed a cui la Corte, peraltro, (per lo meno) prima dell’adozione dell’ord. n. 207, faceva ancora ricorso con una certa frequenza: cfr. infatti le pronunce indicate nel mio *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. cost.*, 2015, 2083-2084, note 10, 11 e 12; cui *adde*, più di recente, l’ord. n. 134 del 2016; e le sentt. nn. 148, 166, 179 e 219 del 2017.

scelta in considerazione delle peculiarità che presentava il caso *sub iudice*<sup>37</sup>, raggiunge, di fatto, il medesimo risultato mediante un semplice rinvio della trattazione della causa. Innovazione, questa, che produce, in effetti – per lo meno a parere di chi scrive – un duplice vantaggio rispetto alla diversa soluzione sin qui praticata.

## 2.2 I pregi della pronuncia

In primo luogo, infatti, il ricorso al nuovo modello di decisione costituzionale permette alla Corte di “trattenere” il giudizio e quindi non soltanto di impedire l’applicazione della norma già riconosciuta come incostituzionale (quanto meno) nel giudizio *a quo*<sup>38</sup>, ma anche di rendere certo, nell’*an* e nel *quando*, il riesame della medesima *quaestio*<sup>39</sup>.

Si può ipotizzare, inoltre – per lo meno in astratto e dunque a prescindere dal deludente risultato ottenuto nel caso Cappato – che al *dictum* della Corte costituzionale debba riconoscersi, in simili frangenti, una maggiore efficacia monitoria. Un conto, infatti, è dichiarare inammissibile il dubbio prospettato dal giudice rimettente e poi affidarsi alla semplice eventualità che, magari a notevole distanza di tempo, venga sollevata un’analoga questione. Altra cosa è fissare la data in cui la doglianza in esame verrà certamente ridiscussa e pubblicizzare, per di più, siffatta circostanza non soltanto nel dispositivo della decisione adottata, ma, ancor prima – com’è avvenuto nell’ipotesi in esame – in un Comunicato stampa<sup>40</sup> ampiamente ripreso da tutti i maggiori organi di informazione<sup>41</sup>. Ciò che potrebbe, in effetti, incidere sulla scelta delle priorità di cui si compone l’agenda del legislatore nella misura in cui lo stesso si sentisse, in tal modo, gravato da una maggiore responsabilità politica in via diffusa<sup>42</sup> nel caso di una sua perdurante inattività.

---

<sup>37</sup> Cfr., al riguardo, quanto evidenziato a nota 17. Non si tratta, quindi, nel pensiero della Corte, di un *revirement* a 360 gradi, quanto piuttosto dell’utilizzo di una tecnica decisionale che si giustifica per il particolare rilievo dei valori coinvolti.

<sup>38</sup> Rinvio, in proposito, a quanto rilevato, *infra*, nel corso del § 3.1.

<sup>39</sup> Si sofferma sull’analisi di questo pregio della tecnica utilizzata dalla Consulta R. PESCATORE, *Caso*, cit., 11 ss.

<sup>40</sup> Poi doppiato dal Comunicato del 16 novembre del 2018, di sintesi delle motivazioni contenute nell’ord. n. 207, che è stata depositata il giorno stesso. L’utilizzo di comunicati del genere, fortemente aumentato negli anni più recenti sia per quantità sia in rapporto agli scopi perseguiti, appare meritevole di una maggior attenzione da parte della dottrina: in ogni caso, in relazione alla vicenda *de qua*, cfr. gli Autori intervenuti nel *Forum sull’ordinanza Cappato*, cit., 3 ss.; A. VACCARI, *Il ruolo dei comunicati stampa nel recente “caso Cappato”*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, spec. 190-195; e A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 277-278; nonché, sui (quattro) Comunicati concernenti la sent. n. 242 del 2019, M. PANEBIANCO, *Il seguito dell’ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 1/2020, 2-4.

<sup>41</sup> Il riferimento è al Comunicato dell’Ufficio stampa della Consulta del 24 ottobre 2018 (in <https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiStampa.do>) su cui v. i commenti di N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 25 ottobre 2018; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 26 ottobre 2018; e U. ADAMO, *Sull’aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento*, in *laCostituzione.info*, 26 ottobre 2018.

<sup>42</sup> Ferma restando, come avremo modo di vedere, l’inesistenza, in capo al legislatore, di un dovere giuridico di provvedere.

### 2.3 Le criticità

Accanto ai pregi testé menzionati si segnalano, tuttavia, anche numerose criticità.

(A) Rilevo, innanzitutto, che la pronuncia in esame solo formalmente può definirsi “ordinanza”. Dato che, sia per l’estensione delle argomentazioni sviluppate – laddove, lo ricordo, l’art. 18, comma 4, della l. n. 87 del 1953, prevede, al contrario, che: «Le ordinanze sono succintamente motivate» – sia per la sua tipica articolazione interna, tra un *Ritenuto in fatto* ed un *Considerato in diritto*, andrebbe viceversa collocata nel *genus* delle “sentenze”<sup>43</sup>.

(B) Si deve osservare, inoltre, che il dispositivo adottato dal giudice delle leggi appare (quanto meno) impreciso<sup>44</sup>. La Corte, infatti, «*rinvia* all’udienza pubblica del 24 settembre 2019 la *trattazione* delle questioni di legittimità costituzionale» (corsivo aggiunto). Vero è, tuttavia, che quelle questioni erano già state *trattate* ed in maniera approfondita. Tanto da permettere alla Corte, nella parte motiva della sua decisione, di argomentare, in maniera recisa ed assai circostanziata, la parziale illegittimità costituzionale della normativa sottoposta al suo sindacato.

(C) Non va sottaciuto, ancora, che, per il contenuto del suo dispositivo, l’ord. n. 207 è (semplicemente) una pronuncia di rinvio. Con la conseguenza che la Corte costituzionale, pur affermando<sup>45</sup> di voler evitare «l’effetto di lasciare in vita – e dunque esposta ad ulteriori applicazioni» la normativa *de qua*, non elimina, in effetti, dall’ordinamento la disposizione scrutinata, esponendo, pertanto – secondo la tesi che ritengo preferibile<sup>46</sup> – gli imputati in casi analoghi al rischio, sia pur limitato, di nuove applicazioni di una disciplina incostituzionale.

(D) Merita conto, in quarto luogo, evidenziare che l’intervento del giudice delle leggi non avviene allo scopo di censurare l’atteggiamento tenuto da un legislatore assente o quanto meno in ritardo rispetto alla doverosa analisi di domande di regolazione che provengono dalla società civile, come spesso, purtroppo, è accaduto in altre occasioni, ma dopo che il Parlamento, al contrario, aveva di recente affrontato la questione in oggetto escludendo in maniera consapevole il suicidio assistito dal novero delle fattispecie regolate dalla l. n. 219 del 2017<sup>47</sup>. Circostanza, questa, che si desume agevolmente non soltanto dall’esame dei lavori preparatori, ma anche da quanto espressamente dispone l’art. 1, comma 6, della legge *de qua*, laddove si nega la legittimità delle richieste del paziente che abbiano ad oggetto «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali», esonerando, conseguentemente, dai relativi obblighi professionali i medici destinatari di tali richieste. E dunque tracciando una linea di confine – condivisibile o meno, non interessa in questa sede approfondire<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Come peraltro rilevato da numerosi commentatori. Riflette, ampiamente, sulla questione U. COREA, *La pronuncia interlocutoria della Corte costituzionale sul caso Cappato, tra “forma” (di ordinanza) e “sostanza” (di sentenza)*, in F. S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 66 ss.

<sup>44</sup> Ovvero: «del tutto inappropriato» nel giudizio formulato, in proposito, da R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 23 giugno 2019, 2.

<sup>45</sup> Nel punto 11 della motivazione in diritto.

<sup>46</sup> Cfr. infatti, al riguardo, quanto argomentato, *infra*, nel § 3.1.

<sup>47</sup> Lo rilevano in molti. Tra gli altri C. TRIPODINA, *Le non trascurabili*, cit., 5; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 270/2018 della Corte costituzionale*, in F. S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 136 ss.; L. RISICATO, *L’incostituzionalità*, cit., 290; G. CAMPANELLI, *Quali le possibili motivazioni di una sentenza sul merito della Corte, a fronte di un legislatore silente*, *ivi*, 29 giugno 2019, 3; e A. D’ALOIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, *ivi*, 30 giugno 2019, 1-2.

<sup>48</sup> In tema, ampiamente, cfr. U. ADAMO, *Costituzione e il fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018 4 ss. ed Autori *ivi* richiamati; nonché, tra gli altri – e per citare scritti dedicati alla vicenda

– tra le ipotesi in cui si è in presenza di condotte omissive finalizzate a lasciare che la malattia giunga al suo esito naturale (*letting die*) ed i casi in cui, invece, si tratta di azioni positive in grado di anticipare la morte di un paziente, capace ed informato, che si esprima in maniera esplicita per un epilogo del genere (*killing*)<sup>49</sup>.

La Corte, per di più, in questa sua eccentrica funzione di promotrice di una nuova disciplina, non rinuncia ad apporre un termine al legislatore – la cui quantificazione, peraltro, non viene motivata né pare rispondere ad alcuna *ratio* precisa che non sia quella di evitare modifiche nella composizione del Collegio giudicante<sup>50</sup> – e ad indicare, per un verso, linee guida particolarmente dettagliate cui la nuova normativa dovrebbe ispirarsi<sup>51</sup>, nonché, per l'altro, la sede reputata più idonea per l'intervento degli organi legislativi<sup>52</sup>. Di modo che, sotto questo profilo, l'ossequio che viene dichiarato nei confronti della discrezionalità legislativa finisce per essere, se ben si considera, più apparente che reale<sup>53</sup> e non può certo stupire se taluno ha parlato, in proposito, di una vera e propria «co-determinazione dell'indirizzo politico» ovvero di una pronuncia che, «nei confronti del legislatore», è «ben più precisa e dettagliata di quanto frequentemente non siano le leggi delega nei confronti del Governo»<sup>54</sup>.

(E) È indubbio, infine, che la pronuncia in esame vada ricompresa nel *genus* delle ordinanze interlocutorie<sup>55</sup>, le quali, a loro volta, rientrano sicuramente tra gli strumenti a disposizione del

---

Cappato – A. NICOLUSSI *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia ai trattamenti salvavita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Cortisupremeesalute.it*, n. 2 del 2019, 3 ss.; A. RIMEDIO, “*Eccezione*”, cit., 73-75; e F. POGGI, *Il caso*, cit., 81 ss.

<sup>49</sup> Anche se non manca chi, in senso contrario, rileva che «[c]hi presta aiuto», in circostanze simili a quelle su cui la Corte si trovava a giudicare, «non provoca affatto la morte del paziente che lo richiama, ma ne agevola semplicemente il realizzarsi ormai inevitabile» (così P. VERONESI, *La Corte*, cit., 11).

<sup>50</sup> Per alcune riflessioni, in tal senso, cfr. ad esempio C. CUPPELLI, *Il caso*, cit., § 8.3; e G. FAMIGLIETTI, *Intervento*, in *Forum*, cit., 95. Il 24 settembre, inoltre, rappresentava la data di ripresa dei lavori della Consulta dopo la consueta pausa estiva.

<sup>51</sup> Più in particolare nel punto 10 del *Considerato in diritto*. Per un esame di tali linee direttive cfr., *ex plurimis*, A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, cit., 106-108; C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*», cit., 582-584; e C. TUCCIARELLI, *Il seguito parlamentare dell'ordinanza della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio*, in *Rass. parl.* 2018, 582-585. Si interroga sul diverso grado di coerenza dei contenuti prospettati dal giudice delle leggi E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 5 luglio 2019, 5-6.

<sup>52</sup> Ossia la l. n. 219 del 2017, a cui, non a caso, la Corte farà esplicito riferimento anche nella parte additiva della sent. n. 242 del 2019: cfr., al riguardo, quanto evidenziato, *infra*, nel § 5.

<sup>53</sup> Non mi paiono, quindi, condivisibili le parole del giudice costituzionale Viganò (*Prefazione*, cit., XVIII), il quale afferma che l'ord. n. 207 del 2018 può essere ricondotta ad «uno spirito di [...] *judicial modesty*».

<sup>54</sup> Così, rispettivamente, G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche osservazione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), n. 1/2019, 11; e D. PARIS, *Dal diritto*, cit., 3. Parla di un'«ordinanza-delega», con tanto di indicazione di oggetto, principi, criteri direttivi, termine» anche C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 2476.

<sup>55</sup> Da sempre utilizzate, dalla Corte, nei suoi giudizi in via incidentale, per motivi (quasi esclusivamente: v. nota 64) di natura processuale. Per limitarci a qualche esempio: la Corte ha motivato il rinvio a nuovo ruolo per la necessità di trattare congiuntamente «altra causa connessa o che implichi la soluzione di analoghe questioni» (ai sensi dell'art. 15, comma 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale) o in ragione di uno *ius superveniens* o della riscontrata irregolarità nel provvedimento di rimessione della *quaestio legitimitatis* od ancora nell'ipotesi in cui si trattava di sanare un'anomalia riscontrata nel contraddittorio o a seguito della cessazione dalla carica di uno dei suoi componenti o comunque per problemi attinenti alla valida costituzione del collegio (ricordo il rinvio deciso il 26 marzo

giudice delle leggi. Il quale fa «leva», per l'appunto, in casi del genere, «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale».

Attenzione, però: un conto è rinviare la discussione di una certa questione prima che la stessa, in effetti, abbia luogo; altra cosa è giudicare, nel merito – così come è avvenuto nel caso di specie – le doglianze prospettate dal giudice rimettente e solo in un secondo momento, quale conseguenza del confronto che si è già consumato in camera di consiglio, procrastinare il relativo verdetto di undici mesi<sup>56</sup>.

In quest'ultima ipotesi, infatti, anzitutto va posto in rilievo che la causa non viene semplicemente rinviata a nuovo ruolo, con successiva individuazione di una data specifica da parte del Presidente della Corte – e con le conseguenze di natura processuale che così si determinano, ad esempio sul piano del decorso dei termini e della nomina di un nuovo relatore – ma il rinvio, invece, viene operato, irrisoluto, ad un'udienza fissa che è direttamente individuata dall'intero Collegio<sup>57</sup>. Il giudizio, in altre parole, resta unico, ma si celebra in due fasi distinte.

La Corte, inoltre, come appena accennato<sup>58</sup>, «non si limita affatto a sospendere il giudizio, ma lo fa dopo aver ampiamente e diffusamente trattato il merito della questione». Sicché è palese che i motivi del rinvio in oggetto si sono prospettati all'attenzione della Corte solo nel momento in cui la stessa, dopo essersi chiaramente determinata per la fondatezza della doglianza *sub iudice*, era chiamata a scegliere il dispositivo da adottare<sup>59</sup>, consistendo, da un lato, (presumibilmente) nell'incapacità dell'organo di giustizia costituzionale di individuare una formula dispositiva caducatoria che fosse in grado di raccogliere il consenso della maggioranza dei suoi componenti<sup>60</sup>;

---

del 2002, allorché non si raggiunse il *quorum* previsto dall'art. 16, comma 2, della l. n. 87 del 1953) od anche a causa della necessità di attendere la decisione, su una *quaestio* analoga, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea o della Corte EDU (così come si è verificato, rispettivamente, con l'ord. n. 165 del 2004 e nel caso *Parrillo c. Italia*: cfr., a quest'ultimo proposito, la sent. n. 84 del 2016, punto 7 del *Ritenuto in fatto*).

<sup>56</sup> Tanto che taluno, al riguardo, è giunto sino a parlare «di una pronuncia senza precedenti e senza alcuna base nelle norme costituzionali e primarie che regolano il processo costituzionale» (in termini G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1° luglio 2019, 2). Sottolineano, tra gli altri, le non poche riserve che l'ord. n. 207 solleva in rapporto al rispetto delle regole che presidono al processo costituzionale anche A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 21 febbraio 2019, 110; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale innovativa tecnica di giudizio*, in *Quad. cost.* 2019, spec. 545 ss. e 558; nonché, pur con toni e gradi di approfondimento diversi, numerosi degli intervenuti al *Forum sull'ordinanza Cappato*, cit. (cfr., infatti, in tal senso, S. BALDETTI, B. BRANCATI, G. CAMPANELLI, G. CANALE, L. MADAU, E. MALFATTI, P. PASSAGLIA, R. ROMBOLI, C. SALOI ed F. SPAGNOLI, rispettivamente *ivi*, 61, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 74, 77; per una posizione di segno contrario v. invece, oltre a G. SALVADORI e A. SPERTI, *ivi*, 74 e 78; G. REPETTO, *Interventi*, cit., 2489 ss.; F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 24 giugno 2019, 3; e S. PENASA, *Il "seguito"*, cit., 4).

<sup>57</sup> In un solo caso, a quanto risulta, ciò è avvenuto anche in passato (così pure E. GROSSO, *Il rinvio*, cit., 546), in occasione dell'adozione dell'ord. n. 1040 del 1988, relativa, tuttavia, ad un giudizio su conflitto tra enti e ad un'ipotesi assai peculiare di richiesta di sospensione di un decreto di indizione di due *referendum* regionali.

<sup>58</sup> E per riprendere parole di R. ROMBOLI, *Caso Cappato*, cit., 2.

<sup>59</sup> Per l'ulteriore rilievo critico secondo cui, con l'ordinanza in esame, la Corte avrebbe realizzato «un allargamento del *thema decidendum* della controversia ben al di là del principio della "corrispondenza tra chiesto e pronunciato"» ovvero si sarebbe spinta «oltre il parametro della rilevanza della questione di costituzionalità» cfr., rispettivamente, G. RAZZANO, *La Corte*, cit., 6; e B. PEZZINI, *Oltre*, cit., 3 (siffatto profilo di criticità delle pronunce Cappato verrà trattato, *amplius*, nel corso del § 5.5, punto (B) con specifico riguardo alla sent. n. 242 del 2019).

<sup>60</sup> Merita conto, a tal proposito, evidenziare – con G. ORTOLANI, *La rilevanza spazio-temporale del contributo causale nella partecipazione materiale nel suicidio altrui: un'analisi costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Giur. pen.*

nonché, dall'altro e soprattutto, nell'intenzione di raggiungere, contemporaneamente, un duplice obiettivo.

Ossia:

in primo luogo, un rapido intervento da parte del legislatore<sup>61</sup>, comunicando, allo stesso – oltre al fatto che la disciplina indubbiata doveva ritenersi incostituzionale – la circostanza che il giudizio sarebbe in ogni caso (automaticamente) proseguito, senza attendere, quindi, l'eventualità che un altro giudice sollevasse analoga doglianza;

ed in secondo luogo, un blocco nell'applicazione della normativa impugnata<sup>62</sup> che riguardasse, innanzitutto, il giudizio *a quo*<sup>63</sup>. Così da evitare, come in effetti è avvenuto, una (ingiusta) condanna dell'imputato nel corso del giudizio principale.

Ora, se quanto affermato corrisponde a verità, è evidente che il rinvio in esame non viene operato dal giudice delle leggi per ragioni che attengono al processo incidentale. Con la conseguenza che è possibile affermare che tramite l'ord. n. 207 del 2018 la Corte, per la prima volta, rinvia la propria decisione, per motivi estranei al giudizio in corso, non tanto per deferenza nei confronti del legislatore – ossia per evitare interferenze nei confronti di un *iter* legislativo già avviato, così come praticato in rare occasioni precedenti<sup>64</sup> – ma allo scopo principale di dare essa stessa l'avvio ad un nuovo percorso di decisione politica. Senonché, così facendo, la Corte utilizza uno strumento diverso da quello di cui (positivamente) dispone per provocare l'intervento degli organi legislativi (*id est*: mediante una dichiarazione di illegittimità costituzionale) e dunque si serve dei «propri poteri di gestione del processo costituzionale» per finalità che appaiono improprie<sup>65</sup>.

---

*web*, 2019, 1-bis, 540 – che l'ord. n. 207 del 2018 è stata adottata a seguito di «una lunghissima camera di consiglio (segno di dissonanze e perplessità)». Rileva che l'«inedita scelta processuale tradottasi nell'ord. n. 207/2019 è certamente spia di una faglia profonda che attraversa al suo interno il collegio costituzionale» anche A. PUGIOTTO, *L'altra*, cit., 4-5; mentre A. D'ALOIA, *In attesa*, cit., 3 osserva che l'«andamento del ragionamento della Corte [...] sembra evidentemente testimoniare la difficoltà» della stessa «di pervenire ad un esito largamente condiviso». Diversa, sul punto, l'opinione espressa da M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» tra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), n. 3/2018, 14-15.

<sup>61</sup> Come esplicitato, del resto, nel Comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale del 24 ottobre 2018 («la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580, comma 1, c.p. all'udienza del 24 settembre 2019» per «consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina»).

<sup>62</sup> Ma sulla differente efficacia che connota, sotto questo profilo, il *dictum* della Consulta rispetto alle analoghe decisioni tedesche di *Unvereinbarkeit*, rinvio a quanto evidenziato nel § 3.1.

<sup>63</sup> Questa specifica motivazione della pronuncia della Corte traspare, molto chiaramente, da quanto osserverò, tra un attimo, all'inizio del § 3.1 ed in particolare a nota 68.

<sup>64</sup> Comunque anch'esse assai discusse: si pensi alla nota vicenda relativa alla legge elettorale denominata *Italicum*, nel quale l'udienza per la discussione di varie questioni di costituzionalità venne spostata di oltre tre mesi in previsione della consultazione referendaria, sulla riforma costituzionale Renzi-Boschi, già fissata per il 4 dicembre del 2016 (per altri casi, sempre relativi a giudizi in via incidentale, cfr. M. MASSA, *Una ordinanza*, cit., 13-14).

<sup>65</sup> In proposito parla, efficacemente – e proprio in relazione all'ordinanza Cappato – di un «uso disinvolto» delle «tecniche decisorie di cui la Corte dispone [...], a mezzo di innaturali mescolamenti dei profili di ammissibilità con quelli di merito delle questioni» esaminate A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 27 novembre 2019.



### 3. I controversi effetti dell'ord. n. 207 del 2018

Le difficoltà evidenziate nell'individuare la natura dell'ord. n. 207 del 2018 si sono inevitabilmente tradotte in opinioni diversificate circa gli effetti prodotti dalla stessa.

Occorre distinguere, al riguardo, tra giudici e legislatore<sup>66</sup>.

#### 3.1. (segue): a) nei confronti dei giudici

Sotto il primo profilo, in verità, nessuno, a quanto consta, ha affermato che il giudizio principale potesse proseguire. Conclusione, questa, che non discende, tuttavia – come taluno ha posto in rilievo<sup>67</sup> – dal fatto che i giudici della Consulta si fossero «premurati [...] di disporre l'ulteriore sospensione del giudizio *a quo*» oppure in ragione dell'«intervento accertamento dell'incostituzionalità» operato dalla Corte, quanto piuttosto dal fatto che la stessa non si era ancora (formalmente) pronunciata sul merito della doglianza. Ed aveva dunque trattenuto presso di sé gli atti del processo a Cappato che proprio per questo motivo non poteva proseguire. Quel giudizio, in altre parole, era e non poteva che rimanere sospeso. Per cui risulta sorprendente che la Corte ritenga necessario precisarlo espressamente in una duplice occasione – ovvero sia all'interno dell'ord. n. 207 sia nel Comunicato immediatamente successivo alla camera di consiglio<sup>68</sup> – testimoniando, se non altro, una specifica attenzione (se non proprio una notevole apprensione) nei confronti dell'effettivo esplicitarsi di questa ovvia conseguenza della sua decisione.

Quanto, poi, agli altri processi in cui si discuteva di casi analoghi<sup>69</sup>, qualche Autore ha sostenuto che «è assolutamente da escludere che la disposizione possa avere applicazione in un qualsivoglia giudizio»<sup>70</sup>. Si sarebbe assistito, quindi, in quest'ottica, «ad una peculiare “paralizzazione” dell'applicazione della norma», ossia ad un «ordine» emesso dalla Corte e concernente il «“blocco di applicazione” dell'art. 580 c.p.»<sup>71</sup>. Blocco il cui mancato rispetto avrebbe costituito, addirittura, una «verosimile fonte di responsabilità disciplinare e civile del magistrato, per violazione manifesta della legge»<sup>72</sup>.

L'impostazione testé richiamata non convince.

---

<sup>66</sup> Mentre dei (presunti) vincoli nei confronti della stessa Corte costituzionale mi occuperò, *infra*, nel § 5.1.

<sup>67</sup> Il riferimento, rispettivamente, è a GIU. SERGES, *E se*, cit., 41; e a N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., 4.

<sup>68</sup> Cfr. infatti, rispettivamente, il punto 11 della motivazione in diritto («Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio *a quo*») ed il Comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale del 24 ottobre del 2018 la cui ultima frase recita, per l'appunto: «Resta ovviamente sospeso il processo *a quo*» (se è ovvio perché precisarlo?).

<sup>69</sup> Un esempio, da più parti menzionato, è il giudizio tuttora pendente presso la Corte di Assise di Massa che vede Marco Cappato imputato, insieme a Mina Welby, per il reato di istigazione o aiuto al suicidio sotto forma di concorso fornito a Davide Trentini (per seguire le tappe di questo processo rinvio ad *Associazione Luca Coscioni* ([www.associazionelucacoscioni.it](http://www.associazionelucacoscioni.it)). Al momento in cui si redige il presente scritto è fissata per l'8 luglio del 2020 l'audizione di un consulente tecnico di parte allo scopo di verificare l'esistenza dei requisiti indicati, dalla Corte, come scriminanti, con la sent. n. 242 del 2019 (sul punto cfr., *infra*, § 5).

<sup>70</sup> In termini M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 4 (ma v. anche, con le stesse parole, G. ORTOLANI, *La rilevanza*, cit. 541). Per posizioni analoghe cfr. inoltre G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2018, 718; U. COREA, *La pronuncia*, cit., 74; F. S. MARINI, *L'ordinanza*, cit., 213; A. NATALINI, *Brevi*, cit., 250; ed A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo*, cit., 2469.

<sup>71</sup> Cfr., in tal senso, N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., rispettivamente 6 e 8.

<sup>72</sup> Così, ancora, M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 4; con affermazione che pare condivisa da G. BATTAGLIA, *Intervento*, in *Forum*, cit., 62.

In primo luogo, essa dimentica che lo stesso giudice delle leggi, nel punto 11 del *Considerato in diritto*, avevano concluso, in proposito, in maniera assai più prudente. Osservando, infatti, che: «Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa *in parte qua*».

In secondo luogo, vorrei osservare che se è innegabile che quale conseguenza della pronuncia in oggetto – e dunque in ragione del riconoscimento dell'illegittimità certa ed attuale della disciplina impugnata – risultava assai improbabile, di fatto, che altri giudici negassero l'esistenza della “non manifesta infondatezza” di un dubbio concernente il reato in parola, lo è altrettanto, tuttavia, che, sul piano strettamente giuridico, non esisteva alcun obbligo, per i giudici diversi da quello rimettente, di sollevare un'analogha *quaestio* all'attenzione della Corte<sup>73</sup>.

A tal proposito, infatti, va posto in rilievo che il nostro sistema di giustizia costituzionale non contempla l'ipotesi di questioni di legittimità costituzionale che debbano essere obbligatoriamente sollevate per il solo fatto che un altro giudice, in un caso analogo, abbia provveduto in tal senso. Il potere-dovere di prospettare la doglianza alla Corte, si genera, infatti, solo nel momento in cui un giudice, sulla base delle *proprie* opzioni ermeneutiche, ritenga il dubbio “non manifestamente infondato” (nonché, ovviamente, rilevante)<sup>74</sup>. E non poteva certo escludersi, nella fattispecie, che un altro titolare della funzione giurisdizionale potesse ritenere corretta una diversa interpretazione dell'art. 580 c.p., magari pervenendo ad una lettura dello stesso conforme a Costituzione<sup>75</sup>, anche perché, se è vero che i casi della vita non si presentano mai uguali a sé stessi e questa sola circostanza influisce sull'esegesi del dato normativo, occorre evidenziare, per di più<sup>76</sup>, che proprio in presenza di «casi critici», quando cioè «le categorizzazioni di senso e di valore appaiono in tutta chiarezza e in tutta la loro importanza», si verifica, in misura maggiore, «non una comunanza, ma una divisione, tra gli interpreti» che è dovuta, per l'appunto, ai loro diversi orientamenti pre-giuridici (moralì, filosofici, religiosi, ecc.). Di modo che, nell'ipotesi in esame, e proprio perché si trattava «di questione sommamente controversa, che coinvolge insopprimibili principi etici e valori “ultimi”, rispetto ai quali le convinzioni personalissime di ciascun individuo tendono inevitabilmente a prevalere anche nella formulazione delle sue opzioni ermeneutiche», ci si poteva ragionevolmente attendere che altri giudici potessero «ragionare (e legittimamente argomentare) in modo diverso»<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Nel medesimo senso, e molto chiaramente, A. RUGGERI, *Venuto*, cit., 574; nonché, tra gli altri, E. GROSSO, *Il rinvio*, cit., 555-557; e C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*», cit., 571.

<sup>74</sup> Se ciò accade, peraltro – sia detto incidentalmente – non può ritenersi sufficiente (come invece è accaduto nel giudizio menzionato a nota 69 e come afferma C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 20 marzo 2019, 14, in relazione al caso di specie) che il giudice «sospend[a] il giudizio in attesa della decisione della Consulta», dando così vita ad un'ipotesi di sospensione impropria del processo che è da tempo criticata da molti studiosi, perché risulta al contrario necessaria la contestuale prospettazione di una questione di legittimità costituzionale. Sul punto v. già A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, 152; cui *adde*, di recente e tra gli altri, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 109; nonché, tra i commentatori dell'ordinanza Cappato, E. GROSSO, *Il rinvio*, cit., p. 555.

<sup>75</sup> Cfr., al riguardo, quanto evidenziato, *infra*, nel corso del § 5.2.

<sup>76</sup> Per riprendere parole di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 191.

<sup>77</sup> Come giustamente rileva E. GROSSO, *Il rinvio*, cit., p. 557.

Né varrebbe obiettare, a questo modo di vedere, che esso non tiene nella dovuta considerazione il fatto che, in questa specifica occasione, il *vulnus* costituzionale era già stato accertato, dal giudice delle leggi, in maniera assai chiara ed assertiva. È questa la tesi avanzata da un Autore che, proprio sulla base di questa caratteristica peculiare della motivazione sviluppata nell'ord. n. 207, afferma che, «indipendentemente dal *nomen iuris* e dal contenuto della sua parte dispositiva», la pronuncia in parola presenta la natura e gli effetti di una decisione «ad incostituzionalità immediata e ad annullamento differito»<sup>78</sup>. Con la conseguenza che, nel valutare la non manifesta infondatezza di un'analogo questione, ciascun giudice non poteva «non tener conto che nell'ordinamento vi è un accertamento definitivo da parte del giudice costituzionale che ha riconosciuto l'esistenza dell'antinomia»<sup>79</sup>.

A prescindere, infatti, da ulteriori rilievi che appaiono opponibili a siffatta impostazione<sup>80</sup>, vorrei evidenziare che, nel nostro ordinamento, con l'eccezione, per le sentenze di accoglimento, degli effetti previsti dagli artt. 136 Cost. e 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953<sup>81</sup>, le decisioni della Corte costituzionale non determinano alcun effetto vincolante nei confronti dei giudici. Ora, l'ord. n. 207 del 2018, come già rilevato – e pur con tutte le peculiarità che la contraddistinguono – «è, e resta, per forma ed effetti», una pronuncia «di rinvio della decisione»<sup>82</sup>. Sicché non condivido l'opinione di chi afferma che dalle motivazioni espresse dalla Corte scaturivano obblighi di natura giuridica nei confronti dell'operato degli organi giurisdizionali, giacché è corretto invece affermare che la pressione esercitata dall'ordinanza *de qua* era esclusivamente legata alla forza persuasiva delle argomentazioni *ivi* sviluppate e come tale priva di conseguenze giuridicamente prestabilite.

### 3.2. (segue): b) nei confronti del legislatore

Quanto, poi, agli effetti prodotti dall'ord. n. 207 nei confronti del legislatore, c'è chi ha sostenuto che, a seguito della pronuncia di cui si discute, si era determinata «*non la facoltà, ma il dovere* per quest'ultimo di intervenire a normare la materia secondo le indicazioni della Corte»<sup>83</sup>. Ovvero, in maniera analoga, che «l'avvertimento» formulato dalla Consulta non era «circosccrivibile

---

<sup>78</sup> In termini F. S. MARINI, *L'ordinanza*, cit., rispettivamente 206 e 212. In senso non dissimile, se bene intendo, R. PESCATORE, *Caso*, cit., 14 (corsivi testuali), la quale parla, con riferimento «all'inedito modulo monitorio» che connota l'ordinanza *de qua*, di uno «*stadio intermedio di efficacia*» tra una pronuncia di inammissibilità (o di infondatezza) ed una di accoglimento.

<sup>79</sup> Così, ancora, F. S. MARINI, *L'ordinanza*, cit., 213; nonché, ma in senso più sfumato, M. CECCHETTI, *Appunti*, cit., 15.

<sup>80</sup> E per i quali rimando alle acute riflessioni di C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'ordinanza Cappato*, in F. S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 167-168.

<sup>81</sup> Nonché, volendo essere precisi, degli effetti determinati dalle pronunce di infondatezza, entro confini, peraltro, ben delimitati e nei confronti del solo giudice *a quo*.

<sup>82</sup> Come efficacemente sintetizzato da A. RUGGERI, *Venuto*, cit., 574.

<sup>83</sup> Così M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 4 (corsivi testuali). In senso non dissimile A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 4/2019, 25, il quale afferma che la Corte ha prefigurato «l'elaborazione di una normativa di dettaglio, costituzionalmente imposta e a contenuto vincolato» (corsivi testuali); e G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 28 giugno 2019, 2, secondo cui la Consulta, con la pronuncia in esame, ha riconosciuto «a carico del legislatore "un obbligo di normare"».

ad una mera sollecitazione», dato che «il seguito parlamentare ricollegabile ad un monito “a termine”» si traduceva, al contrario, «in una ottemperanza “obbligata”»<sup>84</sup>.

Non concordo con questa affermazione. Giacché ritengo, all'opposto, che non si possa parlare di una valenza giuridicamente cogente del termine fissato per l'intervento degli organi legislativi<sup>85</sup>, né nell'*an* né nel *quomodo*<sup>86</sup>. Si tratta, infatti, di un monito al legislatore – formulato, per di più, all'interno di una semplice ordinanza di rinvio – la cui forza persuasiva poteva sì risultare più elevata, rispetto al passato, per quanto evidenziato nelle pagine che precedono<sup>87</sup>, ma rimaneva pur sempre confinata nel campo della *moral suasion*. Ciò di cui la Corte mostra, del resto, di essere pienamente consapevole, parlando, nella sua motivazione<sup>88</sup>, di una «eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela».

#### 4. Gli scenari ipotizzabili al 24 settembre del 2019

A seguito dell'adozione dell'ord. n. 207 si aprivano, per lo meno in astratto, tre diversi macro-scenari, a seconda del grado di «leale e dialettica collaborazione»<sup>89</sup> che il legislatore avesse voluto prestare nei confronti dell'invito formulato dalla Corte.

Il primo e meno problematico vedeva l'intervento degli organi legislativi, entro il termine prefissato e nel rispetto delle indicazioni fornite dal giudice delle leggi, con disciplina applicabile anche nei confronti delle parti del giudizio principale<sup>90</sup>. Al verificarsi di questa ipotesi, presumibilmente, la Consulta avrebbe restituito gli atti al giudice rimettente per *ius superveniens*<sup>91</sup>

---

<sup>84</sup> In termini I. ROBERTI, *Il monito della Corte costituzionale ed il termine di scadenza per il seguito parlamentare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 3 luglio 2019, 6. Nel medesimo ordine di idee U. COREA, *La pronuncia*, cit., 74; e F. S. MARINI, *L'ordinanza*, cit., 213, il quale afferma, inoltre, che sull'osservanza di tale vincolo che sorgeva a carico del legislatore «dovrebbero vigilare non solo i presidenti dei due rami delle Assemblee, ma anche il Presidente della Repubblica».

<sup>85</sup> In questo senso, del resto, la dottrina assolutamente prevalente a commento dell'ordinanza *de qua*. Sul tema, invece, del seguito legislativo alle analoghe pronunce tedesche di *Unvereinbarkeit* cfr. ad esempio il risalente studio di C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden Baden, 1996, 140 ss.; nonché le recenti informazioni fornite da M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do>, 2018, 32; e da N. FIANO, *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: le Unvereinbarkeitserklärungen quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 30 marzo 2020, 286 ss.

<sup>86</sup> Ricordo, d'altro canto, incidentalmente, che in materia di «fine vita» la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce a «tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa ... un ampio margine di apprezzamento nel decidere se e come legiferare» (così G. RAZZANO, *Sulla relazione*, cit., 3, corsivi testuali).

<sup>87</sup> Ed in particolare nel § 2.2.

<sup>88</sup> E più precisamente nel punto 11 del *Considerato in diritto* (corsivo dell'Autore).

<sup>89</sup> Per utilizzare l'espressione che si legge nel punto 11 della motivazione in diritto dell'ord. n. 207.

<sup>90</sup> Per un'analisi dettagliata della specifica ipotesi in cui il legislatore avesse sì approntato una risposta normativa adeguata, ma non avesse provveduto a regolare, in via transitoria, la situazione di chi aveva violato l'art. 580 c.p. nel periodo antecedente il suo intervento, rinvio a M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 5.

<sup>91</sup> Di diverso avviso le opinioni espresse da P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 28 giugno 2019, 1, il quale afferma che, nel caso in esame, «la soluzione più pacifica» sarebbe stata quella dell'adozione di una «sentenza di rigetto, data l'inequivoca applicazione dello *ius superveniens* al giudizio *a quo* e la sua portata appagante»; e da F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato”*, cit., 7-8, il quale, procedendo

– chiedendogli, pertanto, di valutare *ex novo* la rilevanza e la non manifesta infondatezza dei dubbi prospettati – e la Corte d'Assise di Milano non avrebbe sollevato un'ulteriore questione limitandosi ad assolvere l'imputato.

Una seconda eventualità consisteva, ancora, in un intervento del legislatore, ma che non risultasse (pienamente) rispettoso delle indicazioni contenute nell'ordinanza *de qua*. Quale si poteva, ad esempio<sup>92</sup>, prospettare o nel caso in cui lo stesso avesse ommesso di regolare qualche aspetto della nuova disciplina ritenuto imprescindibile dalla Corte costituzionale oppure avesse, sì, adottato, una nuova regolamentazione della materia in parola, la quale risultava, però, (sostanzialmente) identica alla precedente. In quest'ultima ipotesi, a parere di chi scrive, la Corte avrebbe potuto trasferire la *quaestio* al (solo formalmente) nuovo oggetto<sup>93</sup>, procedendo, quindi, al suo scrutinio nel merito; nelle altre, invece<sup>94</sup>, ritengo che l'organo di giustizia costituzionale si sarebbe realisticamente orientato a restituire gli atti al giudice rimettente, attendendo che lo stesso (od altro giudice) gli prospettasse una nuova questione.

Un terzo scenario, infine, vedeva il Parlamento ignorare completamente l'invito formulato nell'ord. n. 207 e conseguentemente la Corte costituzionale constatare, alla scadenza del termine assegnato, l'inerzia del decisore politico. È quello che, com'è noto, è avvenuto, dando luogo all'adozione della sent. n. 242 del 2019.

## 5. La sentenza Cappato

Con questa pronuncia il giudice delle leggi, dopo aver richiamato in maniera minuziosa il contenuto dell'ord. n. 207<sup>95</sup> – che con l'odierna «si salda», come evidenzia la Consulta, «in consecuzione logica»<sup>96</sup> – ed avere inoltre preso atto della perdurante inattività degli organi

---

dall'osservazione che la Corte, nell'ord. n. 207 cit., aveva posto in rilievo che «all'udienza del 24 settembre 2019 “potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela”», scrive «che la restituzione degli atti non sembra trovare spazio nell'orizzonte immaginato dalla Corte, e ciò a prescindere dal tipo di legge che il legislatore, eventualmente, dovesse approvare».

<sup>92</sup> Per l'individuazione (e la discussione) di ulteriori sub-ipotesi rispetto a quelle indicate nel testo cfr. P. CARNEVALE, *Sull'esito*, cit., 4-7.

<sup>93</sup> Come è avvenuto, di recente, con le sentt. nn. 125 e 194 del 2018 (in dottrina, nel medesimo senso, cfr. almeno A. RUGGERI, *Pilato*, cit., 569; ID., *Venuto*, cit., 575 nota 24).

<sup>94</sup> La distinzione operata nel testo non si ritrova né in chi, come M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*», cit., 16, a fronte dell'ipotesi in cui «la disciplina introdotta dal legislatore» non avesse dato «un appropriato seguito alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale» afferma senz'altro che «quest'ultima potrà trasferire la questione di costituzionalità sulla nuova disciplina»; né in chi, all'opposto, nella medesima situazione, esclude senza eccezioni che, «una volta ripreso il giudizio, [...] il giudice costituzionale passi direttamente a scrutinare la legittimità costituzionale della novella legislativa» (così P. CARNEVALE, *Sull'esito*, cit., 6).

<sup>95</sup> Tanto che nel solo *Considerato in diritto* la Corte richiama tale pronuncia ben diciassette volte riportando, alla lettera, frasi o brani – anche estesi – della stessa in diciannove occasioni.

<sup>96</sup> Così si legge nel punto 2 della motivazione in diritto. Ciò non toglie, tuttavia, che, sotto il profilo sostanziale di cui non mi occupo, la sentenza Cappato si segnali, rispetto alla pronuncia del 2018, per alcune novità non trascurabili. Il nodo principale, al riguardo, concerne l'utilizzo della nozione di dignità, declinata in senso soggettivo, che appare senz'altro ridimensionato nella sent. n. 242: sul punto cfr., pur con toni e sfumature diverse, A. NICOLUSSI *Lo sconfinamento*, cit., 13-14; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Cortisupremeesalute.it*, n. 2 del 2019, 7 ss.; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, in *Sist. pen.*, n. 12 del 2019, 46; P. VERONESI, *La Corte*, cit., 9, nota 21; e U. ADAMO, *La Corte costituzionale*, cit., 36, nota 45.

legislativi<sup>97</sup>, ha affermato<sup>98</sup> di non poter «ulteriormente esimersi» dal «rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato» stante «l'esigenza di garantire la legalità costituzionale».

Siccome, però – come già evidenziato nella pronuncia del 2018 – «un annullamento “secco” della norma incostituzionale» avrebbe determinato, nel pensiero del giudice delle leggi, «vuoti di disciplina» che si sarebbero inevitabilmente tradotti «in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa)», la Corte ha ritenuto doveroso e possibile «farsi carico dell'esigenza di evitarli, [...] ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento».

In quest'ottica, pertanto, la Consulta<sup>99</sup>, dopo aver ribadito quanto «già puntualmente individuato, nell'ord. n. 207 del 2018», circa «le situazioni in rapporto alle quali l'indiscriminata repressione penale dell'aiuto al suicidio [...] entra in frizione con i precetti costituzionali evocati»<sup>100</sup>, ha subordinato «la non punibilità dei fatti» potenzialmente criminosi «al rispetto di specifiche cautele, volte a garantire – nelle more dell'intervento del legislatore – un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta».

Così, innanzitutto, la Corte ha identificato nella disciplina prevista dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017 una procedura medicalizzata «già presente nel sistema» ed «estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo». Ciò che consente, tra l'altro, di ritenere soddisfatta l'esigenza già evidenziata con l'ordinanza del 2018 ed oggi ribadita nel punto 2.4 del *Considerato in diritto*, per cui «il coinvolgimento in un percorso di cure palliative deve costituire [...] un prerequisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente».

Trattandosi, tuttavia, nel caso in esame, non tanto di individuare una procedura concernente ipotesi di rifiuto o sospensione di cure già in atto, ma di predisporre una disciplina relativa a trattamenti diretti ad accelerare la morte di una persona affetta da malattia irreversibile, la Corte ritiene necessario subordinare la non punibilità di condotte del genere al rispetto di ulteriori requisiti, di natura procedurale, che peraltro non erano stati indicati nella ordinanza precedente. Ossia:

a) che «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio» venga compiuta «– in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – [d]a strutture pubbliche del servizio

---

<sup>97</sup> Su questo aspetto della sentenza Cappato cfr., *amplius*, quanto evidenziato nel corso del paragrafo successivo.

<sup>98</sup> Nel punto 4 dello svolgimento in diritto, da cui sono tratte anche le citazioni riportate, nel testo, nel capoverso successivo.

<sup>99</sup> Nei punti 5 e 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>100</sup> E cioè, lo ricordo, il fatto che ad essere aiutato a procurarsi la morte debba risultare una persona, già coinvolta «in un percorso di cure palliative» (così punto 2.4 dello svolgimento in diritto): «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». Su questi quattro requisiti sostanziali individuati dalla Corte allo scopo di escludere l'applicabilità dell'art. 580 c.cfr., ampiamente e tra gli altri, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in F. S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 55 ss.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio “medicalizzato”. La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. n. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, ivi, 194 ss.; G. BATTISTELLA, *Il diritto*, cit., 15 ss.; e O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 21 gennaio 2020, 380-381.

sanitario nazionale», così «da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze»;

b) che in ragione della «delicatezza del valore in gioco» debba pronunciarsi, su ogni caso, «un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità». Questo organo viene individuato, «[n]elle more dell'intervento del legislatore», nei «comitati etici territorialmente competenti» che sono stati istituiti con decreto del Ministro della salute dell'8 febbraio 2013 in attuazione dell'art. 12, commi 10 e 11, del d. l. n. 158 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 189 dello stesso anno<sup>101</sup>.

Quanto, poi, al delicato tema dell'obiezione di coscienza<sup>102</sup> la Corte precisa che la pronuncia adottata non avrebbe determinato «alcun obbligo», per il personale sanitario coinvolto, di procedere all'«aiuto al suicidio». Ma che restava, invece, «affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato».

Rimaneva, a questo punto, un problema, di natura transitoria, che la Corte affronta nel punto 7 della motivazione in diritto.

La procedura indicata, infatti, in quanto introdotta dal giudice delle leggi con la pronuncia *de qua*, non poteva valere quale condizione per la non punibilità del reato di aiuto al suicidio in relazione ai fatti commessi anteriormente alla pubblicazione della sent. n. 242 sulla Gazzetta ufficiale (e cioè prima del 27 novembre del 2019). Ragion per cui la Corte ritiene doveroso procedere ad una «diversa scansione» degli effetti della sua decisione «sul piano temporale».

*Pro futuro* varrà quindi la disciplina poc'anzi menzionata.

Per i fatti anteriori, invece, compreso quello dibattuto nel «giudizio *a quo*, che precede la stessa entrata in vigore della l. n. 219 del 2017 [...], la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata» alla circostanza «che l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee, comunque sia, a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti. Occorrerà dunque»:

*primo*: «che le condizioni del richiedente» che legittimano la prestazione dell'aiuto al suicidio «abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico»;

*secondo*: «che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni»;

*terzo*: «che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a quest'ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua. Requisiti tutti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto»<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup>Dubbi sull'effettiva idoneità di tali comitati ad esercitare la funzione loro assegnata dalla Corte sono stati espressi, in dottrina, sia in ragione della loro composizione ritenuta inadatta a valutare la sussistenza di requisiti di natura prevalentemente medica; sia per il rischio di approcci pregiudizialmente difformi a causa dei diversi indirizzi politici delle singole regioni (i membri di tali Comitati sono infatti nominati dai direttori sanitari degli istituti di cura presso cui sono incardinati); sia, infine, per l'aggravio della procedura che così si determina a danno di malati in condizioni irreversibili: in tema, tra gli altri, v. C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 50; M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 23 dicembre 2019, 13-14; U. ADAMO, *In mancanza di risposte da parte del legislatore e in attesa di quelle che potrà comunque darne, la Corte decide sui profili della regolazione dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 9 gennaio 2020, 4-5; ID., *La Corte*, cit., 52-53; e M. E. BUCALO, *La "circoscritta (e puntellata) area"*, cit., 117-118.

<sup>102</sup> Su cui v., *infra*, quanto evidenziato nel corso del § 5.5.

<sup>103</sup> Così come è avvenuto, in seguito, nel giudizio *a quo*, conclusosi con l'adozione della sentenza 23 dicembre 2019, n. 8, con la quale la 1<sup>a</sup> Corte di Assise di Milano ha assolto Marco Cappato «perché il fatto non sussiste» (la

La Corte, infine, dopo aver ribadito «con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati», adotta un dispositivo, assai articolato, che conviene riportare per esteso:

«dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

### 5.1. La Corte decide ...di decidere

In via preliminare va posto in rilievo che, anche dopo l'adozione dell'ord. n. 207 del 2018, all'organo di giustizia costituzionale non era formalmente precluso il ricorso ad alcun tipo di soluzione giurisprudenziale<sup>104</sup>.

L'opposta soluzione, sostenuta da qualche Autore<sup>105</sup>, secondo cui, quale esito della pronuncia precedente, la Corte doveva necessariamente addivenire ad una declaratoria di incostituzionalità, fa leva, se ben si considera, su una ricostruzione del rapporto esistente tra le due pronunce Cappato quali fasi interne di un'unica decisione. Prefigurando, così, un legame di inscindibilità fra le stesse che ricorda assai da vicino il meccanismo delle decisioni di *Unvereinbarkeit*, ma che dimentica, tuttavia, che, nel nostro ordinamento – come già ricordato in precedenza a proposito del vincolo creato dall'ord. n. 207 nei confronti dei giudici comuni<sup>106</sup> – solo alle sentenze di accoglimento può riconoscersi valore vincolante ed efficacia *erga omnes*. Mentre l'ordinanza del 2018 è una pronuncia di natura interlocutoria mediante la quale il giudice delle leggi si è limitato a disporre un rinvio della trattazione della causa ad una nuova udienza.

---

sentenza si legge, ad esempio, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/01/sentenza-M.-Cappato.pdf>). Giuste critiche, a mio avviso, alla formula prescelta dalla Corte milanese, in C. CUPELLI, *Le motivazioni della sentenza di assoluzione della Corte di Assise di Milano e la perdurante inerzia del legislatore*, in *Sistema penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 6 febbraio 2020, § 5, laddove si rileva che, alla luce delle argomentazioni sviluppate dalla Consulta, si configurava, nel caso di specie, una scriminante procedurale ed era dunque preferibile assolvere l'imputato perché "il fatto non costituisce reato".

<sup>104</sup> Cfr. tra gli altri, nel medesimo senso, M. MASSA, *Una ordinanza*, cit., 16; A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, cit., 108-109; gli *Interventi* di L. MADAU e A. SPERTI, in *Forum*, cit., rispettivamente 97 e 109; ed E. GROSSO, *Il rinvio*, cit., 559.

<sup>105</sup> V. ad esempio, nel senso esplicitato nel testo, F. S. MARINI, *L'ordinanza*, cit. 213; e M. CECCHETTI, *Appunti*, cit., 13-16; nonché, ma in tono più sfumato, G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di "Quaderni costituzionali"*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 8 giugno 2019, 4; G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 24 giugno 2019, 2; e S. PENASA, *Il "seguito"*, cit., 3.

<sup>106</sup> V. infatti le riflessioni sviluppate, in proposito, nel corso del § 3.1.



Non a caso, del resto, nella parte motiva della sent. n. 242 del 2019, nulla si legge circa l'esistenza di un vincolo del genere. Ed è anzi interessante, in senso contrario, notare come l'organo di giustizia costituzionale ritenga necessario precisare che i rilievi e le conclusioni già raggiunte, «in ordine al *thema decidendum*», dovevano considerarsi, «in questa sede, confermati», nonché che la pronuncia che si veniva adottando doveva ritenersi in un rapporto di «consecuzione logica» (e non, quindi, di pre-determinazione giuridica) nei confronti della precedente.

Si pensi, d'altro canto, a cosa sarebbe avvenuto se *medio tempore* qualche membro della Corte costituzionale avesse cambiato opinione, magari a seguito di reazioni particolarmente critiche e generalizzate da parte delle organizzazioni rappresentative delle categorie professionali interessate o di una "ribellione" dei giudici che avessero continuato, imperterriti, ad applicare la normativa in questione. Oppure qualora, nel frattempo, qualche giudice costituzionale si fosse dimesso o avesse comunque cessato dalle proprie funzioni per un qualsivoglia impedimento permanente, rovesciando, in tal modo, l'equilibrio raggiunto, all'interno del Collegio, mediante l'adozione della pronuncia precedente. Davvero si ritiene che, in ipotesi siffatte, l'ord. n. 207 del 2018 sarebbe risultata *giuridicamente* preclusiva di un diverso responso sulla *quaestio* scrutinata?

Se questo è vero, pertanto, ritengo necessario analizzare la sent. n. 242 del 2019 procedendo dal rilievo che la Corte costituzionale, decidendo di decidere – ossia giudicando nel merito le questioni *sub iudice* – non è pervenuta ad altri due esiti, per l'appunto, *giuridicamente* possibili del suo sindacato. Ossia:

a) ad una pronuncia di inammissibilità per rispetto della sfera di discrezionalità politica che è riservata al legislatore;

b) ad una proroga del termine già concesso tramite l'adozione di un ulteriore rinvio.

a) Sotto il primo profilo la Corte ha argomentato, nel punto 2.5 della motivazione in diritto, limitandosi a richiamare le osservazioni sviluppate nell'ordinanza dell'anno precedente. E dunque ribadendo che, «nella specie»<sup>107</sup>, la tecnica decisionale di cui si discute non poteva trovare applicazione.

Assai sorprendente, del resto, sarebbe risultato un esito diverso del controllo di costituzionalità<sup>108</sup>. Se solo si considera, per un verso, che si trattava del medesimo giudizio che aveva già dato luogo all'adozione dell'ord. n. 207; nonché, per l'altro, che la decisione in oggetto veniva assunta a distanza di soli undici mesi dalla precedente ed in presenza, per di più, della stessa composizione del Collegio giudicante. La Corte, d'altra parte, se avesse voluto tornare sui propri passi, sarebbe stata costretta a fornire una *probatio* (invero) *diabolica*, dato che avrebbe dovuto argomentare perché mai ritenesse corretto ricorrere ad una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore dopo aver affermato a chiare lettere che tale tipo di soluzione non era affatto in grado di garantire risposte adeguate rispetto alle esigenze che si prospettavano nel caso in esame. Senza contare, infine, che un *revirement* sull'aspetto in parola non avrebbe toccato un aspetto secondario delle motivazioni sviluppate nell'ordinanza del 2018, ma avrebbe comportato, viceversa, la demolizione di una delle colonne portanti su cui si reggeva l'intero *iter* argomentativo che aveva condotto a quella innovativa decisione.

b) Sull'eventualità, invece, di un ulteriore termine concesso al decisore politico, la Corte si sofferma nel punto 3 del *Considerato in diritto*. Constatando non soltanto che non era stata adottata alcuna nuova normativa nella materia in oggetto, ma, per di più, che l'intervento del

---

<sup>107</sup> Cfr., al riguardo, quanto evidenziato, *supra*, nelle note 17 e 37.

<sup>108</sup> Per riflessioni analoghe, *inter alios*, cfr. F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato"*, cit., 5.

legislatore era ben lungi dall'essere «imminente»<sup>109</sup>. Di modo che: «In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni».

La Consulta, così argomentando, sembra quindi smentire quegli Autori che avevano parlato, al contrario, di un «dovere di decidere» in capo al giudice delle leggi<sup>110</sup>. Oppure che, senza giungere a siffatta conclusione – ed in ragione dell'esigenza «di tener fede agli impegni assunti» – avevano comunque escluso l'ipotesi di «un nuovo atto di rinvio, seppur motivato in relazione ad un procedimento *in itinere*»<sup>111</sup>.

A mio avviso, la posizione della Corte merita consenso.

Per un verso, infatti, ritengo corretto sostenere che non era possibile escludere *a priori* l'eventualità di un ulteriore rinvio<sup>112</sup> – anche in ragione, si noti, dell'opportunità di concedere alla nuova maggioranza nel frattempo formatasi un intervallo di tempo per cercare, a sua volta, di intervenire – dal momento che siffatta possibilità risultava perfettamente coerente con quello «spirito di leale e dialettica collaborazione» che la Corte riteneva «doveroso» perseguire<sup>113</sup>. Da cui la necessità di verificare se, anche in assenza di una nuova disciplina, il Parlamento avesse in effetti mostrato, e se sì in che misura, un'adesione concreta alla proposta di collaborazione avanzata in precedenza.

Ciò non significa, tuttavia, sostenere che i giudici della Consulta avrebbero dovuto prorogare il termine concesso anche a fronte di un minimo impegno del legislatore rispetto al compito che gli era stato affidato. Ritengo, infatti, che un nuovo rinvio si sarebbe potuto giustificare esclusivamente nell'ipotesi in cui il Parlamento fosse stato in procinto di provvedere<sup>114</sup>, ossia non fosse riuscito a concludere un procedimento legislativo che non era semplicemente iniziato, ma su cui, piuttosto, si era già formata (ed in qualche maniera manifestata, magari attraverso l'approvazione da parte di una delle due Camere) un'adesione maggioritaria. Prospettandosi, diversamente, il rischio di una delegittimazione dell'organo di giustizia costituzionale accompagnato dalla perdita definitiva di qualsivoglia credibilità dello strumento monitorio appena

---

<sup>109</sup> Più specificamente, sul seguito parlamentare al monito contenuto nell'ord. n. 207 cit. – ed oltre alle succinte indicazioni fornite dalla Corte – cfr. A. MASSARO, *Scelte di fine vita: uno spazio sempre meno libero dal diritto?*, in F. S. Marini-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 222-227; G. RAZZANO, *Sulla relazione*, cit., *passim*; E. ROSSI, *L'ordinanza*, cit., 6-8; e M. NADDEO, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 23 settembre 2019, *passim*.

<sup>110</sup> In termini B. BRANCATI, *Intervento*, in *Forum*, cit., 92.

<sup>111</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Venuto*, cit., 575; nonché P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018*, cit., 6.

<sup>112</sup> Sulla scorta, del resto, di quanto praticato, in casi analoghi, in altri ordinamenti: sull'attuazione legislativa della sentenza *Carter* della Corte suprema canadese (pronuncia richiamata dalla Consulta nell'ord. n. 207 del 2018) v. infatti le informazioni fornite da R. ROMBOLI, *Intervento*, in *Forum*, cit., 103; mentre sulla prassi seguita, al riguardo, dal *Bundesverfassungsgericht*, cfr. di recente M. T. RÖRIG, *Germania*, in P. Passaglia (a cura di) *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do>, 2017, 55.

<sup>113</sup> Come affermato risolutamente nel punto 11 della motivazione in diritto dell'ord. n. 207 cit. (da cui sono tratte le espressioni riportate, nel testo, tra virgolette).

<sup>114</sup> In senso (più o meno) analogo v. ad esempio M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 5; gli *Interventi* di C. LUZZI e F. SPAGNOLI in *Forum*, cit., 97 e 108; P. CARNEVALE, *Sull'esito*, cit., 4; E. ROSSI, *L'ordinanza*, cit., 5; e C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*», cit., 588.

forgiato. E questo senza parlare delle possibili criticità scaturenti dal certo, a quel punto – e magari significativo<sup>115</sup> – mutamento del Collegio<sup>116</sup>.

La proroga, poi – e del tutto conseguentemente – avrebbe dovuto riguardare un intervallo di tempo assai limitato. Anche perché occorre ricordare che questa seconda sospensione si sarebbe ovviamente sommata alla prima – tutt'altro che breve, come s'è visto – con la conseguenza di rendere difficilmente compatibile la decisione assunta dalla Corte costituzionale con il principio di ragionevole durata del processo principale ed ancor prima col carattere incidentale del controllo di costituzionalità.

## 5.2. Sull'impraticabilità di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 580, comma 1, c.p.

La Corte, in secondo luogo, adottando un dispositivo (per quanto singolare, come avrò modo di illustrare, ma comunque) di accoglimento, conferma l'impossibilità di addivenire ad una lettura dell'art. 580, comma 1, c.p. che risulti conforme a Costituzione. Ribadendo, in motivazione<sup>117</sup>, quanto già affermato nell'ord. n. 207 del 2018, e cioè che «il tenore letterale della norma censurata» deve ritenersi «incompatibile» con una sua «interpretazione adeguatrice».

Il *comodus discessus* di una lettura restrittiva della fattispecie riconducibile al reato di aiuto al suicidio era già stato prospettato nel corso del processo principale, ma respinto dal giudice rimettente, da parte della Procura della Repubblica di Milano. La quale giunse, infatti, in quest'ottica, ad avanzare una richiesta di archiviazione del procedimento a carico di Marco Cappato<sup>118</sup>. Alla medesima impostazione, in seguito, si sono ispirati quegli studiosi che hanno evidenziato come l'adozione di una sentenza interpretativa di rigetto avrebbe rappresentato una «soluzione migliore» rispetto a quella praticata, dal giudice delle leggi, con l'ord. n. 207 cit.<sup>119</sup>. Mentre altri hanno sostenuto la sua ragionevolezza anche all'indomani dell'adozione di quest'ultima pronuncia, «quale epilogo della questione di costituzionalità concernente l'art. 580 c.p.»<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> Se si considera, per fare solo un esempio, che la concessione di un ulteriore termine di entità uguale al precedente avrebbe comportato la sostituzione di tre dei membri della Corte che facevano parte del Collegio che aveva adottato l'ord. n. 207.

<sup>116</sup> Mutamento che la Corte, al contrario aveva inteso evitare mediante una “saggia” quantificazione del periodo corrispondente al primo rinvio (cfr., in tema, quanto evidenziato, *supra*, a nota 50).

<sup>117</sup> E più precisamente in chiusura del punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>118</sup> Per ulteriori informazioni (e riflessioni) al riguardo v. ad esempio P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 8 maggio 2017.

<sup>119</sup> In questo senso, infatti, v. i numerosi Autori richiamati da M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 26 giugno 2019, 660, nota 45; cui adde almeno G. DI COSIMO, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 12 ottobre 2018, 21; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 8 aprile 2019, cit., 13; G. CAMPANELLI, *Intervento in Forum*, cit., 94 (dal quale è tratta l'espressione che si legge nel testo); e R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 762.

<sup>120</sup> In termini G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 9 giugno 2019, 2; ma v. anche, in senso analogo, R. ROMBOLI, *Caso Cappato*, cit., 5-6; M. RUOTOLO, *L'evoluzione*, cit., 660-662; e P. CARNEVALE, *Sull'esito*, cit., 3-4.

Senonché, a prescindere da considerazioni analoghe a quelle già svolte nel paragrafo che precede secondo cui la Corte, sposando questa soluzione, avrebbe prestato il fianco ad accuse di incoerenza rispetto a quanto argomentato nel 2018, non va dimenticato, non soltanto che le sentenze interpretative di rigetto – in quanto, per l'appunto, di rigetto – sono provviste, nei confronti dei giudici diversi da quello che ha sollevato la questione di costituzionalità, di un'efficacia meramente persuasiva; ma soprattutto che una soluzione giurisprudenziale siffatta, così come, peraltro, l'adozione di una sentenza interpretativa di accoglimento<sup>121</sup>, avrebbe scaricato completamente sulle spalle dei giudici comuni l'onere di individuare le regole atte ad accertare l'esistenza di quei requisiti che la Corte ha mostrato di ritenere essenziali allo scopo di escludere l'operatività della sanzione prevista dall'art. 580 c.p.<sup>122</sup>. Di modo che il ricorso a questa tecnica decisionale, da un lato, avrebbe smentito, nei fatti, la necessità di procrastinare la trattazione delle questioni scrutinate di quasi un anno al fine di consentire l'intervento degli organi legislativi; dall'altro, avrebbe aperto la strada ad effetti difficilmente preventivabili, nella misura in cui avrebbe permesso (meglio: reso inevitabile) una differente applicazione della scriminante in parola<sup>123</sup> in ragione della diversa sensibilità mostrata dal singolo giudice chiamato, di volta in volta, a pronunciarsi. Mentre va detto che a causa sia della materia (penale) interessata<sup>124</sup> sia dei valori (fondamentali) coinvolti, una maggiore prestazione di certezza<sup>125</sup> appare, nel caso in esame, davvero irrinunciabile<sup>126</sup>.

### 5.3. La Corte e l'omissione del legislatore

Era stata avanzata, in dottrina<sup>127</sup>, la tesi secondo cui il giudice delle leggi, per concludere il giudizio rimasto sospeso nel 2018, avrebbe potuto «dichiarare incostituzionale non tanto la disposizione impugnata, [...] quanto l'omesso intervento del legislatore, nonostante la sollecitazione della Corte». E questo allo scopo, senz'altro condivisibile, di evitare incoerenze

---

<sup>121</sup> Secondo la diversa proposta formulata da A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 12 ottobre 2018, 12-13; da G. SORRENTI, *Intervento*, cit., 4; e da GIU. SERGES, *E se*, cit., spec. 45 ss., anche sulla scorta del modello francese con "clausola di transitorietà", dato che una decisione del genere avrebbe sì ridotto la portata applicativa dell'art. 580 c.p. con efficacia *erga omnes*, ma non avrebbe comunque ovviato al problema, evidenziato di seguito nel testo, di una carenza di disciplina nella materia *de qua*.

<sup>122</sup> Questo pericolo, come cercherò di argomentare, *infra*, nel corso del § 5.5., non è stato totalmente evitato neppure dalla scelta dispositiva alla fine prevalsa, soprattutto per quel che riguarda i fatti commessi prima della pubblicazione della sent. n. 242.

<sup>123</sup> Come riconosce, del resto, anche chi è favorevole alla soluzione in esame, affermando che in seguito all'adozione di una pronuncia interpretativa di rigetto «la "patata bollente" della risoluzione dei casi che dovessero proporsi [...] sarebbe rimessa, volta per volta, all'apprezzamento dei singoli giudici», creando, in tal modo, «una situazione [...] incerta e polverizzata» (così P. CARNEVALE, *Sull'esito*, cit., 4).

<sup>124</sup> Tornerò, sul tema, nel § 5.5.

<sup>125</sup> Che non nega, ovviamente, la necessità che il giudice tenga conto di tutte le peculiarità di ogni singola fattispecie, risultando, infatti, indubitabile che, soprattutto nella materia *de qua*, ogni caso fa storia a sé.

<sup>126</sup> Per alcune riflessioni nel medesimo senso v. tra gli altri G. SORRENTI, *Intervento*, cit., 4; G. REPETTO, *La Corte*, cit., 6; e S. GIANELLO, *Sulla legittimità costituzionale (a determinate condizioni) dell'aiuto al suicidio e sulla via più consona al suo riconoscimento*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 3 luglio 2019, 42-43.

<sup>127</sup> Da R. ROMBOLI, *Caso Cappato*, cit., 5, a cui appartengono le frasi riportate, di seguito, tra virgolette.

rispetto alla pronuncia adottata l'anno precedente<sup>128</sup>, dato che, in questa prospettiva, l'«inerzia protratta per undici mesi» sarebbe divenuta «la ragione della incostituzionalità e quindi l'elemento nuovo» delle valutazioni effettuate dai giudici della Consulta, «che come tale non poteva essere tenuto in conto in occasione della ordinanza 207».

La Corte non sposa, come s'è visto, siffatta impostazione. Con una scelta – sia pure implicita – che merita, a mio avviso, approvazione, giacché basata sulla necessità di non superare i limiti che caratterizzano il (nostro, per lo meno)<sup>129</sup> sistema di giustizia costituzionale<sup>130</sup>. Se è vero che questo, al contrario, prevede «che avverso le omissioni assolute dell'autore delle leggi non c'è – piaccia o no – rimedio che valga»<sup>131</sup>.

#### 5.4. La classificazione della formula dispositiva utilizzata

La Corte, invece, accoglie la questione scrutinata, mantenendo, pertanto, la promessa formulata quasi undici mesi prima, ed in tal modo, al contempo, preserva la credibilità della tecnica monitoria inaugurata con l'ord. n. 207 – diversa essendo, ovviamente, la questione della sua efficacia, stante la protratta inerzia del legislatore – ed evita il rischio di una forte perdita di legittimazione.

Circa la formula dispositiva utilizzata dalla Consulta siamo di fronte ad una pronuncia (ancora una volta) originale e complessa, “mista” nel senso teorizzato da sensibile dottrina<sup>132</sup>, nella quale la Corte, per giungere alla definizione di una stessa questione di costituzionalità, fa ricorso, contemporaneamente, a più tecniche diverse. Differenziando, inoltre, il suo *dictum*, com'era facile peraltro prevedere leggendo l'ordinanza precedente<sup>133</sup>, a seconda del versante temporale cui lo stesso fa riferimento.

---

<sup>128</sup> Cfr., in proposito, quanto evidenziato, *infra*, nel § 5.5, punto (A).

<sup>129</sup> Visto che, com'è noto, in altri ordinamenti è invece normativamente prevista la possibilità di un controllo, da parte del giudice delle leggi, sulle «omissioni del legislatore» (per un quadro di sintesi, in tema, cfr., volendo, R. PINARDI, *L'horror*, cit., 146 ss.; cui *adde*, di recente, L. Casseti-A. S. Bruno (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*).

<sup>130</sup> Come ho cercato di argomentare, *amplius*, criticando la sent. n. 170 del 2014, sul c.d. divorzio imposto (in R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 2019, 1905), con la quale la Corte ha censurato, per l'appunto, un'omissione pura e semplice del legislatore, che non a caso Roberto Romboli richiama, quale precedente conforme, a sostegno della sua proposta (cfr. tuttavia, del medesimo Autore, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1° luglio 2014, 5, laddove a proposito della decisione adottata, in quell'occasione, dal giudice delle leggi, si parla esattamente di una: «Ipotesi non prevista dal nostro sistema di giustizia costituzionale»).

<sup>131</sup> In termini A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 13 giugno 2014, 3.

<sup>132</sup> Il riferimento è a C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013, spec. 217 ss.

<sup>133</sup> Nella quale, infatti, si suggeriva al legislatore, nel subordinare la non punibilità dell'aiuto al suicidio ad «una determinata procedura», di prevedere «una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio *a quo*)», dato che queste «non potrebbero altrimenti beneficiare» di una scriminante introdotta solo successivamente (punto 10 del *Considerato in diritto*).

Così, innanzitutto, la Corte riduce la sfera applicativa della norma incriminatrice, sottraendo, dalla stessa, alcuni specifici comportamenti<sup>134</sup> e ricavando, pertanto, un'area di non punibilità rigorosamente "ritagliata" sulle caratteristiche del caso concreto. Si tratta, in altre parole, di una pronuncia che produce, tecnicamente, una deroga<sup>135</sup> rispetto a quanto previsto dall'art. 580 c.p., in quanto sottrae alla disciplina generale del reato di aiuto al suicidio – che rimane, per il resto, in vigore – una fattispecie particolare. In questo modo, merita conto evidenziare – anche in rapporto a possibili, future impugnazioni – non perde di rilievo la seconda questione di legittimità costituzionale che era stata sollevata dal giudice *a quo* – e su cui la Corte, come s'è visto<sup>136</sup>, non ha ritenuto di pronunciarsi – giacché, anche dopo la sent. n. 242, residua, per le rimanenti condotte che integrano il reato in parola, una parificazione, per quel che concerne il profilo sanzionatorio, con l'istigazione al suicidio<sup>137</sup>.

Per quest'aspetto, quindi, siamo in presenza di una classica pronuncia di accoglimento parziale<sup>138</sup>, che come tutte le decisioni riduttive colpisce esclusivamente una porzione di una disposizione legislativa da cui è possibile ricavare, simultaneamente, più norme. È interessante inoltre notare come l'art. 580 c.p. venga dichiarato illegittimo nella parte in cui «non esclude la punibilità» e non nella parte in cui «prevede la punibilità». Dando vita, in tal modo – propriamente – ad una causa di giustificazione<sup>139</sup> a favore di chi agevola l'esecuzione del proposito suicida di un malato che versa nelle condizioni indicate.

Senonché, come già rilevato, l'adozione di una pronuncia meramente caducatoria non rappresentava, nel pensiero del giudice delle leggi, una soluzione praticabile. Come anticipato, infatti, nell'ordinanza di rinvio e rimarcato, ampiamente, con la sentenza in esame<sup>140</sup>, la Corte ritiene impossibile porre rimedio al *vulnus* accertato tramite la mera estromissione della norma illegittima. E questo sulla base della considerazione secondo cui, da una soluzione del genere, scaturirebbe «il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti, lasciando "del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni", in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi". In assenza di una specifica disciplina della materia, infatti, "qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità

---

<sup>134</sup> Ossia la condotta di chi «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

<sup>135</sup> Cfr. per tutti, su tale nozione, G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964.

<sup>136</sup> Cfr., *supra*, quanto evidenziato nella nota 8.

<sup>137</sup> Lo nota anche F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"?*, *Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile* in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 6 marzo 2020, 668.

<sup>138</sup> Largamente prevista, peraltro – nell'ipotesi di inerzia del legislatore – sin dai primi commenti all'ord. n. 207: cfr. ad esempio, in tal senso, M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 5.

<sup>139</sup> Più precisamente ad una «scriminante procedurale» come rileva, tra gli altri, C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 55, rinviando, in tema, all'ampio saggio monografico di A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018.

<sup>140</sup> Nel punto 2.4. del *Considerato in diritto*, riprendendo, tra virgolette, ampi stralci della pronuncia del 2018.

della patologia da cui sono affetti”. Conseguenze, quelle ora indicate, delle quali “questa Corte non può non farsi carico”».

È questo il motivo per cui la Consulta innesta sulla parte ablatoria della propria decisione una componente di natura additiva<sup>141142</sup>. La quale presenta due caratteristiche peculiari.

In primo luogo, come espressamente evidenziato nel punto 4 del *Considerato in diritto*, la disciplina che viene individuata dal giudice delle leggi è solo una delle possibili determinazioni atte ad evitare i “vuoti” che si sarebbero prodotti a seguito dell’adozione di una sentenza di accoglimento *tout court*. Non rinvenendosi, infatti, in materia, alcuna soluzione che potesse definirsi «a contenuto costituzionalmente vincolato». Sul punto tornerò, ampiamente, nel paragrafo successivo.

In secondo luogo, la Corte, come già anticipato, distingue tra i fatti successivi alla pubblicazione della sent. n. 242 o precedenti alla stessa.

Per i primi, varrà la procedura distesamente indicata nel dispositivo, con la necessità, pertanto –come s’è visto – di rispettare la procedura prevista dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017, di una verifica delle condizioni e delle modalità di esecuzione dell’aiuto al suicidio da parte di «una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale» e di un «previo parere del comitato etico territorialmente competente». Di modo che, per esemplificare, un «nuovo caso Antoniani/Cappato, negli stessi termini fattuali» (ad esempio aiuto al suicidio prestato all’estero), «non sarebbe (più) non punibile»<sup>143</sup>. Questo versante della pronuncia in oggetto si completa, idealmente, con l’appello<sup>144</sup> a «che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati».

Per i fatti anteriori, invece, la Consulta si limita, nel dispositivo, a statuire l’obbligo di seguire «modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione»<sup>145</sup>. Ricorrendo, così, ad una formula dispositiva che caratterizza, tipicamente, le pronunce interpretative di rigetto, ma che non è inedita neppure in rapporto a decisioni con valenza additiva, se è vero che la stessa è stata utilizzata nella famosa sent. n. 27 del 1975, in tema di aborto di donna consenziente<sup>146</sup>, con la quale, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo «l’art. 546 del codice penale nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l’ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre».

Sempre *pro praeterito*, inoltre, la Corte conferma il carattere non originario del vizio che inficia la disposizione impugnata. Riprendendo, infatti, alla lettera<sup>147</sup>, le considerazioni già svolte, in

---

<sup>141</sup> ...“di regola”, come affermato dalla quasi totalità dei commentatori, e non “di principio”, come rilevano, invece, R. PESCATORE, *Caso*, cit., 17; ed E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 28 gennaio 2020, 309.

<sup>142</sup> Una soluzione del genere era stata prevista e auspicata, all’indomani dell’adozione dell’ord. n. 207 del 2018, da vari Autori. Tra questi U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’*, cit., 10; D. PARIS, *Dal diritto*, cit., 11; e C. MASCIOTTA, *Innovazioni*, cit., 15-16.

<sup>143</sup> Così C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 51.

<sup>144</sup> Che si legge nel punto 9 della motivazione in diritto. È questo uno degli elementi che avvicinano «la struttura della sent. n. 242 del 2019 e le decisioni di incompatibilità tedesche» secondo la ricostruzione prospettata da N. FIANO, *Tra tutela*, cit., 292-293.

<sup>145</sup> Si veda, *supra*, quanto rilevato, nel § 5, a proposito delle specificazioni al riguardo fornite, dalla Corte costituzionale, nel punto 7 del *Considerato in diritto*. In tal modo la Consulta, come rileva F. POLITI, *La sentenza*, cit., 677, finisce per dettare «una sorta di disciplina transitoria volta a regolare il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina».

<sup>146</sup> Non a caso ricordata nel punto 5 della motivazione in diritto.

<sup>147</sup> Nel punto 2.3. dello svolgimento in diritto.

proposito, nell'ord. n. 207<sup>148</sup>, e dunque ribadendo che il *vulnus* costituzionale si era concretizzato solo col manifestarsi di situazioni «inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia».

Sotto questo profilo, pertanto, trattandosi di una pronuncia di «incostituzionalità sopravvenuta»<sup>149</sup>, non è esatto parlare di «una modulazione degli effetti temporali» della declaratoria di illegittimità<sup>150</sup>. Giacché la Consulta, al contrario, si limita ad accertare che il contrasto con la Costituzione si è determinato solo in un momento successivo rispetto a quello dell'entrata in vigore della disposizione (parzialmente) annullata, non operando, dunque, alcuna limitazione degli effetti normalmente scaturenti da una sentenza di accoglimento, quali discendono dal combinato disposto degli artt. 136, comma 1, Cost. e 30, comma 3, della l. n. 87 del 1953.

Non tragga in inganno, in proposito, la circostanza<sup>151</sup>, già ricordata, che la Corte scompone la formula dispositiva con cui si conclude la sua decisione in una parte relativa alle condotte anteriori al 27 novembre del 2019 e in una parte, invece, dedicata ai fatti successivi. Tale scansione, infatti, riguarda, come s'è detto, la componente additiva della pronuncia *de qua*, ma non la sua parte ablatoria che è e resta unica<sup>152</sup>. Certo, se si prende in considerazione la “giurisprudenza Cappato” nel suo insieme, il risultato finale che la stessa determina è quello di un differimento dell'accoglimento di undici mesi. Ma tale esito del controllo di costituzionalità va addebitato, esclusivamente, a quanto (non) era stato deciso mediante l'ordinanza del 2018. Con la quale, infatti, la Corte – come sempre avviene, del resto, mediante l'adozione di pronunce di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»<sup>153</sup> – ha di fatto allontanato nel tempo la declaratoria di illegittimità costituzionale e dunque il prodursi dei suoi effetti.

In definitiva, pertanto, volendo cercare di sintetizzare – per quanto possibile – le riflessioni svolte circa la tecnica decisionale che caratterizza la pronuncia in esame, si potrebbe affermare che, nel suo complesso, la sent. n. 242 del 2019 è una decisione doppiamente additiva, a rime solo “possibili”<sup>154</sup> e con monito al legislatore, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità parziale e sopravvenuta dell'art. 580 c.p. Una pronuncia, dunque, assai articolata e

---

<sup>148</sup> Su cui cfr. quanto evidenziato, in precedenza, nel § 2, spec. nota 12.

<sup>149</sup> Che rientra, più precisamente, nella *species* di tali decisioni in cui l'insorgenza del vizio di incostituzionalità dipende non tanto da un evento specifico e ben individuato (ad esempio: l'adozione di un nuovo *tertium comparationis*), quanto piuttosto da vicende per la cui concreta maturazione è risultato necessario il decorso di un certo periodo di tempo (in particolare qui si tratta di una evoluzione di conoscenze di carattere medico e scientifico-tecnologico). Per pronunce della stessa *species* v. già, ed a titolo puramente esemplificativo, le sentt. nn. 202 del 1976, 179 del 1988 e 89 del 1992.

<sup>150</sup> Cfr. invece, per la frase riportata nel testo, C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 51; nonché, in senso analogo, M. E. BUCALO, *La “circoscritta (e puntellata) area”*, cit., 119. *Contra*, correttamente, F. POLITI, *La sentenza*, cit., 679.

<sup>151</sup> Cui fanno riferimento, più precisamente, gli Autori richiamati nella nota precedente.

<sup>152</sup> Non concordo, quindi, con chi rileva, senza ulteriori specificazioni, che la Consulta, con la sent. n. 242 del 2019, ha adottato «una inedita doppia pronuncia di incostituzionalità» (in termini U. ADAMO, *La Corte costituzionale*, cit., 50; ma v. anche, in senso analogo, C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 51; e S. CATALANO, *La sentenza n. 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 7 aprile 2020, 305).

<sup>153</sup> In tema mi sia consentito rinviare a R. PINARDI, *La Corte, i giudici*, cit., spec. 71 ss.

<sup>154</sup> Riprendo questa efficace definizione da S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 2019, 183.



marcatamente manipolativa, la cui evidente complessità<sup>155</sup> fotografa in maniera esemplare le difficoltà che la Corte ha indubbiamente incontrato nel contemperare gli interessi che venivano in gioco nella fattispecie, in assenza dell'auspicata collaborazione da parte del decisore politico.

### 5.5. Dubbi e rilievi critici

Anche la sentenza Cappato presta il fianco, sul piano processuale, ad alcuni rilievi.

(A) Inizio col dire che, a mio modo di vedere<sup>156</sup>, qualunque decisione la Corte avesse assunto dopo l'ord. n. 207, ed a seguito dell'inerzia del legislatore, avrebbe dovuto scontare un grado di (maggiore o minore) incoerenza rispetto a quanto motivato o disposto in quella prima occasione.

Mi spiego.

Laddove la Corte non avesse adottato un dispositivo di natura caducatoria, la sua decisione si sarebbe posta in contrasto con il chiaro riconoscimento di incostituzionalità che si legge nella parte motiva della decisione del 2018<sup>157</sup>.

Qualora, invece – come in effetti è avvenuto – la Corte avesse ritenuto ammissibile e risolutivo dei dubbi prospettati dal giudice *a quo* l'adozione di una pronuncia di accoglimento, *tout court* o di natura autoapplicativa, sarebbe sorto immediato il quesito di perché mai la Consulta avesse atteso quasi un anno per decidere in tal senso, ritardando, così, di rendere giustizia a soggetti che viceversa ne avevano diritto ed in dubbia conformità con il principio di ragionevole durata del processo penale.

Un vero e proprio *cul de sac*, insomma<sup>158</sup>, che mi portava a ritenere che l'organo di giustizia costituzionale credesse fermamente nella capacità persuasiva della nuova tecnica monitoria e dunque nell'effettiva possibilità di convincere, per una volta, il titolare del potere legislativo a collaborare allo scopo di una concreta realizzazione dei valori costituzionali. In astratto, dunque, uno scopo senz'altro lodevole quello perseguito dai giudici della Consulta che, laddove realizzato, avrebbe permesso di evitare la problematica adozione di una pronuncia manipolativa che andava ben al di là delle "rime obbligate"<sup>159</sup> ed al contempo costretto il Parlamento ad assumere le proprie responsabilità, quale sede della rappresentanza politica, nell'individuare una disciplina atta a regolare situazioni estremamente complesse, delicate e dibattute come quelle in questione.

Sta di fatto, tuttavia, che la scommessa della Corte si è rivelata perdente<sup>160</sup>. Da cui, a proposito della decisione assunta il 24 settembre del 2019, l'inevitabile proporsi del seguente quesito: è

---

<sup>155</sup> Cui qualche Autore ha imputato «la "insolita lentezza"» con cui la Consulta ha proceduto al deposito delle motivazioni, a quasi due mesi di distanza dal giorno della decisione (25 settembre - 22 novembre 2019) (così U. ADAMO, *La Corte costituzionale*, cit., 47, nota 97).

<sup>156</sup> Come ho cercato di argomentare, già all'indomani dell'adozione dell'ordinanza Cappato, in R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2474-2475.

<sup>157</sup> Si intendono qui richiamate, al riguardo, le riflessioni sviluppate, in precedenza, nel corso dei §§ 5.1 e 5.2.

<sup>158</sup> Per cui non concordo con chi, a commento dell'ord. n. 207, affermava che la Corte avrebbe potuto «gestire senza soverchie difficoltà» un «inadempimento del legislatore» (così M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 5).

<sup>159</sup> Su questo aspetto della pronuncia in esame v. quanto osservato, *infra*, in questo stesso §, punto (D).

<sup>160</sup> Come era, secondo alcuni, «del tutto prevedibile», trattandosi di questioni «che per loro natura non sono risolubili in tempi certi», giacché, da un lato, comprendono «aspetti di somma complessità [...] non soltanto sul piano politico ma anche semplicemente sotto il profilo tecnico»; nonché, dall'altro, mettono in gioco inevitabilmente convinzioni (religiose, morali, filosofiche) estremamente personali, «rispetto alle quali ciascun parlamentare rivendica giustamente libertà di coscienza anche di fronte alla disciplina di gruppo» (in termini E. GROSSO, *Il rinvio*, cit., risp. 543, 554, 553 ed ancora 554).

possibile sostenere che il semplice trascorrere del tempo – nella misura, tra l'altro, "liberamente" stabilita dalla stessa Consulta – rappresenta un fattore in grado di annullare, di per sé, l'ostacolo, ritenuto in precedenza insormontabile, del necessario rispetto della discrezionalità legislativa?

A me sembra che una risposta negativa ad una domanda del genere si imponga<sup>161</sup>. Non potendo, infatti, invocarsi alcun argomento a supporto dell'opposta conclusione secondo cui, in presenza di un quadro normativo del tutto invariato, la situazione, al riguardo, potesse dirsi *giuridicamente* mutata. E questo, si noti, nonostante l'artificio retorico utilizzato dal giudice delle leggi, che ricorre ad espressioni come «allo stato» o «in via diretta ed immediata» per negare, nell'ord. n. 207, la possibilità di pervenire all'istante all'adozione di una pronuncia a valenza additiva, e con cui la Consulta suggeriva, in filigrana – ma, lo si ripete, senza argomento plausibile a supporto – che quanto non era ammissibile oggi lo sarebbe divenuto, invece, domani, in ragione, semplicemente, del lasso di tempo che sarebbe intercorso tra le due decisioni. Nella sentenza del 2019, poi, la Corte si dimostra, sul punto, senz'altro più esplicita: «decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità»<sup>162</sup>. Senonché, a prescindere dalla problematica quantificazione, di natura tutta politica, circa la "congruità" dell'intervallo di tempo che deve ritenersi necessario per far (ma solo alla fine) prevalere l'esigenza di ripristinare la legalità costituzionale, è stato efficacemente obiettato<sup>163</sup>, a questo modo di vedere, che a «portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti il ragionamento ora fatto, sarebbe come dire che il modello disegnato dalla Carta in ordine alla tipizzazione dei ruoli istituzionali ha una forza non già autenticamente *prescrittiva* bensì meramente *persuasiva* e che gli stessi operatori possono *factis* discostarsene».

Né ha pregio sostenere, in senso contrario, che un elemento (giuridicamente) significativo si è in realtà manifestato, tra la prima e la seconda pronuncia della Corte, ed è costituito dal comportamento omissivo tenuto *medio tempore* dal legislatore. C'è chi ha scritto, ad esempio, in quest'ottica – in sede di commento a prima lettura all'ord. n. 207 – che, in caso di inerzia del Parlamento, «ogni argomento critico» nei confronti della futura pronuncia della Corte che fosse «fondato sul mancato rispetto della discrezionalità legislativa sarà inevitabilmente spuntato»<sup>164</sup>. Conclusione, questa, che sta e cade, tuttavia, con la premessa da cui la stessa discende<sup>165</sup>, secondo cui, a seguito dell'adozione dell'ordinanza Cappato, si sarebbe determinata, nei confronti del legislatore, «*non la facoltà, ma il dovere* per quest'ultimo di intervenire a normare la materia secondo le indicazioni della Corte»<sup>166</sup>.

Insomma, sotto il profilo che qui viene in considerazione, delle due l'una: o si ritiene che l'opzione tra le varie discipline normative adottabili in materia poteva essere esclusivamente compiuta dal legislatore, ed allora è chiaro il motivo del rinvio operato nel 2018, ma non la ragione che legittima successivamente la Consulta – in presenza di un quadro normativo del tutto invariato

---

<sup>161</sup> Cfr., per posizioni analoghe, A. RUGGERI, *Rimosso*, cit.; nonché, *ante litteram* – e cioè prima dell'adozione della sent. n. 242 – R. BARTOLI, *L'ordinanza*, cit., 11; gli *Interventi* di B. BRANCATI e R. ROMBOLI, in *Forum*, cit., rispettivamente 63 e 103; ed F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato"*, cit., 6-7.

<sup>162</sup> Per la frase riportata nel testo si veda il punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>163</sup> Da parte di A. RUGGERI, *Rimosso*, cit. (corsivi testuali).

<sup>164</sup> In termini M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 5.

<sup>165</sup> E che ho già analizzato criticamente nel corso del § 3.2.

<sup>166</sup> Così, ancora, M. BIGNAMI, *Il caso*, cit., § 4 (corsivi testuali).

– a sostituirsi al decisore politico; oppure è vero l'esatto contrario, ed allora la Corte poteva (*rectius*: doveva) intervenire ben prima, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p. già l'anno precedente<sup>167</sup>. Dato che, volendo utilizzare parole che si leggono proprio nella sent. n. 242<sup>168</sup>, «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale [...] – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio», anche «ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento».

Si rivela, qui, quello che è un vizio, in realtà, strutturale della strategia decisionale che prende le mosse da una pronuncia di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»<sup>169</sup>, tale per cui la contraddizione che si determina, tipicamente, tra la parte motiva e la parte dispositiva di tali decisioni si riverbera, inevitabilmente, in un'analoga incoerenza che caratterizza il rapporto tra pronunce del genere ed una eventuale e successiva sentenza di accoglimento<sup>170</sup> mediante la quale la Corte intenda chiudere in via definitiva la questione. Con una aggravante, però, di non piccolo spessore<sup>171</sup>, che caratterizza l'ipotesi in esame, giacché mentre in passato «si trattava di due giudizi distinti, promossi da giudici *a quibus* differenti e originati da casi diversi; nel caso Cappato, invece», tale contraddizione è senz'altro più evidente poiché si manifesta «nell'ambito della medesima vicenda giudiziaria».

(B) Più di un dubbio, inoltre, suscita la lettura della sent. n. 242 (ma già, in verità, dell'ordinanza dell'anno precedente)<sup>172</sup> per quel che concerne il rispetto del principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato<sup>173</sup>. La cui vigenza, com'è noto, viene espressamente confermata, in rapporto ai giudizi in via incidentale, dall'art. 27 della l. n. 87 del 1953<sup>174</sup>.

Il fatto è che la Corte non si limita, nel caso di specie, a valutare la conformità al dettato costituzionale del reato di aiuto al suicidio e delle pene per esso stabilite, come richiestole dal giudice rimettente. Ma si spinge, piuttosto, sino al punto di dichiarare l'illegittimità costituzionale della mancata previsione di una disciplina legislativa che consenta, in presenza delle condizioni da lei stessa contestualmente individuate, di esercitare il "diritto"<sup>175</sup> ad un suicidio medicalmente assistito.

Si manifesta, in tal modo, un'evidente discrasia rispetto al *petitum* del giudice *a quo* che ha portato qualche Autore a sostenere, già in relazione alla pronuncia del 2018, che «la questione sembra trasformarsi in un implicito scrutinio di razionalità e ragionevolezza della legge sul c. d. testamento biologico rispetto alla norma incriminatrice oggetto del giudizio di costituzionalità»<sup>176</sup>.

---

<sup>167</sup> «...tanto più», osserva A. RUGGERI, *Rimosso*, cit., «che è poi pur sempre consentito al legislatore di apportar[e]» alla disciplina prefigurata dalla Consulta «le innovazioni giudicate opportune».

<sup>168</sup> E più precisamente nel punto 4 della motivazione in diritto.

<sup>169</sup> Come avevo evidenziato già in R. PINARDI, *La Corte, i giudici*, cit., 111 ss.

<sup>170</sup> Manipolativa, ma anche meramente caducatoria, se è vero che pure mediante l'adozione di una pronuncia siffatta la Corte sconfessa apertamente quanto argomentato in precedenza circa la necessità, costituzionalmente fondata, di evitare, nella fattispecie, "vuoti" normativi.

<sup>171</sup> Posto acutamente in rilievo da F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato"*, cit., 7.

<sup>172</sup> V. infatti, al riguardo, quanto evidenziato a nota 59.

<sup>173</sup> Come ha rilevato, per prima, G. RAZZANO, *La Corte*, cit., 6, in rapporto all'ord. n. 207.

<sup>174</sup> Laddove si prevede, infatti, che la Corte, qualora accolga la *quaestio* sollevata, dichiari «quali sono le disposizioni legislative illegittime [...] nei limiti dell'impugnazione» (cfr. ad esempio, in tema, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, l'ord. n. 351 del 2007).

<sup>175</sup> Ma su tale qualificazione rinvio a quanto osservato in conclusione di questo stesso §.

<sup>176</sup> Testualmente G. RIVOSECCHI, *Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile "seguito": una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 22 giugno 2019, 4.

Mentre altri hanno senz'altro imputato siffatto allargamento del *thema decidendum* «ad un consapevole proposito di protagonismo», da parte dell'organo di giustizia costituzionale, poiché se la Corte «si fosse limitata a pronunciare un accoglimento parziale mirato sul caso, il compito di valutare le ricadute di tale decisione sulla disciplina del fine vita (legge n. 219/2917) sarebbe rimasto *per intero* nelle mani del legislatore», mentre «l'ampliamento dell'oggetto del giudizio "impone"», a quest'ultimo, «non soltanto di occuparsi della questione, ma di farlo seguendo la *via segnata* dal Giudice delle leggi»<sup>177</sup>.

(C) In terzo luogo, alcune perplessità riguardano il rapporto tra la *pars construens* della pronuncia in esame ed il principio di determinatezza del precetto penale. Principio desumibile, com'è risaputo, dall'art. 25, comma 2, Cost., quale corollario della necessità che le scelte in campo penale vengano effettuate dal legislatore e dunque discendano da un processo di integrazione politica cui partecipano i rappresentanti della sovranità popolare. Gli unici, in quanto tali, legittimati ad introdurre (o, successivamente, a modificare) una disciplina in grado di incidere sulla sfera più profonda dei diritti della persona.

Un rilievo del genere, com'è ovvio, avrebbe assunto un'importanza ben maggiore laddove la Corte costituzionale, come auspicato da una parte della dottrina<sup>178</sup>, avesse accompagnato la declaratoria di illegittimità con la semplice indicazione di qualche principio applicabile nelle more dell'intervento del legislatore. Generando, in tal modo, il concreto pericolo di una prassi giurisprudenziale (anche assai) eterogenea, con evidenti ricadute negative in termini di certezza del diritto, che vanno ancor più evitate in una materia, com'è quella del fine vita, in cui si discute dei diritti di persone particolarmente vulnerabili e dunque maggiormente esposte al rischio di abusi e strumentalizzazioni.

Anche l'adozione, tuttavia, di una pronuncia additiva "di regola" non va esente, al riguardo, da alcune criticità.

Per la parte relativa, infatti, agli accadimenti successivi alla pubblicazione della sent. n. 242, è «soprattutto [...] il parere preventivo dei comitati etici territoriali» che, condizionando «il perimetro della norma penale al parere di soggetti estranei, e peraltro di incerta esistenza», pare contrastare «con quelle esigenze di determinatezza e di precisione della fattispecie penale che l'art. 25 comma 2 Cost. esprime»<sup>179</sup>.

Per la parte del dispositivo, invece, che riguarda i fatti anteriori alla pronuncia della Corte, il richiamo, assai più generico, alla necessità di seguire «modalità equivalenti», pur se specificato, come s'è detto, in motivazione, mediante alcune esemplificazioni, configura la sentenza in parola come «una tipica "delega di bilanciamento in concreto"»<sup>180</sup>. Il compito, dunque, di «stabilire se i requisiti isolati dalla Consulta abbiano caratterizzato le fattispecie ancora pendenti o siano stati (in tutto o in parte) disattesi» finisce per ricadere completamente «sulle spalle del giudice»<sup>181</sup>. Da cui,

---

<sup>177</sup> Così F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato"*, cit., 6 (corsivi testuali).

<sup>178</sup> Tra gli altri C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*», cit., 586-587; G. REPETTO, *La Corte*, cit., 6-7; ed S. GIANELLO, *Sulla legittimità*, cit., 40-41.

<sup>179</sup> Riprendo qui il giudizio formulato da M. D'AMICO, *Il "fine vita"*, cit., 10-11.

<sup>180</sup> In termini P. VERONESI, *La Corte*, cit., 22, richiamandosi espressamente a R. BIN, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur. cost.*, 1991, 3574 ss. È la stessa Consulta, del resto, che, nel punto 7 del *Considerato in diritto*, rileva che la «sussistenza» delle condizioni richieste «dovrà essere verificata dal giudice del caso concreto» (come già ricordato, *supra*, nel § 5).

<sup>181</sup> Così, ancora, P. VERONESI, *La Corte*, cit., 22, al quale appartiene anche la frase che riporto, di seguito, nel testo. Critiche, sul punto, si leggono pure in A. RUGGERI, *Rimosso*, cit., il quale paventa «che non poche controversie al riguardo insorgeranno, tali da mettere a dura prova gli operatori chiamati a risolverle»; nonché in M. D'AMICO, *Il "fine*

anche per quest'aspetto, l'insorgere di «dubbi circa il rigoroso rispetto dei requisiti della tassatività e determinatezza della fattispecie penale».

(D) Un quarto ordine di obiezioni, infine, riguarda il tema del rispetto della sfera di discrezionalità politica che è riservata agli organi legislativi. Intendendo, con tale espressione, l'insieme delle valutazioni e degli apprezzamenti, dettati da ragioni di opportunità, che la Costituzione riserva, a livello statale, al Parlamento, ex art. 70, nell'adozione di norme di rango legislativo.

La Corte, infatti – come già fatto intendere, tra le righe, l'anno precedente<sup>182</sup> – non ritiene «d'ostacolo» ad un proprio intervento di carattere manipolativo il fatto che, per giungere a quell'esito ricostruttivo dell'ordinamento che considera imprescindibile per poter dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 580 c.p.<sup>183</sup>, non erano rinvenibili, in materia, contenuti normativi costituzionalmente vincolati. Essendo dunque possibili plurime «risposte differenziate da parte del legislatore». La pronuncia, al riguardo, è molto chiara e risoluta. Vi si legge, infatti<sup>184</sup>, che qualora «i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali», la Corte «può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento».

Per quest'aspetto, quindi, la sentenza Cappato presenta analogie con un recente orientamento giurisprudenziale<sup>185</sup>, che non a caso la Consulta richiama nel punto 4 del *Considerato in diritto*, con

---

*vita*», cit., 10 ss.; e in S. CATALANO, *La sentenza*, cit., 305. Non è affatto escluso, inoltre, che siffatte difficoltà finiscano per portare alla prospettazione di ulteriori questioni di legittimità costituzionale in relazione a fattispecie simili, ma non del tutto coincidenti, con il caso Cappato.

<sup>182</sup> La Consulta, infatti, nel punto 11 del *Considerato in diritto* dell'ord. n. 207 (corsivo non testuale), aveva scartato l'idea di un'immediata caducazione dell'art. 580 c.p. per lasciare «al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità» (analoga formula si legge nel punto 10 del medesimo *Considerato*).

<sup>183</sup> Dato che, nel pensiero del giudice delle leggi, un accoglimento *tout court* della doglianza scrutinata avrebbe generato conseguenze ancor più gravi di quanto prodotto dal mantenimento della normativa indubbiata (come ribadito, riprendendo alla lettera ampi stralci dell'ord. n. 207, nel punto 2.4 della motivazione in diritto della sent. n. 242).

<sup>184</sup> Nel punto 4 dello svolgimento in diritto (corsivi non testuali), laddove la Corte «fa, in modo palese, riferimento alle categorie concettuali elaborate dalla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità del *referendum* abrogativo» (come rileva esattamente S. CATALANO, *La sentenza*, cit., 291).

<sup>185</sup> Su cui v., tra gli altri, nella dottrina penalistica ed oltre agli scritti citati nel prosieguo della trattazione, F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 14 novembre 2016; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2017, n. 2, 49 ss.; e V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 26 marzo 2019. Tale orientamento vede la luce con la sent. n. 236 del 2016 – oppure, seguendo l'impostazione di R. BARTOLI, *Dalle 'rime obbligate' alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2567, con la sent. n. 222 del 2018 – e comprende, inoltre, le sentt. nn. 233 del 2018, 40 e 99 del 2019 (per una ricostruzione più approfondita dell'iter argomentativo che caratterizza le singole decisioni di cui si compone questo filone giurisprudenziale cfr., tra gli altri, M. RUOTOLO, *L'evoluzione*, cit., 651-654; A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 25 novembre 2019, 105-112; e A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1° aprile 2020, 24 ss.).

il quale il giudice delle leggi, affinando nominalmente (ma in realtà superando) la teoria delle “rime obbligate”, che ne aveva caratterizzato gli interventi autoapplicativi fino a tutto il 2015<sup>186</sup> ed emancipandosi, altresì, dal classico schema triadico del giudizio di ragionevolezza in tema di determinazione delle sanzioni penali<sup>187</sup>, ha iniziato ad individuare in maniera autonoma la regola specifica che meglio si adatta alla soluzione del caso concreto pur in presenza di molteplici opzioni tutte compatibili con la Costituzione<sup>188</sup>.

In dottrina si è posto in rilievo come questo modello decisionale si articoli, di norma, in una duplice pronuncia<sup>189</sup>.

Con una prima, di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata», la Corte rileva l'esistenza di un *vulnus* costituzionale, ma in mancanza, per l'appunto, di “rime obbligate”, dichiara inammissibile la *quaestio sub iudice* esortando contemporaneamente l'organo titolare della funzione legislativa ad intervenire in tempi rapidi onde ripristinare la legalità costituzionale<sup>190</sup>.

Con una seconda, di natura manipolativa, la Consulta, prendendo atto dello scorrere del tempo nel perdurare dell'inerzia del legislatore, decide di procedere in maniera del tutto indipendente ed individua, pertanto, con efficacia *erga omnes*, la normativa da applicare nel caso di specie nonostante risulti impossibile predicare l'esistenza di un'unica disciplina atta a fronteggiare l'incostituzionalità. In questa seconda occasione, inoltre, i richiami alla necessità di utilizzare la discrezionalità legislativa che erano contenuti nella prima pronuncia vengono sostituiti da ripetute sottolineature della (peraltro ovvia)<sup>191</sup> natura cedevole della normativa che viene introdotta<sup>192</sup>. Intendendo, in questo modo, investire nuovamente il Parlamento del compito, sino a quel momento del tutto inadempito, di adottare una disciplina della materia di cui si tratta nonostante l'intervento normativo posto in essere dal giudice delle leggi<sup>193</sup>.

Lo schema, come ognuno vede, è in effetti simile a quello che caratterizza le pronunce Cappato<sup>194</sup>. Con l'importante differenza, tuttavia – che caratterizza, più in particolare, la prima

---

<sup>186</sup> Se è vero che ancora «con la sentenza n. 223 del 2015 la Corte aveva sfoderato tutto il suo tradizionale repertorio relativo ai limiti delle sentenze additive in un caso in cui di fatto le alternative erano davvero limitate» (come osserva G. P. DOLSO, *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 24 giugno 2019, 5).

<sup>187</sup> Cfr., sul punto, le riflessioni svolte da A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 794-795, ed Autori *ivi* richiamati.

<sup>188</sup> Aveva previsto l'utilizzo di questa specifica tecnica decisionale, in caso di inerzia del Parlamento conseguente all'adozione dell'ord. n. 207, A. MORRONE, *Suprematismo*, cit., 256, nota 14.

<sup>189</sup> Rinvio, in proposito, alle riflessioni svolte da M. RUOTOLO, *L'evoluzione*, cit., 651 ss.; e da A. GIUBILEI, *I confini*, cit., 108 ss.

<sup>190</sup> V. ad esempio, in tal senso, ed in rapporto alla sent. n. 222 del 2018, la precedente sent. n. 134 del 2012; oppure, in relazione alla sent. n. 40 del 2019, la sent. n. 179 del 2017.

<sup>191</sup> Dato che, per definizione, la tecnica in parola viene utilizzata in situazioni di assenza di “rime obbligate”, con la conseguenza inevitabile che la soluzione normativa che viene individuata dalla Corte costituzionale non è mai a contenuto costituzionalmente vincolato.

<sup>192</sup> Si realizza, così – come rileva C. TRIPODINA, *La “circoscritta area”*, cit., 12 – una sorta di «supplenza *sub condicione*, con sentenze *self executing* “fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento”» (come non manca di evidenziare, a più riprese, la Consulta, anche nel corso della sent. n. 242: cfr., *supra*, quanto rilevato nel § 5).

<sup>193</sup> Sulle questioni rimaste aperte anche dopo l'intervento autoapplicativo della Corte costituzionale posto in essere mediante l'adozione della sent. n. 242 e sulle possibili soluzioni esperibili dal legislatore in sede di (auspicabile) adozione di una disciplina organica della materia *de qua*, rinvio, ad esempio, a C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 54-55; G. BATTISTELLA, *Il diritto*, cit., 14 ss.; P. VERONESI, *La Corte*, cit., 19 e 25; U. ADAMO, *La Corte costituzionale*, cit., 49 e 50; A. RIMEDIO, *“Eccezione”*, cit., 77; e G. RAZZANO, *Nessun diritto*, cit., 649 e 659-660.

<sup>194</sup> Cfr., nel medesimo senso, S. CATALANO, *La sentenza*, cit., 299-300.

delle due fasi appena ricordate – che con l’ordinanza del 2018 la Corte non si è limitata a non accogliere la questione scrutinata – attendendo, pertanto, che qualche giudice sollevasse, in seguito, la medesima doglianza – ma ha trattenuto, presso di sé, la causa, rendendo così certo, nell’*an* e nel *quando*, il suo futuro intervento.

Ora, è vero che questa nuova stagione di supplenza della Corte, come del resto le precedenti<sup>195</sup>, trova la sua ragione principale nel ben noto e deprecabile atteggiamento omissivo generalmente tenuto dal decisore politico<sup>196</sup>. Così come è difficile negare, sul piano sostanziale, «gli evidenti progressi in termini di tutela costituzionale» che l’innovazione in oggetto «porta con sé», rispetto «ai limiti intrinseci della precedente stagione giurisprudenziale, ingabbiata entro lo schema triadico del giudizio di ragionevolezza, il più delle volte spiaggiata sulle rive di un’inappagante inammissibilità per rispetto integrale della discrezionalità legislativa, incapace di andare oltre alla formulazione di moniti, per lo più inascoltati»<sup>197</sup>.

Ciò premesso, tuttavia, occorre anche osservare che, se si riporta il discorso sul piano più propriamente giuridico-formale, questa significativa evoluzione (o «involuzione», come suggerisce qualche Autore)<sup>198</sup> del modo con cui la Corte costituzionale si rapporta col legislatore suscita numerose perplessità. In quanto:

a) rappresenta l’esito di un bilanciamento tra la necessità di preservare la discrezionalità legislativa – di cui è espressione, lo ricordo, l’art. 28 della l. n. 87 del 1953 – e gli interessi di natura costituzionale di volta in volta coinvolti, riproponendo, in tal modo, la *vexata quaestio* se sia ammissibile, o meno, che una regola che attiene al processo costituzionale rientri in bilanciamenti del genere<sup>199</sup>;

b) la Consulta, con la tecnica in oggetto, mette scientemente da parte il canone delle “rime obbligate” e fa dunque cadere, espressamente, anche l’ultimo argine<sup>200</sup> che si frapponeva alla sua creatività;

c) conseguentemente, la discrezionalità che deve riconoscersi agli organi legislativi, da limite assoluto che era, diviene semplicemente un «limite “relativo” per l’intervento della Corte»<sup>201</sup>, dato

---

<sup>195</sup> Ricordo, ad esempio, che già Leopoldo Elia individuava una prima stagione di «grande supplenza» della Corte con riferimento agli interventi del giudice delle leggi finalizzati a colpire la normativa anteriore al 1948, ed una seconda, a partire dal triennio 1963-1965, rivolta anche a leggi successive (cfr. L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile-E. Cheli-S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia. Atti del Convegno sulla Corte costituzionale tenutosi a Firenze il 17-18-19 settembre 1981*, Il Mulino, Bologna, 1982, 516 ss.).

<sup>196</sup> In tema, *amplius*, oltre a quanto evidenziato in sede di considerazioni conclusive, mi sia permesso rinviare a R. PINARDI, *L’horror*, cit., spec. 131 ss.

<sup>197</sup> In termini A. PUGIOTTO, *Cambio*, cit., 785 ss. Cfr. ad esempio, per posizioni non dissimili, A. GIUBILEI, *I confini*, cit., 103-104; e R. CABAZZI, *Sulle “rime obbligate” in materia penale. Note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 40/2019*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 1° aprile 2020, 49.

<sup>198</sup> Il riferimento è a A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 26 novembre 2019, 164.

<sup>199</sup> Esamino in maniera approfondita siffatta complessa problematica in R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., spec. 1918 ss., concludendo per una risposta (senz’altro) negativa al quesito evidenziato nel testo.

<sup>200</sup> Pur se connotato, come è assai noto, da una sua strutturale vaghezza e dunque ambiguità: cfr. ad esempio, in proposito, R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 48, il quale definisce, ironicamente, l’idea che la giurisprudenza della Corte proceda veramente per «rime obbligate» come «la più “euclidea” (certo non la più affascinante) in fondo, delle forme poetiche».

<sup>201</sup> Cfr., in tal senso, M. RUOTOLO, *L’evoluzione*, cit., 650. Sulla distinzione tra limiti relativi ed assoluti all’azione della Corte costituzionale rinvio, in un’ottica più generale, alle riflessioni svolte da C. PANZERA, *Esercizio*, cit., cc. 130-131.

che lo stesso è senz'altro superabile ogniqualvolta siano rintracciabili, nel tessuto normativo, soluzioni non in contrasto con il dettato costituzionale;

d) tutto ciò determina, più in generale, dubbi relativi al rigoroso rispetto del principio di separazione dei poteri<sup>202</sup>, nel suo significato più profondo di divisione tra governo e giurisdizione, nonché circa l'osservanza del ruolo assegnato al giudice delle leggi quale ricavabile dal disegno costituzionale che caratterizza la forma di governo<sup>203</sup>.

Va detto, inoltre, che, anche ammesso e non concesso che la tecnica decisionale di cui si discute rappresenti, in astratto, uno strumento ammissibile nel dialogo tra Corte e legislatore, va poi verificato, in concreto, se la Consulta, nell'individuare i contenuti specificamente aggiunti con la sent. n. 242, abbia veramente attinto, come affermato in via programmatica<sup>204</sup>, «dalle coordinate del sistema vigente».

Si osservi: non stiamo parlando di un dettaglio insignificante, ma piuttosto di una delle colonne portanti su cui si basa l'intera struttura del nuovo modello di pronuncia costituzionale. La Corte, infatti, non ha perso occasione per porre in evidenza che la disciplina che viene introdotta mediante l'adozione di una sentenza manipolativa a "rime possibili", «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria» poiché «si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento», dovendo altresì collocarsi nella materia in questione «in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore»<sup>205</sup>; oppure, analogamente, che l'«ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale» è «condizionata», in casi del genere, «non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore»<sup>206</sup>. Così come, del resto, lo stesso Presidente *pro tempore* dell'organo di giustizia costituzionale ha affermato a chiare lettere che il nuovo orientamento giurisprudenziale non determina un sacrificio (eccessivo) della discrezionalità degli organi legislativi – e deve dunque ritenersi ammissibile – proprio «perché la Corte si trova in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito»<sup>207</sup>.

Ebbene, in questa sua ricerca di un «preciso "punto di riferimento"» cui ancorare, nella sent. n. 242, la nuova disciplina della materia *de qua*, la Corte, da un lato, fa riferimento alla normativa prevista dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017 per soddisfare «buona parte delle esigenze di disciplina poste in evidenza nell'ordinanza n. 207»<sup>208</sup>. Soluzione, questa, difficilmente contestabile, viste le indubbe analogie tra le due fattispecie – aiuto al suicidio medicalmente assistito e rifiuto delle cure, anche salvavita – che vengono prese in considerazione.

---

<sup>202</sup> Decisamente critico, al riguardo – e proprio con riferimento alla sent. n. 242 – A. RUGGERI, *Rimosso*, cit.

<sup>203</sup> Sul punto rinvio, *amplius*, alle riflessioni svolte nel § successivo.

<sup>204</sup> Nel punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>205</sup> Così sent. n. 40 del 2019, punto 5.3 della motivazione in diritto. Analogamente, nella pronuncia di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» che precede la sent. n. 40, si legge molto chiaramente che «la Corte [può] incidere sulla misura della pena solo rintracciando all'interno dell'ordinamento vigente una adeguata disposizione sanzionatoria sostitutiva di quella dichiarata costituzionalmente illegittima» (cfr., in tal senso, Corte costituzionale, sent. n. 179 del 2017, punto 4.3 dello svolgimento in diritto).

<sup>206</sup> In termini sent. n. 99 del 2019, punto 2.1 del *Considerato in diritto* (ma v. già, similmente, la sent. n. 222 del 2018, punto 8.1).

<sup>207</sup> Testualmente G. LATTANZI, *Relazione*, cit., 18.

<sup>208</sup> Le due frasi riportate tra virgolette si leggono nel punto 5 della motivazione in diritto.



Dall'altro, tuttavia, per la restante parte del dispositivo, l'aggancio con «previsioni già rinvenibili nell'ordinamento» è assai più discutibile. E questo non soltanto perché, per taluni aspetti<sup>209</sup>, non erano invero rintracciabili più soluzioni che si inserissero «nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore», ma, a ben vedere, nemmeno una<sup>210</sup>, sicché il tasso di creatività che caratterizza, in proposito, l'operato della Corte è molto elevato. Ma anche perché, all'opposto – e quasi paradossalmente, si potrebbe aggiungere – per un profilo senz'altro importante della nuova disciplina, una scelta normativa, operata dalla medesima l. n. 219<sup>211</sup>, era già rinvenibile nell'ordinamento, ma è stata, al contrario, del tutto trascurata<sup>212</sup>. Mi riferisco al delicatissimo tema dell'obiezione di coscienza, che la legge del 2017 non prende affatto in considerazione, mentre la Corte, in un passaggio assai rapido della sua argomentazione, risolve in maniera completamente diversa. Affermando, infatti<sup>213</sup>, «che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici», sicché «resta affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato». Con una scelta<sup>214</sup> – sia detto incidentalmente – che è stata inoltre largamente criticata, in dottrina, nel merito<sup>215</sup>, giacché «i supposti “diritti fondamentali”» di cui parla a più riprese la Corte in relazione ai soggetti che versino nella tragica situazione contestualmente individuata, vengono in tal modo «degradati a mere “richieste”, sguarniti come sono del corrispondente dovere»<sup>216</sup>.

Una riprova della fondatezza del rilievo in questione è fornita, d'altra parte, dall'analisi delle conclusioni cui perviene qualche Autore che, all'indomani dell'adozione dell'ord. n. 207, non si era mostrato pregiudizialmente contrario ad una conclusione della vicenda *de qua* mediante il ricorso ad una pronuncia a rime (solo) “possibili”. C'è chi, ad esempio, dopo aver affermato di non ritenersi «affatto» scandalizzato dal «l'idea che al Giudice costituzionale accentrato possa ritenersi accreditato anche il potere di dettare normative transitorie e cedevoli, finalizzate a regolare l'attuazione o ad attuare direttamente le proprie decisioni», ha concluso auspicando l'adozione, nel caso di specie, di una sentenza che rechi nel dispositivo «la sola precisazione che le quattro

---

<sup>209</sup> Come il richiamo ai Comitati etici territorialmente competenti, di cui la Corte illustra, sinteticamente, le funzioni, finendo, però, per dimostrare, in tal modo, che si tratta «di competenze che – a quanto pare – non risultano esattamente riferibili e trasferibili anche alla fattispecie sulla quale la Corte era chiamata ad esprimersi». Da cui «i dubbi sull'idoneità del Comitato etico ad assumere le funzioni che la Corte gli attribuisce» (così P. VERONESI, *La Corte*, cit., 19 e nota 70, richiamando in senso conforme C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 50; v. anche, in tema, quanto rilevato, *supra*, a nota 101).

<sup>210</sup> In tal senso, molto chiaramente, R. BARTOLI, *L'ordinanza*, cit., 11.

<sup>211</sup> Definita, giustamente, da F. POLITI, *La sentenza*, cit., 671-672, come «il baricentro attorno al quale ruota tutta la motivazione che porta alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 cod. pen. e all'operazione di “scrittura” della nuova normativa»; «tutta», però – come si viene sostenendo – tranne il passaggio concernente l'obiezione di coscienza.

<sup>212</sup> Come bene posto in luce, tra gli altri, da C. TRIPODINA, *La “circoscritta area”*, cit., 13; e da P. VERONESI, *La Corte*, cit., 21.

<sup>213</sup> Nel punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>214</sup> Definita «estrosa» da P. VERONESI, *La Corte*, cit., 19.

<sup>215</sup> Cfr. infatti, in senso analogo a quanto esplicitato nel testo – ed oltre agli Autori citati nella nota precedente e successiva – C. CUPELLI, *Il Parlamento*, cit., 50-51; B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *www.diritticomparati.it*, 9 dicembre 2019; M. D'AMICO, *Il “fine vita”*, cit., 15-16; U. ADAMO, *In mancanza*, cit., 8; *Id.*, *La Corte costituzionale*, cit., 57; L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, 14 gennaio 2020, 368; O. CARAMASCHI, *La Corte*, cit., 384-385; e G. RAZZANO, *Nessun diritto*, cit., 645.

<sup>216</sup> Così C. TRIPODINA, *La “circoscritta area”*, cit., 13.

condizioni risultino “*medicalmente accertate*”, [...] affidando alla motivazione in diritto il mero riferimento all’attuale vigenza della “procedura medicalizzata” prevista dalla legge n. 219/2017»<sup>217</sup>. Con il che, è facile dedurre, non è detto che anche chi in astratto è favorevole all’utilizzo del nuovo modello decisionale condivida la soluzione alla fine prescelta dalla Corte costituzionale, nella parte in cui, per l’appunto, va oltre il richiamo alla disciplina contenuta nella legge in parola.

#### 6. Per concludere. Le pronunce Cappato e la fase attualmente attraversata dal controllo di costituzionalità

Per quanto significativa, di per sé, risulti una singola decisione o una specifica vicenda giurisprudenziale è sempre consigliabile non esaurirne l’analisi con la disamina delle sue caratteristiche intrinseche, ma considerare, piuttosto, le novità che essa introduce anche all’interno di un flusso più ampio. Solo così, tra l’altro, è possibile (cercare, quanto meno, di) intuire se l’episodio esaminato potrà trovare conferma in successive occasioni<sup>218</sup>, consentendo di affermare che la tecnica utilizzata è entrata, in maniera (tendenzialmente) stabile, nell’arsenale della Corte ed inserire, inoltre, l’analisi svolta in un’ottica di più ampio respiro che permetta di cogliere le (eventuali) ripercussioni della vicenda *de qua* sul ruolo svolto dal giudice delle leggi.

Ebbene, se si compie l’esercizio descritto, non si tarda a realizzare come le pronunce Cappato si inseriscano in maniera esemplare nella fase attualmente attraversata dalla giustizia costituzionale in Italia. Fase che, come è a tutti noto, si caratterizza, anche al di là del giudizio in via incidentale<sup>219</sup>, per un forte attivismo della Corte costituzionale il quale si traduce, più precisamente, nel fatto che, negli «ultimi anni, il pendolo della Corte, in continua ed inevitabile oscillazione tra l’anima politica e quella giurisdizionale che in essa coesistono, si st[a] spostando, più di quanto finora accaduto, verso la prima»<sup>220</sup>.

Così, innanzitutto, va posto in rilievo la ferma volontà del giudice delle leggi di addivenire ad una pronuncia nel merito (di una, quanto meno)<sup>221</sup> delle questioni sollevate dalla Corte d’Assise di Milano. Dal momento che, come efficacemente argomentato in dottrina, «una pronuncia di inammissibilità», nel caso in esame, sarebbe risultata «più che plausibile», ed anzi «alla luce dei precedenti costituisce forse più una forzatura la reiezione delle eccezioni di inammissibilità che il

---

<sup>217</sup> In termini M. CECCHETTI, *Appunti*, cit., rispettivamente 19 e 21 (corsivo testuale).

<sup>218</sup> Come apertamente auspicato, in relazione all’ord. n. 207 del 2018, da qualche commentatore (tra gli altri M. D’AMICO, *Il caso Cappato e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 24 giugno 2019, cit., 1-2).

<sup>219</sup> Per alcuni esempi, in proposito, cfr. R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1915-1917; ed A. MORRONE, *Suprematismo*, cit., 262-264.

<sup>220</sup> Così 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 Id. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Giappichelli, Torino, 2017, 4. In senso analogo, *ex plurimis* – ed oltre a numerosi degli scritti *ivi* pubblicati – cfr. R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017; e A. MORRONE, *Suprematismo*, cit., 251 ss., con il quale, tuttavia, non concordo nel ritenere che la Corte stia perseguendo, in tal modo, un disegno consapevole di allargamento dei confini che delimitano i propri poteri, per le ragioni bene esposte da R. BIN, *Sul ruolo*, cit., 758-763.

<sup>221</sup> Cfr. infatti quanto evidenziato a nota 8.

loro accoglimento»<sup>222</sup>. E questo sia in relazione ad un «difetto di motivazione sulla rilevanza» che presentava l'ordinanza di rimessione; sia perché il giudice *a quo* aveva «chiesto un avallo interpretativo senza procedere al tentativo di interpretazione adeguatrice»; sia, infine, in ragione del fatto che si richiedeva l'adozione di «una pronuncia manipolativa in materia rimessa alla discrezionalità del legislatore in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata»<sup>223</sup>.

A completamento di questa osservazione ricordo l'allargamento del *thema decidendum* che è stato compiuto dal giudice costituzionale. Dato che l'operazione in oggetto appare finalizzata, come s'è detto<sup>224</sup>, non tanto a consentire alla Corte di "fare il suo", quanto piuttosto a permettere alla Consulta di tracciare la strada per il futuro intervento del decisore politico.

Questo è anche un esempio di come la Consulta, nel decidere sul caso Cappato, abbia utilizzato le regole che presiedono al processo costituzionale in maniera, per così dire, "disinvolta": nella scelta della forma da utilizzare per la prima delle due pronunce ("ordinanza" anziché "sentenza"); con la formulazione, che appare inesatta, del dispositivo dell'ord. n. 207; mediante un utilizzo discutibile del potere di rinvio della causa; non rispettando – per l'appunto – in maniera rigorosa il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; ritenendo, infine, bilanciabile (nonché, in ultima analisi, sacrificabile) una regola processuale nel raffronto con gli interessi di natura sostanziale che venivano in gioco nella fattispecie<sup>225</sup>. Secondo un modo di procedere che non è infrequente nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni<sup>226</sup>, e che ha riaperto, inevitabilmente, il dibattito su un tema assai discusso in passato<sup>227</sup>, concernente il grado di coerenza che deve riconoscersi alle norme processuali che disciplinano l'azione del giudice delle leggi.

Le pronunce Cappato sono poi in sintonia con due degli orientamenti più significativi che caratterizzano la giurisprudenza più recente della Corte costituzionale. Entrambi richiamati, non a caso, dal Presidente del Collegio Giorgio Lattanzi, nel corso della tradizionale *Relazione* di fine anno datata 21 marzo 2019<sup>228</sup>.

In primo luogo, infatti, sia l'ord. n. 207 sia la sent. n. 242<sup>229</sup> ribadiscono l'attuale ridimensionamento dell'onere di interpretazione conforme<sup>230</sup>, da terzo requisito sulla cui base

---

<sup>222</sup> In termini G. P. DOLSO, *Profili*, cit., 2, al quale si rinvia per l'opportuna dimostrazione della conclusione evidenziata nel testo. In senso analogo, del resto, hanno sostenuto che l'ordinanza del giudice rimettente formulava la questione in maniera "ambigua" o "perplesso", situazione nella quale, per prassi ormai consolidata, la Corte si pronuncia per l'inammissibilità della doglianza *sub iudice*, A. MORRONE, *Il "caso Cappato"*, cit., 9; e P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 15 aprile del 2019, 11-12.

<sup>223</sup> Così, ancora, G. P. DOLSO, *Profili*, cit., 2-3.

<sup>224</sup> Cfr. al riguardo, quanto argomentato, *supra*, nel § precedente, punto (B).

<sup>225</sup> Si intendono qui richiamate, con riferimento alle singole criticità appena menzionate, le riflessioni svolte, rispettivamente, nei §§ 2.3, punti (A), (B) ed (E); e 5.5, punti (B) e (D).

<sup>226</sup> Basti pensare alle pronunce in materia elettorale (sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017), alla decisione sul "divorzio imposto" (sent. n. 170 del 2014) o alla criticatissima sent. n. 10 del 2015, totalmente irretroattiva, sulla cosiddetta *Robin Hood Tax* (per un'analisi sistematica di questi ed altri casi, sotto il profilo che qui viene in considerazione, mi sia concesso rinviare a R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1898 ss.).

<sup>227</sup> Soprattutto nella prima metà degli anni Novanta a seguito di un famoso Convegno che si tenne, in tema, presso la Corte costituzionale ed i cui Atti sono raccolti in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Giuffrè, Milano, 1990 (per una ricostruzione di quel dibattito cfr., volendo, R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1918 ss.).

<sup>228</sup> Cfr. infatti, al riguardo, G. LATTANZI, *Relazione*, cit., rispettivamente 6-7 e 15-17.

<sup>229</sup> Con le argomentazioni contenute, rispettivamente, nei punti 2 e 2.1. del *Considerato in diritto* (e su cui già mi sono soffermato nel corso della trattazione).

valutare, sistematicamente, l'ammissibilità dei dubbi prospettati dal giudice rimettente<sup>231</sup> ad accertamento che attiene al merito della doglianza<sup>232</sup>. Si assiste, in tal modo – al probabile scopo di contrastare la progressiva atrofizzazione del giudizio in via incidentale<sup>233</sup> – ad un "riaccentramento" del controllo sulle leggi<sup>234</sup> che si manifesta, tra l'altro, per un verso, con la sostanziale scomparsa di decisioni di (manifesta) inammissibilità per mancato esperimento del tentativo di (o non adeguata dimostrazione dell'impossibilità di pervenire ad una) interpretazione adeguatrice della legge da applicare<sup>235</sup> nonché, per l'altro – e del tutto conseguentemente – con la "rinascita" delle pronunce interpretative di rigetto<sup>236</sup>. A tutto vantaggio di una maggiore e ritrovata centralità del ruolo esercitato dalla Consulta.

In secondo luogo, come già evidenziato, le pronunce Cappato si inseriscono nel recente filone giurisprudenziale che vede la Corte costituzionale pronunciarsi, in materia penale, mediante l'adozione di sentenze manipolative nonostante l'assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate. Ed in tal modo decidere nel merito la questione scrutinata anche in situazioni nelle quali, in passato, osservava, al contrario, un (tendenziale) *self restraint* motivato dalla necessità di rispettare il limite delle "rime obbligate".

In verità, come s'è detto, la Corte innova lo schema tipico di tale recente tecnica decisoria perché il ricorso ad una sentenza a rime "possibili" è preceduto, nel caso di specie, non tanto dall'adozione della (consueta) pronuncia di inammissibilità per rispetto della sfera di discrezionalità politica che deve riconoscersi al legislatore, quanto piuttosto da un'ordinanza di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» con rinvio a data fissa della trattazione della causa. Secondo un modo di procedere che richiama il modello tedesco di *Unvereinbarkeit*, senza replicarne, tuttavia, gli effetti e che denota, ancora una volta<sup>237</sup>, la volontà dell'organo di giustizia

---

<sup>230</sup> A partire dalla sent. nn. 221 del 2015 (su cui v., tra gli altri – e per il profilo che qui interessa – C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2063 ss.).

<sup>231</sup> Sulla scorta del famoso passaggio della sent. n. 356 del 1996 (punto 4 del *Considerato in diritto*), secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

<sup>232</sup> Cfr. ad esempio, in proposito, quanto evidenziato dal giudice delle leggi nel punto 3.3 dello svolgimento in diritto della sent. n. 221 del 2015.

<sup>233</sup> Secondo quanto osservato da M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. del dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, 361 ss.

<sup>234</sup> Su cui v., di recente e più in generale, il Seminario tenutosi a Pisa il 25 ottobre del 2019 su: *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, i cui Atti sono pubblicati, in versione provvisoria, sulla *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>).

<sup>235</sup> Alla Corte, infatti, basta, oggi, per passare all'esame dei profili di merito della *quaestio* sindacata, che il giudice *a quo*, utilizzando i suoi ordinari poteri ermeneutici, abbia ritenuto che una lettura conforme a Costituzione risulti difficilmente praticabile a causa del tenore letterale della disposizione impugnata oppure del diritto vivente che sulla stessa si è formato (cfr. ad esempio, in tema, le riflessioni recentemente svolte e la giurisprudenza costituzionale richiamata da M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 31 ottobre 2019, 594).

<sup>236</sup> Cfr. infatti, tra le sole decisioni del genere adottate in via incidentale e che riportano espressamente, nel dispositivo, la classica formula "nei sensi di cui in motivazione", le sentt. nn. 29, 42, 53, 69, 180 e 271 del 2017; 111, 135, 175 e 250 del 2018; 3, 29, 30, 45, 131, 177 e 189 del 2019 (17 pronunce, quindi, nell'ultimo triennio, a fronte, ad esempio, di soli 5 casi nel triennio 2012-2014).

<sup>237</sup> Si pensi, su tutte, alla sent. n. 10 del 2015, laddove la Corte, tra l'altro, rileva (nel punto 7 del *Considerato in diritto*) che «la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità

costituzionale di allargare il novero degli strumenti a sua disposizione<sup>238</sup>. Anche se, come ha chiosato con la consueta sintesi un caro collega recentemente scomparso, «per l'introduzione di tecniche di giudizio di mera incompatibilità converrebbe emendare le norme della giustizia costituzionale più che eludere l'art. 136 Cost.»<sup>239</sup>.

Per quel che concerne, poi, la sent. n. 242, mi pare corretto sostenere che essa appartiene, sì, all'orientamento giurisprudenziale di cui si discute, ma ne supera, al contempo, i confini. Giacché la Corte, come già rilevato, non si limita più (se così si può dire) ad andar oltre il vincolo delle "rime obbligate", ma non riesce, inoltre, con riferimento ad una parte del dispositivo adottato, ad indicare soluzioni che si inseriscano nel tessuto normativo in maniera coerente con la logica perseguita, in casi analoghi, dal legislatore.

Se, quindi, già prima della sentenza Cappato, si osservava che, mediante l'adozione di una pronuncia a rime "possibili" l'organo di giustizia costituzionale «si sostituisce [...] al legislatore»<sup>240</sup>, ben si comprende il motivo per cui, oggi, con riferimento alla sentenza *de qua*, si pone in rilievo che non si ha più «una mera prevalenza (o, diciamo, pure, dominanza) della c.d. "anima" politica su quella giurisdizionale», perché siamo in presenza, piuttosto, «dell'affermazione dell'una al posto dell'altra, svilita nella sua stessa essenza e risolutamente messa da parte»<sup>241</sup>. Da cui i rilievi circa «un'ingerenza a tutto tondo nell'azione» del Parlamento, le accuse di trovarsi in presenza di «una *decisione politica*», ovvero di «legislazione rivestita della candida forma della sentenza», le critiche di chi vede una Corte costituzionale «creatrice *ex nihilo* del diritto» con «non trascurabili conseguenze sul piano della forma di Stato, di governo e del sistema delle fonti»<sup>242</sup>.

Ora, è indubbio che l'atteggiamento espansivo che caratterizza l'azione della Corte (anche e soprattutto) negli ultimi anni – e di cui le pronunce Cappato rappresentano una vicenda emblematica – è causato da (e quindi trova una sua spiegazione in) alcuni ben noti fenomeni. Quali l'«inadeguatezza degli strumenti» a disposizione della Consulta, «alcuni dei quali sono stati previsti pensando ad una realtà ben diversa da quella che attualmente sta vivendo la giustizia costituzionale in Italia»<sup>243</sup>; e la «tradizionale, e mai sufficientemente deprecata, inerzia del legislatore»<sup>244</sup>, la quale ha assunto, in anni recenti, connotati ancor più preoccupanti, in presenza

---

costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi», per poi dedurre, senza ulteriori argomentazioni, che: «Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale» (per alcuni rilievi critici su questo ed altri passaggi della sentenza *de qua* mi sia permesso rinviare a R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 20 aprile 2015, 226 ss.).

<sup>238</sup> Parla, in proposito, di «una produzione a getto continuo di tecniche decisorie anche fortemente innovative» A. RUGGERI, *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, intervento conclusivo al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 29 ottobre 2019, 6.

<sup>239</sup> Testualmente J. LUTHER, *La Corte "incappata"?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 3 luglio 2019, 4.

<sup>240</sup> Così A. MORRONE, *Suprematismo*, cit., 268, con riferimento alla sent. n. 222 del 2018.

<sup>241</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Rimosso*, cit.

<sup>242</sup> In termini, rispettivamente, P. VERONESI, *La Corte costituzionale*, cit., 24; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area"*, cit., 15 (corsivo testuale); A. RUGGERI, *Rimosso*, cit.; E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero*, cit., 315; ed ancora C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>243</sup> Come rileva R. ROMBOLI, *Le oscillazioni*, cit., 26. Cfr. anche, al riguardo, R. BIN, *Sul ruolo*, cit., 758-760.

<sup>244</sup> Per utilizzare parole di F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1239 (per riflessioni, in tema, P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo di insieme sulla giurisprudenza costituzionale in*

di una crisi del sistema rappresentativo che non ha precedenti<sup>245</sup>. E che ha spostato, inevitabilmente, sui giudici, più di quanto sinora avvenuto, l'onere di rispondere alle esigenze che emergono dalla società civile, integrando o chiarendo ciò che le leggi, in materia di diritti, non prevedono *tout court* oppure disciplinano in maniera ambigua<sup>246</sup>.

Ciò detto, tuttavia, occorre anche affermare che il prezzo per una piena salvaguardia dei diritti costituzionali non può essere quello di ripetute forzature del quadro giuridico entro cui si svolgono (*rectius*: dovrebbero svolgersi) le funzioni esercitate dal giudice delle leggi. Giacché, in senso contrario, va posto in rilievo che sta proprio nel rispetto dei limiti dei poteri della Corte, e quindi dei connotati essenziali del suo agire come organo giurisdizionale, che «risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità»<sup>247</sup>. E dunque anche la ragione principale su cui si fonda la legittimazione dell'organo nel sistema<sup>248</sup>.

Preciso, al riguardo – anche se in maniera necessariamente sintetica<sup>249</sup> – che chi scrive è ben consapevole:

*primo*: del carattere speciale del processo costituzionale, generalmente riconosciuto e testimoniato, d'altra parte, dall'attribuzione di un potere normativo, in materia, alla stessa Consulta;

*secondo*: dell'apporto della giurisprudenza costituzionale nel determinare la disciplina "vivente" di tale processo, in considerazione non soltanto del carattere lacunoso della normativa che lo regola, ma anche «del ruolo che la Corte svolge nel nostro sistema costituzionale, delle attribuzioni a questa riconosciute e del modo come il giudizio costituzionale sulle leggi si è venuto concretamente a realizzare»<sup>250</sup>;

*terzo*: del fatto che occorre distinguere tra i casi in cui si realizza un utilizzo (semplicemente) elastico – e per ciò stesso ammissibile – delle regole o degli istituti in cui si articola il processo

---

*materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2006, 1 ss.).

<sup>245</sup> Insiste molto sulle «crescenti inerzie del potere politico» per giustificare l'odierno atteggiamento della Corte costituzionale E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 780 ss.

<sup>246</sup> Cfr. ad esempio, in proposito – e per limitarmi ad un'unica citazione – quanto evidenzia, nell'ambito di un ragionamento più ampio, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 30 dicembre 2018, 650, il quale, dopo aver osservato che: «L'eccessiva lentezza con cui» il legislatore «fa fronte alle rivendicazioni sociali dei diritti, vecchi o nuovi che siano, sposta sulla magistratura l'onere della risposta» e che «la pessima qualità delle leggi grava ancora i giudici del compito di chiarirne il significato», conclude che, «in fondo», dal «modello si devia [...] soprattutto per ragioni di supplenza», e cioè «per trovare altre vie in cui incanalare la continua rivendicazione sociale dei diritti a cui il processo politico non è capace di rispondere».

<sup>247</sup> Mutuo l'espressione da R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale scientifica, Napoli 2011, 3033. Sulla funzione legittimante del processo costituzionale v. anche, tra gli altri, P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Giappichelli, Torino, 1991, spec. 65 e 69-70.

<sup>248</sup> Sulla complessa tematica della legittimazione degli organi di giustizia costituzionale mi sia concesso rinviare, *amplius*, a R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1928 ss., ed Autori *ivi* richiamati, cui *adde* A. MORRONE, *Suprematismo*, cit., spec. 268 ss.; ed E. CHELI, *Corte*, cit., 783-784.

<sup>249</sup> Esamino distesamente le questioni abbozzate nel testo nel mio *La Corte e il suo processo*, cit., 1921 ss.

<sup>250</sup> Così R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.* 1995, I, c. 1094.

costituzionale, e le ipotesi nelle quali, al contrario, siamo in presenza di un “abuso” di tali regole «e quindi ad una sorta di loro disapplicazione da parte della Corte»<sup>251</sup>.

Senonché, quanto alla prima osservazione, è possibile replicare che anche di fronte ad una regola del processo in oggetto che sia frutto dei poteri normativi della Corte, siamo pur sempre in presenza di una norma giuridica, ossia di una «regola suscettibile di essere enunciata una volta per tutte, e non delega permanente di bilanciamento»<sup>252</sup>.

Quanto alla seconda, si deve evidenziare che il fatto di non contestare l'importanza che riveste la concreta applicazione delle regole processuali nella determinazione del loro più preciso significato non significa affatto riconoscere alla Consulta la «libertà di scegliere ora l'una ora l'altra interpretazione della disposizione processuale, a seconda del caso» da decidere. Ma richiedere, piuttosto – come è stato lucidamente posto in rilievo<sup>253</sup> – «una coerenza nell'uso di tale discrezionalità, in modo da creare una uniformità di comportamento in presenza delle stesse condizioni e di obbligare la Corte, allorché intenda decidere diversamente, quanto meno a motivare il proprio comportamento».

Quanto alla terza, infine, vorrei rilevare che se può essere, in effetti, problematico, talvolta, operare la distinzione tra “uso” ed “abuso” delle regole che presiedono ad un corretto svolgimento del processo che si svolge davanti alla Corte costituzionale, ciò non toglie, tuttavia, che una volta stabilito che, nel corso di quel giudizio, il limite di cui si discute è stato superato, l'operazione posta in essere dal giudice delle leggi debba essere censurata. E questo perché, agendo in maniera diversa, si finirebbe per negare la stessa «esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato»<sup>254</sup>.

D'altra parte, allargando lo sguardo, merita conto porre in evidenza che ammettere che il giudice delle leggi possa di fatto scegliere le forme della sua azione significherebbe non soltanto porre lo stesso al di fuori delle coordinate entro le quali è possibile parlare di uno Stato di diritto, ma pervenire, fatalmente, ad un esito doppiamente paradossale.

Da un lato, infatti, dovremmo ammettere l'esistenza di un organo custode della Costituzione che, per salvaguardare i diritti *ivi* previsti, finisce, però, per incidere negativamente sull'assetto organizzativo che è scolpito nella stessa Carta e che dovrebbe, pertanto, essere oggetto, anch'esso, della sua azione di garanzia.

Dall'altro, negando i principi su cui si fonda lo Stato costituzionale, finiremmo per porre in dubbio la sua stessa esistenza, quando questo, all'opposto – come è risaputo – è nato ed ha quale scopo principale proprio la difesa di quei diritti. Con il che, a mio avviso, trova risposta la possibile obiezione di chi, in senso contrario a quanto sto argomentando – ma con visione colpevolmente limitata alle esigenze del caso concreto – ritenesse che, indipendentemente dal grado di discrezionalità (se non proprio di libertà) con cui la Corte esercita le proprie funzioni, quel che conta, alla fine, è il guadagno che i diritti possano averne.

---

<sup>251</sup> L'alternativa evidenziata nel testo è prospettata da R. ROMBOLI, *Le oscillazioni*, cit., risp. 11 e 13; richiamandosi espressamente ad A. PIZZORUSSO, *Usa ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996. Per alcune riflessioni, sul punto, v. anche G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 17 giugno 2016, 11-12.

<sup>252</sup> Come efficacemente sintetizzato da A. CERRI, *Relazione conclusiva*, in E. Bindi-M. Perini-A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*. Atti del Convegno annuale svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007, Giappichelli, Torino, 2008, 531.

<sup>253</sup> Da R. ROMBOLI, *La Corte*, cit., c. 1094, al quale appartiene anche la frase riportata, poco sopra, nel testo.

<sup>254</sup> In termini R. ROMBOLI, *La Corte*, cit., c. 1096, con affermazione ripresa, alla lettera, in numerose occasioni successive (da ultimo in *Id.*, *Le oscillazioni*, cit., 12).

In conclusione, pertanto, se si ritiene, come mi pare corretto affermare, che la normativa attualmente in vigore non attribuisce alla Corte costituzionale tutti gli strumenti necessari per fronteggiare, in maniera efficace, le questioni, sempre più complesse, che si prospettano alla sua attenzione, la strada da seguire è quella di auspicare una soluzione del problema a monte, dotando, quindi, l'organo di giustizia costituzionale di nuovi e più incisivi poteri. Sino ad allora, tuttavia<sup>255</sup>, le «carenze dei decisori politici vanno», sì, «– fin dove possibile e con gli strumenti al riguardo apprestati – combattuti con decisione», ma senza quegli «eccessi dei garanti che, non meno dei primi, concorrono a mettere sotto *stress* la Costituzione e lo Stato che da quella prende il nome».

---

<sup>255</sup> Come bene rileva A. RUGGERI, *Rimosso*, cit.



ANGELA MUSUMECI

**La Politica, la Scienza, la Corte e la vita umana.  
Spunti ricostruttivi intorno al caso Cappato.**

SOMMARIO: 1. Il tormentato cammino dei diritti bioetici. Cenni introduttivi. – 2. Il caso Cappato alla Consulta. La via stretta dell'ordinanza del giudice *a quo*. – 3. *Segue*: la riscrittura del *thema decidendum* e la predisposizione della nuova tecnica processuale da parte della Corte. – 4. La supplenza concreta con la sentenza n. 242 del 2019. – 5. Breve nota conclusiva.

*1. Il tormentato cammino dei diritti bioetici. Cenni introduttivi.*

Le questioni legate all'inizio e alla fine della vita umana sono, con certezza, la nuova frontiera dei diritti fondamentali, in Italia come nel resto del mondo. Generate entrambe dal progresso scientifico, e biotecnologico in particolare, hanno fatto emergere, nel corso del tempo, dubbi e criticità con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali della persona. A segnare la differenza col passato, in specie con le previsioni dei diritti contenute nelle Carte costituzionali del secondo dopoguerra, è la circostanza che l'ambito di riferimento, tanto per la nascita quanto per la morte, è segnato dall'evoluzione dei progressi scientifici e dalle conseguenti applicazioni tecniche che hanno introdotto l'elemento della scelta là dove prima regnavano il caso e la necessità. In altri termini, insieme alla pratica e alla diffusione delle biotecnologie è cresciuta la sfera dell'autodeterminazione della persona che chiede di rimettere al libero e insindacabile volere di ciascun individuo la realizzazione dei progetti di vita e di *non vita* che ognuno intende intraprendere per sé<sup>1</sup>.

Altra peculiarità dei diritti in esame è il processo che sta portando al loro riconoscimento e tutela. Nella gran parte dei casi, infatti, la loro affermazione la si deve, prima ancora che all'intervento delle istituzioni rappresentative, all'attivismo giudiziario, in un dialogo quasi costante e continuo tra Corti, nazionali e sovranazionali, e giudici comuni che ha profondamente segnato lo sviluppo del costituzionalismo dei diritti negli ultimi anni<sup>2</sup>. Senza dubbio, lo sviluppo dei diritti per via giurisprudenziale deve essere salutato con favore in uno stato costituzionale, indice del fatto che la pratica della Costituzione da parte dei giudici è in grado di garantire ai cittadini la tutela dei loro diritti fondamentali anche in assenza di previsioni legislative puntuali. Così come va tenuto in conto che, da sempre, la duttilità della decisione giudiziaria, a fronte della rigidità dello strumento normativo, ha favorito l'emersione di nuove esigenze sociali che con l'andar del tempo si sono

---

<sup>1</sup> A questa convinzione perviene una nutrita schiera di studiosi tra i quali è doveroso citare per i suoi molti contributi al tema S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993. Sul pensiero di Rodotà riporto l'omaggio e il contributo affettuoso che gli ha dedicato P. COSTANZO, *Stefano Rodotà, costituzionalista*, in *MediaLaws* ([www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu)), 3/2018 (24 ottobre 2018), il quale, ripercorrendo l'impegno del giurista calabrese sulla "rivoluzione dei diritti", scrive: "Vengono poi le rivoluzioni delle donne, degli ecologisti, della scienza e della tecnica. Il corpo è liberato da molti vincoli imposti dalla natura, e l'innovazione scientifica consegna l'intero ciclo vitale, dalla procreazione alla morte, alla libera volontà delle persone". Più in generale sul tema, si v. anche P. COSTANZO, *Biotecnologie, militanze e diritti fondamentali*, in P. COSTANZO (a cura di), *Organismi geneticamente modificati. Una prospettiva giuridica*, Genova, Genova University Press, 2016, 2.

<sup>2</sup> Sul tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali si rinvia ai chiari contributi di P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, 3 ed., Torino, Giappichelli, 2010, 359; ID., *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in G. De Vergottini (a cura di), *Accademia delle scienze dell'istituto di Bologna, Classe di Scienze morali. Rendiconti degli anni 2007-2008*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 343. Più di recente, in continuità con le argomentazioni del Maestro, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013, in part. 119 ss.

trasformate in conquiste di diritti civili, così come è accaduto con l'aborto, il divorzio, l'ambiente, ecc, nel corso degli anni '70 e '80 del secolo scorso.

Ciononostante, non si può non concordare con chi, in dottrina, ha evidenziato da subito le aporie e i pericoli associati al ruolo di "supplenza" dei giudici nei confronti del legislatore e in ultima analisi della decisione politica<sup>3</sup>. Se è vero, infatti, che le lotte per il riconoscimento di quei diritti videro al fianco dei movimenti organizzati l'azione coraggiosa di alcuni pretori, e a seguire della Corte di cassazione come nel caso del diritto all'ambiente salubre, è altrettanto vero che le istituzioni rappresentative, tanto nazionale quanto regionale se di competenza, non tardarono a far sentire la loro voce, dando ai cittadini le risposte più adeguate al soddisfacimento dei nuovi bisogni.

Di contro, la nuova stagione dei diritti fondamentali è contraddistinta da un rapporto quasi esclusivo tra i soggetti, o meglio tra le persone fisiche con le loro storie individuali, e i giudici ai quali si rivolgono per avere tutela. Sono le persone comuni, infatti, con il loro vissuto e i loro diritti negati ad aver aperto nuovi spazi ai diritti di libertà; e sono sempre quelle storie di vita ad aver trovato istanza di accoglimento da principio presso un giudice comune e di seguito presso la Corte costituzionale. Così è accaduto nel caso della legge 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, quando una legge palesemente discriminatoria nei confronti dei soggetti che potevano fare ricorso alle tecniche, lontana dai bisogni dei cittadini e dal progresso scientifico, è caduta, prima, sotto i colpi dei giudici comuni e dopo sotto le pronunce ablative del giudice delle leggi<sup>4</sup>.

Analoghe considerazioni valgono per il fine vita. Anzi, in questa ipotesi la funzione di "cura" del giudice davanti al caso di vita è ancora più evidente stante la tragicità delle storie. Basta citare i nomi di Englaro e Welby per individuare subito almeno due delle più difficili e tristi vicende giudiziarie che hanno profondamente colpito la coscienza sociale. Nel primo caso, una giovane donna vissuta in stato di coma vegetativo per quasi diciotto anni, a seguito di un incidente subito nel 1992, morì solo dopo che il padre, al termine di una lunga battaglia giudiziaria, dai tratti a volte grotteschi se non assurdi, riuscì, con pronuncia della Corte di cassazione nel 2007, a far riconoscere la liceità dell'interruzione del trattamento vitale su un paziente incosciente<sup>5</sup>. Nel secondo, il Tribunale di

---

<sup>3</sup> Mi riferisco in particolare alle calzanti osservazioni di M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Franco-Angeli, Milano, 2016, oggi riproposte in *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale tra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, 1/2020, 286

<sup>4</sup> L'esempio più calzante è quello dell'affermazione del diritto all'accesso alle tecniche di PMA delle coppie non sterili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, originariamente esclusi dall'art.1 della legge n. 40/2004, avvenuto invece grazie all'impiego dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte dei giudici comuni. La serie di interventi pretori, che si sono succeduti nel tempo, ha comportato la completa riscrittura (da parte dei giudici) della legge, che molto appropriatamente è stata denominata *ex*: così A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997. Per una lettura globale degli interventi pretori che hanno provocato la demolizione della legge 40 sia consentito il rinvio a A. MUSUMECI, *La legge 40/2004 tra giudici ordinari e Corte costituzionale: un dialogo difficile ma necessario*, in M. Azzolini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzione e nuove sfide*, Aracne, Roma, 2015, 73. È importante evidenziare che l'attività dei giudici, di certo più prossima alla storia delle coppie, condotta con continuità su tutto il territorio nazionale è valsa a produrre un mutamento di orientamento nella Corte costituzionale, la quale investita da subito della questione di legittimità della norma citata, ha adottato un'ordinanza di inammissibilità, la n. 369 del 2006, che per le sue discutibili motivazioni e la fuga dal merito della decisione fece levare più di una voce critica da parte della dottrina: sul punto si rinvia, tra gli altri, ad A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, 3850.

<sup>5</sup> Il riferimento è alla nota sentenza della Cassazione civ. n. 21748 del 16/10/2007, ripresa anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018. Con argomentare chiaro e lineare, la Cassazione ha affermato che, in base al «principio personalistico» che anima la nostra Costituzione, e che «vieta ogni strumentalizzazione della stessa per qualunque fine eteronomo», non può che «escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio della vita». Molti in dottrina hanno commentato, da angolature diverse, la folle successione degli accadimenti di quei giorni e tra le tante voci piace ricordare per la speciale sensibilità

Roma sempre nel 2007, disponeva il non luogo a procedere nei confronti del medico che aveva interrotto la respirazione artificiale del paziente, affetto da una patologia degenerativa irreversibile ma perfettamente capace di intendere e volere e fermamente determinato nella sua volontà suicida. Vicende simbolo quindi che fanno pensare ad altrettante azioni strategiche.

Il Parlamento italiano, dal canto suo, è entrato nella materia del fine vita quasi in punta di piedi, dieci anni dopo la conclusione delle vicende, con una legge certamente importante che affronta però il solo profilo del lasciarsi morire, senza prendere in considerazione la delicata questione dell'aiuto a morire da parte di terzi<sup>6</sup>. Anzi, le cronache parlamentari narrano di una precisa volontà di una parte della maggioranza che approvò la legge di respingere tutti gli emendamenti finalizzati a regolare la fattispecie depenalizzandola<sup>7</sup>. Si tratta cioè della legge n. 219 del 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, che, per giudizio della stessa Corte costituzionale, ha sostanzialmente ripreso e sviluppato i principi posti dalla giurisprudenza dei casi Englaro e Welby, coordinandoli con le costanti indicazioni della giurisprudenza costituzionale in materia di consenso informato nella relazione medico-paziente. Il che equivale a dire che la gran parte del cammino sulla via del riconoscimento dei diritti l'hanno compiuta i giudici in solitudine!

Non si può affermare con certezza se dietro le tappe di questo complesso cammino vi siano o no delle precise "azioni strategiche"<sup>8</sup>, messe in atto dai singoli per ottenere tutela. Quel che invece si può sostenere con tranquillità è che se strategia c'è stata, la stessa con i pronunciamenti della Corte costituzionale sul "caso Cappato"<sup>9</sup> è senz'altro salita di livello. Si ricorre al plurale perché le decisioni della Consulta sul caso Cappato, come noto, sono state ben due in un singolare *procedimento* costituzionale, che solo il Parlamento con una sua legge avrebbe potuto interrompere.

La sentenza n. 242 del 22 novembre del 2019 chiude in modo definitivo, la questione di legittimità originata dal succitato caso; questione che la Corte aveva avuto modo di rilevare già nell'ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018, che per struttura e contenuti ricorda molto da vicino le decisioni conclusive che adotta comunemente il giudice delle leggi<sup>10</sup>. Nel momento in cui adotta l'ordinanza, infatti, la Consulta, ha già riscontrato un *vulnus* nel sistema di tutela derivante dal divieto assoluto di aiuto al suicidio, ex art. 580 c.p., ma sceglie di non dichiarare l'illegittimità della norma al fine di

---

femminile, oltre che per la concordanza di vedute, quanto hanno scritto C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 13 febbraio 2009, e T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, 3/2009, 483.

<sup>6</sup> Per un commento della legge n. 219 del 2017 si vedano con impostazioni contrapposte A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 1, 2018, 85; C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un "modus moriendi" che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) 18 gennaio 2018.

<sup>7</sup> Si vedano sul punto i pareri negativi espressi dalla relatrice di maggioranza, Donata Lenzi, nella seduta dell'Assemblea della Camera dei Deputati di martedì 4 aprile 2017.

<sup>8</sup> Così pensa invece M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit, 288

<sup>9</sup> La vicenda è stata così ribattezzata dal nome dell'attivista dell'associazione Luca Coscioni, Marco Cappato, che ha originato il caso, accompagnando in una clinica svizzera Fabiano Antoniani, meglio noto come col nome d'arte di Dj Fabo, che intendeva porre fine alla sua vita dopo essere diventato tetraplegico e cieco a seguito di un incidente automobilistico. L'attivista Cappato, dopo aver esposto alla persona interessata e alla sua famiglia, le possibilità offerte dalla legge n. 219/2017, inclusa la possibilità della sedazione profonda, constatata la volontà del soggetto, perfettamente in grado di intendere e volere, di porre fine il più velocemente possibile al suo stato di sofferenza, anche a causa della mancanza di autonomia nella respirazione e nell'alimentazione, decideva di assecondare la richiesta fornendo, preventivamente, le informazioni necessarie per la pratica del suicidio assistito in Svizzera, dove l'Antoniani si è poi sottoposto all'eutanasia attiva riconosciuta come legale in quell'ordinamento.

<sup>10</sup> Moltissimi i commenti che hanno accompagnato la pubblicazione dell'ordinanza, segno tangibile della novità processuale in atto oltre, naturalmente, al rilievo del merito. Per una loro analisi, almeno sotto il profilo costituzionale, si rinvia in testa alla decisione nella rivista *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)).

lasciare al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa»<sup>11</sup> e la possibilità di «assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità»<sup>12</sup>.

Tra le tante questioni sollevate dalle due pronunce della Corte, non ultima quella del rapporto tra di esse, l'aspetto che preme evidenziare attiene alla dialettica col Parlamento, o meglio al profilo della discrezionalità politica del legislatore, che la Corte ha voluto, almeno inizialmente, rispettare massimamente adottando una ordinanza di "incostituzionalità prospettata"<sup>13</sup>, finalizzata, da un lato, ad evitare che «una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili», dall'altro, a dare al legislatore il tempo per «scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»<sup>14</sup>. Trascorso inutilmente il tempo lasciato al Parlamento per colmare il vuoto legislativo causa del *vulnus*, alla Corte non è rimasto altro da fare che prendere atto del perdurante silenzio, constatare altresì che l'intervento del legislatore non era certo imminente e di conseguenza dichiarare, anche per non contraddire se stessa, nell'udienza del 24 settembre 2019, l'illegittimità costituzionale preannunciata, scegliendo di adottare una sentenza additiva dal forte contenuto normativo.

Al netto delle inevitabili e legittime critiche rivolte alla Corte per l'originale tecnica decisoria<sup>15</sup>, e la conseguente decisione assunta, resta il fatto che la funzione para-legislativa assolta dal giudice delle leggi nel caso di specie è il portato della crisi della politica e delle istituzioni rappresentative in particolare<sup>16</sup>. La paralisi delle decisioni democratiche nell'ambito delle istituzioni rappresentative, la tendenza del legislatore a fuggire dai temi maggiormente sensibili nel dibattito sociale, per non essere punito dal consenso elettorale, hanno finito, infatti, col fare da volano all'opera di supplenza della Corte, ad occuparsi cioè di un singolo caso concreto al pari di quel che accade con i giudici comuni, con tutti i rischi che una simile condizione comporta sia per l'equilibrio fra i poteri sia per il ruolo che essa è chiamata a svolgere nell'ambito del sistema costituzionale.

## 2. Il caso Cappato alla Consulta. La via stretta dell'ordinanza del giudice a quo

Il caso Cappato arriva alla Corte costituzionale in forza di una ordinanza della Corte d'assise di Milano, del 14 febbraio 2018, con cui viene sollevata la questione di legittimità costituzione dell'art. 580 c.p. per contrasto con gli artt. 3, 13, comma 1, e 117 Cost, dal momento che la norma penale punisce l'aiuto al suicidio senza tenere in alcun conto il contributo effettivo che i soggetti terzi possono rendere alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicida<sup>17</sup>. Ricostruire

<sup>11</sup> Corte cost. ord. n. 207/2018, pto. 11 del considerato in diritto.

<sup>12</sup> *Idem*, pto. 11 cons dir.

<sup>13</sup> Così la definiva il Presidente G. Lattanzi, nella conferenza stampa di fine anno sull'attività della Corte nel 2018.

<sup>14</sup> Entrambe le citazioni da Corte cost. ord. n. 207/2018, pto. 11 del considerato in diritto.

<sup>15</sup> Tra le voci più critiche nei riguardi della nuova tecnica decisoria A. RUGGERI, *Fondamenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2019/I, 92, 108, 110, a giudizio del quale sarebbe stato preferibile fare ricorso ad una tecnica decisoria già sperimentata come una pronuncia interpretativa di accoglimento o ad una additiva di principio, le quali hanno l'indiscutibile "vantaggio della strutturale duttilità ed adeguatezza ai casi della vita (...) grazie alla "delega" fatta al legislatore in ordine alla produzione delle regole idonee a dare svolgimento al principio somministrato dalla Consulta".

<sup>16</sup> Sulla crisi contestuale della rappresentanza e della responsabilità politica si rinvia ai contributi di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, 162; A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 1/2018; i contributi raccolti in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>17</sup> Può essere utile segnalare, come ricorda P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*

brevemente i termini della richiesta contenuti nell'ordinanza del giudice milanese, è utile al fine di evidenziare la diversa interpretazione formulata dal giudice delle leggi, per poi poter arrivare a motivare la nuova metodologia processuale.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice a quo evidenzia l'irrazionalità interna della norma penale, che accomuna due situazioni molto diverse tra loro –rafforzare la volontà al suicidio fino all'istigazione e agevolare la condotta suicida di chi è già determinato al gesto–, facendo leva sui principi di uguaglianza, ragionevolezza e offensività dell'azione. Irrazionalità che, sempre a giudizio del giudice ricorrente, sarebbe ancora più stridente oggi, da quando cioè il nostro legislatore ha approvato la l. n. 219/2017 dal momento che il rifiuto/interruzione del trattamento terapeutico salva vita non è punito mentre è perseguita ancora, dalla norma impugnata, la richiesta di aiuto al suicidio quando, in entrambi i casi, le persone versino in condizioni di insopprimibile sofferenza e siano ugualmente determinate e convinte di porre fine alla propria esistenza.

Per poter arrivare a formulare la richiesta, la Corte d'assise è partita dalla considerazione che il bene giuridico tutelato dalla norma oggetto di scrutinio debba essere valutato alla luce dei principi costituzionali. Più precisamente, secondo i giudici, il paternalismo del legislatore del codice Rocco, figlio di una visione illiberale in cui il bene della vita era funzionale ad interessi eteronomi della collettività, non può più avere cittadinanza nell'ordinamento proprio in virtù dei principi costituzionali. Alla luce della nuova cornice valoriale, ed in forza del principio personalistico che iscrive l'autonomia individuale al centro delle scelte di inizio e fine vita, il giudice a quo identifica nella libertà di autodeterminazione del singolo il nuovo bene giuridico protetto dalla norma, che deve essere valorizzato anche nelle situazioni di fine vita. Nell'ordinanza di rimessione viene anche citata a supporto l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU che nel corso del tempo, a partire dalla sentenza *Pretty v. Regno Unito*, ha allargato le maglie dei limiti all'indisponibilità della vita umana allorché ricorrano condizioni di insostenibile sofferenza del malato.

Nell'economia del lavoro è importante evidenziare che il giudice a quo ha scelto di non includere fra i parametri costituzionali di riferimento per la definizione della questione di legittimità l'art. 32, comma 2, Cost., e ciò nonostante i molti rinvii allo stesso articolo nel corso della motivazione dell'ordinanza. L'esclusione di un simile parametro, e quindi l'assenza di qualunque riferimento alla condizione clinica della persona che ha deciso di suicidarsi, lascia intendere, come ha osservato parte della dottrina<sup>18</sup>, che la Corte d'assise abbia inteso perseguire una linea strategica ben precisa, che se pur impervia, appare allo stesso tempo necessitata. La Corte d'assise punta, infatti, ad ottenere una dichiarazione ablativa secca, seppur parziale, della norma nella parte in cui sanziona l'agevolazione al suicidio, attraverso la formulazione di un *petitum* basato tutto sulla autodeterminazione del soggetto, svincolato dalla considerazione della specifica condizione di

---

([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 5/2017, 381; *Id.*, *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, *ivi*, 7-8/2017, 256, che tra la Procura e il GIP di Milano si sono registrate delle diversità di vedute che hanno condizionato non poco la richiesta al giudice delle leggi. La Procura aspirava, infatti, ad un intervento manipolativo della norma incriminata mentre il GIP ha respinto la richiesta, basandosi su una interpretazione rigida della CEDU in materia di fine vita che non ammette limiti al bene indisponibile della vita. Fortemente critico sulla valutazione operata dal GIP, ritenendola preclusiva di una pronuncia della Corte, sul modello dell'additiva di principio, che possa poi sollecitare un intervento del legislatore, M. FORCONI, *La Corte di Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2/2018, 182.

<sup>18</sup> Così la pensa ad es. M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 2017/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 3/2018; segnatamente sul punto con argomentazione più articolata, S. GIANELLO, *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di rimessione nel "processo Cappato"*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 26 febbraio 2018,

salute in cui versa il soggetto che abbia autonomamente deciso di suicidarsi<sup>19</sup>. Nell'ordinanza, infatti, non c'è riferimento alcuno all'impossibilità pratica del gesto, né alle motivazioni di tipo umanitario che dovrebbero spingere un terzo ad agevolare la realizzazione dell'intento suicida; c'è solo il richiamo all'ingiusta parificazione di condotte diverse sul piano della determinazione altrui.

La scelta per un percorso così arduo al giudizio incidentale deve essere sembrata, però, alla Corte d'assise di Milano necessitata, rinunciando da subito a perseguire l'obiettivo di un pronunciamento additivo. Difficile, anche se forse più corretta, deve essere parsa al giudice a quo la possibilità di formulare un *petitum* attraverso il quale la Corte avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non prevede la non punibilità di chi agevola il suicidio alla presenza di determinate circostanze di fatto (come ad es. l'assoluta sofferenza del malato, l'impossibilità di procedere da sé, la certificazione di un medico terzo che attesti, unitamente al medico curante l'irreversibilità della patologia, ecc.). Con ogni probabilità l'impossibilità di "scegliere", nel testo della disposizione, il verso certo dell'addizione, ha fatto pensare al giudice milanese che non avrebbe superato il vaglio della Corte costituzionale, la quale per sua costante giurisprudenza limita fortemente l'uso di simili pronunce quando il *petitum* esclude l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, le c.d. rime obbligate, a causa dell'elevato tasso di manipolatività della soluzione evocata.

### 3. Segue: la riscrittura del thema decidendum e la predisposizione della nuova tecnica processuale da parte della Corte

La Corte costituzionale ha ritenuto, però, di non poter condividere l'interpretazione sottopostale nella sua interezza, affermando che non «è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale»<sup>20</sup>, come prospettato invece dal giudice a quo che aveva seguito da vicino l'impostazione della Cassazione nella sentenza Englaro.

---

<sup>19</sup> Sul punto, si v. le acute e condivisibili critiche di S. GIANELLO, *La strada impervia del giudizio costituzionale*, cit., secondo il quale "la richiesta tout court di ablazione della norma nella parte in cui sanziona l'agevolazione al suicidio, in assenza di limiti e ragioni concrete idonee a giustificare l'accoglimento sul lato delle condizioni di salute divenute insostenibili per il malato può difficilmente dirsi figlia di un imperativo di ordine costituzionale".

<sup>20</sup> Cfr. punto 6 cons. dir. In particolare, la Corte evidenzia che il fine perseguito dal legislatore penale con la norma in esame è di proteggere le persone più deboli e vulnerabili da decisioni in suo danno e pertanto «gli crea intorno una "cintura protettiva", inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui» (punto 4 cons. dir.). Una simile ricostruzione, secondo la Corte, è assolutamente in linea tanto con i valori ricavabili dall'art. 2 Cost, in forza dei quali non è possibile riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire, quanto con l'art. 2 CEDU, da cui non è possibile derivare il diritto a morire, secondo quanto confermato dalla Corte EDU (punto 5 cons. dir.). Pertanto, il bene tutelato dall'art. 580 c.p. è sempre il bene della vita riguardato però non più in funzione della collettività, come accadeva in passato, ma come valore in sé. In questa prospettiva, l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio è funzionale alla tutela del diritto alla vita, in specie delle persone più deboli e vulnerabili, e non si può inibire al legislatore penale di punire le «condotte che spianano la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite». Al contrario, prosegue la Corte, è precipuo «compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)» (punto 6 cons. dir.). Inoltre, la Corte avvalendosi della giurisprudenza della corte EDU, spiega anche perché la norma non debba considerarsi in contrasto con l'art. 8 della CEDU. Senza dubbio, il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento porre fine alla propria esistenza è uno dei profili in cui si sostanzia il diritto di ciascuno di noi al rispetto della propria vita privata. Tuttavia, in base al secondo par. dell'art. 8 CEDU, una interferenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto è possibile solo se prevista dalla legge ed appaia come necessaria in una società democratica. La Corte EDU, dal canto suo, ha riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, tanto che incriminazioni generali dell'aiuto al suicidio sono presenti nella gran parte delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa, proprio a protezione

L'argomentazione della Corte, troppo articolata per essere ricostruita nella sua interezza in questa sede, oltre a "distaccarsi" dalla lettura della norma prospettata dal giudice a quo, e dalla pregressa giurisprudenza ordinaria, apre uno scenario completamente diverso che punta ad individuare la soluzione del caso come lo svolgimento di scelte già fatte sul piano legislativo, con il riferimento esplicito alla l. n. 219/2017. Per poter utilizzare la medesima logica dell'impianto legislativo, il giudice delle leggi decide di introdurre il nuovo parametro costituzionale dell'art. 32 Cost, non evocato nell'ordinanza di rimessione, che è per esso funzionale a circoscrivere il raggio d'azione dell'autodeterminazione del soggetto per ricondurla nella più tradizionale area della libertà di scelta terapeutica. Dopo aver saldato insieme i pronunciamenti dei giudici di legittimità e merito (Englaro e Welby), le sue indicazioni sul valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente sottoposto a trattamento sanitario, con la l. n. 219/2017, la Corte può finalmente arrivare a configurare il caso del malato che, in piena libertà e consapevolmente, vuol porre termine rapidamente alla sua esistenza, reputando contrario al proprio senso di dignità il protrarsi delle sofferenze fisiche o morali, il quale però necessita dell'assistenza di terzi per intraprendere un simile percorso<sup>21</sup>. Sulla base della ricostruzione, la Corte arriva ad illustrare i profili di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. In primo luogo, ravvisa un elemento d'irragionevolezza tra l'autodeterminazione del soggetto nel caso in esame e il fondamentale valore della vita. Se quest'ultimo non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari anche attraverso una condotta attiva, «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo dal decorso più lento –apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa– conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»<sup>22</sup>.

Una ulteriore contraddizione è data dal fatto che se la priorità è quella di proteggere le persone più vulnerabili come i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze, nel momento in cui l'ordinamento ha riconosciuto loro, a certe condizioni, la possibilità di decidere di interrompere i trattamenti terapeutici non si vede perché il medesimo soggetto debba ricevere una protezione assoluta, contro la propria volontà «quando si discuta di concludere la propria esistenza con l'aiuto

---

delle persone deboli e vulnerabili (punto 7 cons. dir.). In dottrina, per una ricostruzione puntuale della giurisprudenza della Corte EDU, in merito al mancato riconoscimento di un diritto a morire nella CEDU, si v. da ultimo P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 5/2018, 32. Più in generale sul diritto a morire G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto al suicidio di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in *Archivio Penale* (<http://www.archiviopenale.it/>), 3/2018, 30 ottobre 2018; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, *Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), 3/2018, 139.

<sup>21</sup> La Corte afferma che bisogna considerare anche vicende come quella oggetto del giudizio a quo e cioè situazioni inimmaginabili quando la norma incriminatrice fu introdotta e, però, riconducibili nella sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e dalla tecnologia, che riescono oggi ad evitare la morte di pazienti in condizioni gravemente compromesse senza però riuscire a restituire loro una sufficienza di funzioni vitali poiché la persona rimane affetta da patologie irreversibili, caratterizzate da sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, e bisognosa di trattamenti di sostegno vitale, conservando però la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli (cfr. punto 8 cons. dir.). A giudizio di A. RUGGERI, *Venuto alla luce l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2018/III, 571, 572, la Corte dopo avere posto l'accento al rilievo da assegnare agli sviluppi scientifici e tecnologici, non porta alle conseguenti applicazioni le premesse del suo ragionamento "specie per ciò che attiene al rilievo che dovrebbe assegnarsi in modo non incondizionato all'autodeterminazione del soggetto in alcune delle sue più spinose e sofferte esperienze di vita".

<sup>22</sup> Cfr. punto 9 cons. dir.

di altri», quale alternativa reputata dal malato maggiormente dignitosa rispetto all'interruzione della terapia.

Il margine d'incompatibilità dell'art. 580 c.p. col sistema è così ricostruito: «Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese, quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive»<sup>23</sup>.

Giunta a questo punto la Corte è pronta a spiegare perché il riscontrato *vulnus* ai principi citati non la inducano, almeno nell'immediato, a pronunciarsi per «la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto sia prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte»<sup>24</sup>. Una simile opzione, infatti, avrebbe come sua necessaria conseguenza di lasciare priva di disciplina la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, rispetto ai quali occorre precludere possibili abusi e impedire che vengano messi a rischio altri valori costituzionali. D'altro canto, la Corte si dimostra ampiamente consapevole del fatto che la regolazione di una simile materia si connota per dover affrontare molteplici profili, ciascuno caratterizzato da un'ampia discrezionalità, e si sofferma, con scrupolo, a elencarne alcuni<sup>25</sup>. Non pago, però, il giudice delle leggi si spinge fino a suggerire al legislatore di valutare, nell'esercizio della sua discrezionalità, la possibilità di intervenire, anziché mediante una mera modifica della disposizione dell'art. 580 c.p., sulla l. n. 219/2017 riconducendo la nuova opzione nell'ambito e nello spirito della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

Tuttavia, i delicati bilanciamenti da compiere restano affidati alla discrezionalità politica del Parlamento e di conseguenza la Corte non può far altro che chiarire le ragioni che l'hanno indotta nel convincimento di non pronunciarsi, come solitamente accade, per l'inammissibilità della questione sollevata rivolgendo al contempo un *monito* al legislatore perché si adoperi nel rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato, prospettando, nel perdurare dell'inerzia, la possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale quando se ne presenti l'occasione in seguito a una nuova rimessione della questione di costituzionalità.

La consueta tecnica decisoria, che a ben vedere va sempre ascritta tra le forme di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, presenta però l'inconveniente non superabile per cui la norma non conforme a Costituzione continua a produrre effetti per un tempo non prevedibile, almeno fino a quando il giudice delle leggi non sia nuovamente investito della questione.

---

<sup>23</sup> Cons. dir. punto 9. Si tratta di un passaggio argomentativo capitale nell'economia della decisione, come ha fatto osservare C. CUPPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 3 dicembre 2018, secondo il quale per tale via, la Corte ha inteso «valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana (...)» riconoscendo «non tanto un *diritto a morire con dignità*, quanto piuttosto un diritto alla *piena dignità* anche *nella morte*». Valutazioni del tutto opposte sono formulate sul punto da C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute* (<http://www.cortisupremeesalute.it/>), 2, 2019.

<sup>24</sup> Cfr. punto 10 cons. dir.

<sup>25</sup> Come, ad esempio, «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto»: cons. dir. punto 10; opportune cautele affinché l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a mettere il paziente nella concreta possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda e continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza.



Ecco allora la necessità che un simile effetto non si produca, tenuto conto delle peculiari caratteristiche del caso di specie e della rilevanza dei valori in esso coinvolti. Ciò non toglie però che la Corte debba, nell'immediato, conseguire due obiettivi: da un lato, evitare che la norma possa trovare ancora compiuta applicazione in vicende analoghe e, dall'altro, lasciare al Parlamento un congruo tempo per assumere le sue decisioni in linea col suo potere discrezionale. Non potendo però attingere a nessuna delle tecniche decisorie abitualmente utilizzate, alla Corte non resta altro che affermare «di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»<sup>26</sup>, dando al legislatore appuntamento tra un anno, a decorrere dal momento del deposito dell'ordinanza (24 settembre 2019), e rivolgendo ai singoli giudici l'invito a valutare, in circostanze analoghe, la rilevanza e la non manifesta infondatezza di una eventuale questione alla luce di quanto indicato nell'ordinanza, così da evitare l'applicazione in parte qua della norma oggetto di scrutinio. Un inciso anche per il giudizio a quo che nel frattempo, come regola vuole, rimarrà sospeso.

#### *4. La supplenza concreta con la sentenza n. 242 del 2019.*

Come era prevedibile, il legislatore non è stato in grado di rispettare la scadenza temporale impostagli dalla Consulta, complice anche la grave crisi di governo maturata nell'agosto del 2019 risolta con un significativo rimpasto della compagine governativa e il cambio della maggioranza parlamentare. Le circostanze hanno quindi indotto la Corte a rompere definitivamente gli indugi e a dichiarare, con la sentenza n. 242 del 2019, l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219»<sup>27</sup> aiuta altri nella determinazione di concludere la propria vita, e sempre che ricorrano le condizioni così puntigliosamente descritte nell'ordinanza che precede l'attuale decisione (ma forse qualcosa di più!). La Corte si pone dunque nel solco dell'ordinanza del 2018 confermandone sostanzialmente gli approdi e i principi fissati in precedenza, con buona pace del principio della leale collaborazione col legislatore e della sua discrezionalità<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Punto 11 cons. dir. La Corte per supportare la sua scelta, volta a preservare le prerogative del Parlamento senza uscire al contempo dal proprio ambito di competenza, richiama le analoghe e recenti esperienze della Corte Suprema del Canada (2015) e del Regno Unito (2014), le quali hanno cercato di giungere alla conclusione dei rispettivi casi in un contesto, definito dalla nostra Corte, «collaborativo» e «dialogico» col Parlamento. La nostra Corte costituzionale, però, non poteva seguire di presso nessuno dei due esempi citati. Nel primo caso, infatti, la Corte Suprema canadese ha disposto la *sospensione* per dodici mesi dell'efficacia di una decisione già assunta, per consentire al Parlamento di adottare una legislazione compiuta sull'argomento. Nell'altro, dove la Corte suprema inglese ha ritenuto di non poter dichiarare il contrasto della disposizione scrutinata con l'art. 8 CEDU senza il previo coinvolgimento del Parlamento, in realtà non viene prospettata alcuna soluzione, ad esclusione del grave monito rivolto al legislatore, a conferma della netta separazione dei ruoli dei due organi (cfr. sulla vicenda inglese A. MULLOCK, *Legal Comment on Nicklinson, Lamb and AM Appeals*, in *Blog/Journal of Medical Ethics* (<https://jme.bmj.com/>), 27 giugno 2014).

<sup>27</sup> Così il dispositivo della sentenza n. 242 che già a prima lettura si annuncia alquanto complesso in quanto si distingue tra i fatti anteriori alla pubblicazione della decisione in Gazzetta ufficiale e quelli successivi, col chiaro intento ovviamente di non travolgere col suo giudicato proprio il caso Cappato, dal momento che la Corte inserisce sia nel dispositivo sia in motivazione condizioni procedurali non prodottesi nel caso concreto da essa esaminato.

<sup>28</sup> Netto e chiaro il disappunto per la decisione di A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustizainsieme.it](http://www.giustizainsieme.it)), 24 novembre 2019, a giudizio del quale anche un eventuale, ed auspicato, intervento futuro del legislatore sarebbe costretto a restare nei canoni della sentenza, avendo ormai la Corte acquisito la "*Kompetenz-Kompetenz*" sulla materia. Sul suicidio assistito (cvo di A. Ruggeri)

La formulazione del dispositivo è valsa inoltre a chiarire i molti dubbi sollevati dalla dottrina<sup>29</sup>, sulla vincolatività o meno dell'ordinanza nei confronti della sentenza. Conformemente a quanto sostenuto nell'ordinanza n. 207/2018, la Corte ha ribadito, ancora una volta, l'impossibilità di intervenire con una decisione ablativa vera e propria, stante la circostanza che la creazione di un vuoto legislativo lascerebbe prive di regolamentazione situazioni estremamente delicate e per scongiurare altresì la possibilità di veri e propri abusi. La sentenza quindi fa proprie le acquisizioni culturali e giuridiche contenute nel provvedimento interlocutorio, cristallizzando quindi un nuovo canone procedurale, ma conservando al tempo stesso tutta la sua autonomia. La sentenza, infatti, si distingue dall'ordinanza anche in aspetti rilevanti della motivazione<sup>30</sup>, e ciò al fine di portare a compimento il processo di supplenza nei riguardi del legislatore, solo prospettato in precedenza.

Se è vero, infatti, che la Corte nel corso dell'ordinanza ha speso molta parte delle sue argomentazioni nel cercare di impostare una fruttuosa dialettica col potere legislativo, affermando, a più riprese, che quando l'esito del quesito di legittimità costituzionale «coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere»<sup>31</sup>, non ci si può esimere dal chiedersi se il pronunciamento attuale del giudice delle leggi vada effettivamente nella direzione auspicata.

Si badi: la Corte è ancora fermamente convinta di tale necessità al punto da inserire nelle motivazioni della sentenza la presa d'atto che il legislatore è rimasto inerte per tutto il considerevole lasso di tempo da essa concesso, quasi a voler precostituire la giustificazione del suo successivo intervento. In altri termini, l'inerzia del legislatore, a fronte della "messa in mora" decisa nell'ordinanza, assurge a condizione giustificatrice per un intervento che travalica i limiti che essa normalmente si impone, valendo a conferirle una sorta di potere che di fatto finisce per essere "quasi-normativo". Certo, nella vicenda attuale ci sono in gioco beni di cruciale rilievo, come quello della vita e l'autodeterminazione del soggetto a decidere in merito ad essa, e tanto basta alla Consulta per decidere di assumersi l'onore assai gravoso di "scrivere" una disciplina, passando così dalla teoria delle *rime obbligate* a quella dei *criteri di riempimento costituzionalmente necessari* da individuarsi nel complesso del sistema vigente.

Di certo c'è che con l'ordinanza n. 207/2018 la Corte ha dato un altro segnale della crescente condizione di insofferenza verso i canoni che presiedono allo svolgimento dei suoi giudizi, accentuando, con l'ausilio di decisioni sempre più "innovative", quella tendenza, denunciata con preoccupazione da una certa parte della dottrina<sup>32</sup>, ad essere un soggetto "politicamente" attivo a discapito della funzione di garanzia che è chiamata a svolgere nel sistema costituzionale.

---

<sup>29</sup> La questione principale sottesa alla singolare sequenza delle due pronunce riguardava la vincolatività dell'ordinanza nei confronti della nuova decisione. Ci si chiedeva cioè se la Corte, stante il silenzio del legislatore, fosse tenuta a dichiarare l'incostituzionalità nei termini già accertati ma non effettivamente dichiarati con l'ordinanza. Hanno analizzato questo aspetto, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) 23.06.2019; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, *ivi*, 2019; J. LUTHER, *Corte "incappata"?*, *ivi*, 2019 e E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. costituzionali*, 2019, III, 531.

<sup>30</sup> In senso adesivo al testo le osservazioni di M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, *cit.*, 292 ss.; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, *cit.*, 7 ss.

<sup>31</sup> Ord. n. 207/2018, punto 11 cons. dir.

<sup>32</sup> Si v. al riguardo, tra gli altri, i contributi di R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna, 2017; AA. VV. *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2017.

Ciononostante non si può non concordare con chi ha fatto notare<sup>33</sup> che la lettura e l'interpretazione della più recente giurisprudenza costituzionale fa registrare la messa in discussione di alcuni capisaldi acquisiti della suddetta giurisprudenza, tra i quali non può non annoverarsi quello del rapporto con la discrezionalità del legislatore, da sempre in vario modo presente nell'attività della Corte e per certi aspetti caratterizzante il sistema di controllo sulle leggi<sup>34</sup>, a partire dal dibattito in Assemblea costituente sui poteri e il ruolo della nostra Corte costituzionale.

In particolare, l'orientamento della Corte a "smarcarsi" per così dire dal limite della discrezionalità politica ha riguardato in prevalenza la materia penale spingendola a teorizzare un vincolo assai più flessibile che in passato alla sua dottrina delle "rime obbligate" specie allorquando nella stessa materia la Corte si era ritrovata a lanciare dei moniti, affidati il più delle volte a pronunce di inammissibilità, rimasti tuttavia inascoltati dal legislatore<sup>35</sup>. Così come, ancora di recente, sempre di fronte a suoi appelli rimasti inascoltati, la Corte ha ulteriormente puntellato il suo ruolo di supplenza sostenendo che a giustificare il suo intervento, in caso di riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima (...) idonea ad essere assunta come *tertium comparationis*»: essenziale e sufficiente è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» sì da sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima e consentire alla Corte «di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia»<sup>36</sup>.

Nel caso di specie il punto di riferimento certo nel sistema, come già prospettato nell'ordinanza, è costituito dalla legge n. 219 del 2017 dal quale la Corte muove, per poter successivamente procedere, con straordinaria capacità individualizzante della fattispecie oggetto del giudizio<sup>37</sup>,

---

<sup>33</sup> Per una sintesi di questo nuovo orientamento si rinvia all'ampia analisi di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2019, 653.

<sup>34</sup> Ha saputo riassumere con formula felice il rilievo della discrezionalità nei rapporti tra Corte e Parlamento, P. COSTANZO affermando che "in nessun altro settore come in questo, la Corte è stata costretta a riflettere su se stessa, sulla latitudine dei suoi poteri, sulla sua collocazione istituzionale e... sul suo rapporto con il parlamento legislatore": cfr. *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, Relazione tenuta nell'ambito delle "IV Jornadas italo-espanolas de justicia constitucional: 50 aniversario de la Corte constitucional italiana, 25 aniversario del Tribunal constitucional espanol", 22 y 23 septiembre 2005 – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, oggi in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2006, 9.

<sup>35</sup> Cfr. al riguardo sentt. nn. 134/2012, 236/2016, 222/2018; in dottrina da ultimo, con continuità sul tema, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017, 3.

<sup>36</sup> Così Corte cost. sent. n. 222 del 2018, punto 8.1 cons. dir che cita a sostegno sent. n. 236/2016. Ripercorre lo schema argomentativo utilizzato dalla Corte, nella prospettiva indicata nel testo, G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e razionalità delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2570, che ne dimostra l'applicazione anche nella circostanza dell'ordinanza n. 207/2018. L'unica differenza con la pregressa giurisprudenza, secondo l'A. come altri in dottrina, è stato l'utilizzo dello strumento interlocutorio dal quale però era già facilmente rinvenibile la volontà della Corte a smarcarsi dal vincolo della discrezionalità politica, vissuta come un ostacolo al suo pieno sindacato.

<sup>37</sup> E' doveroso evidenziare come ha fatto E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018.*, cit., 542, che la Corte compie l'operazione di ricostruzione in totale autonomia senza cioè ricavare nulla dall'ordinanza di rimessione del giudice a quo, indice del fatto che ciò "che si presentava alla decisione della Corte, insomma, era uno dei paradigmatici «casi critici», la cui specificità e individualità preme irresistibilmente sul diritto affinché emerga una soluzione *in concreto* realmente *adeguata* al compito di *rendere giustizia* rispetto a *quello specifico fatto*". Nella sentenza n. 242 del 2019 la Corte si richiama ad «una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie

all'individuazione del contenuto additivo sempre «ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessarie, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»<sup>38</sup>. Gli specifici criteri di riempimento sono individuati negli artt. 1 e 2 della citata legge che già pongono le modalità di accertamento «della capacità di autodeterminazione del paziente e del carattere libero e informato della scelta espressa»<sup>39</sup>. Fin qui dunque la sentenza è in continuità con l'ordinanza che la precede.

Proseguendo, però, il livello di discrezionalità della decisione cresce anche in rapporto agli stessi criteri procedurali che la Corte si è data, finendo per impattare sensibilmente sul principio di legalità penale. È richiesta, infatti, la verifica della sussistenza delle condizioni da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale e il parere preventivo dei comitati etici territoriali. Quest'ultima condizione, in particolare, rischia di sortire un'eccessiva discrezionalità nella sua applicazione e che, soprattutto, trasformi la procedura in qualcosa di troppo lungo e complesso per malati che stanno soffrendo e che si trovano in condizioni irreversibili. Sebbene nella motivazione della sentenza, la Corte spieghi che il ricorso ai comitati etici sia dovuto alla complessità dei valori in gioco e illustri quelli che, a suo giudizio, sarebbero gli «esistenti comitati etici», resta da capire se effettivamente esistano su tutto il territorio nazionale e soprattutto da chi siano composti. Il timore è che ci si possa trovare di fronte ad organismi, formati da professionisti anche non medici, che rispondano a precisi indirizzi politici delle singole regioni prima ancora di valutare le richieste.

Da ultimo, la questione dell'obiezione di coscienza del personale sanitario non previsto nella legge 219/2017<sup>40</sup>. Afferma, infatti, la Corte che «Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici» specificando che «Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»<sup>41</sup>. Dal tenore letterale della pronuncia ne consegue che la "coscienza" del medico prevale in assoluto sulla volontà del paziente, subordinando così il diritto di una persona che versa in gravi condizioni di sofferenza e fragilità alla coscienza del personale sanitario. Inoltre, la deludente storia dell'obiezione di coscienza nel caso dell'aborto terapeutico, previsto dalla legge n. 194 del 1978, avrebbe dovuto far riflettere. L'elevato numero dei medici obiettori nelle strutture sanitarie pubbliche non è servito a ridurre il numero degli aborti ma soltanto a rendere difficile la sua pratica nel settore sanitario pubblico e ad incrementarla nelle strutture private

In conclusione, a leggere quest'ultima parte della sentenza viene da pensare che la Corte abbia tirato il freno a mano al momento sbagliato. Entrambe le condizioni erano già riportate nell'ordinanza ma solo nella forma di linee-guida, ossia come suggerimenti rivolti futuro legislatore. La loro previsione però in una pronuncia additiva di illegittimità cambia tutto sia per

---

criminosa» individuata dalla stessa «all'interno del *petitum* principale del remittente» e coincidente con i casi già «ritagliati» dall'ord. n. 207 del 2018, in cui «l'aspirante suicida si identifichi –come nella vicenda oggetto del giudizio a quo- in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» punto 2.3 cons. dir.

<sup>38</sup> Corte cost. sent. n. 242 del 2019, punto 4 cons. dir.

<sup>39</sup> Sent. n. 242 del 2019, punto 2.3 cons. dir.

<sup>40</sup> Ha osservato acutamente M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 300, che il passaggio sull'obiezione di coscienza del personale sanitario è stato introdotto nella pronuncia, con molta probabilità, a seguito degli interventi pubblici dell'Ordine dei medici. Sul punto si vedano i comunicati stampa del 23/11/2019 e del 25/11/2019 pubblicati sul sito ufficiale della Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (<https://portale.fnomceo.it/>).

<sup>41</sup> Pto 6 cons. dir.

l'autodeterminazione del soggetto, ben circoscritta da paletti procedurali poco rassicuranti, e di fatto sparita nella motivazione della sentenza, sia per il Parlamento, la cui scelta, se mai ci sarà, è già stata fortemente ipotecata dalla Corte costituzionale.

##### *5. Breve nota conclusiva.*

La vicenda Cappato ha fatto fibrillare molto il sistema costituzionale. I soggetti coinvolti, Parlamento, Corte costituzionale e giudici, si son mossi come i noti personaggi pirandelliani in cerca di un autore che ricostruisca la trama dei loro interventi. Di certo, il principio della separazione dei poteri previsto in Costituzione non è degradato a mero orientamento ora, e solo perché la Corte ha dimostrato particolare sensibilità nei riguardi di un tema che colpisce profondamente la pubblica opinione.

Lo si è detto in apertura: è la forza della vita, dei fatti che la connotano a travalicare il diritto. Fin quando è il singolo giudice a dover decidere su una questione scientifica controversa, e quindi eticamente combattuta, la soluzione, giusta o sbagliata che sia, sarà pur sempre confinata a quell'esclusivo caso sottoposto al suo esame. Tutto diverso invece, quando, quel giudice è la Corte costituzionale non solo, e non tanto, perché mette in atto tecniche procedurali innovative per giungere all'obiettivo della tutela di un diritto ma perché la sua giustizia non potrà che essere la giustizia del caso concreto, come accaduto per D. J. Fabo. È qui il vero punto debole di una supplenza realizzata superando la discrezionalità del legislatore.

Cosa accadrà a tutti quei casi simili, ma non identici, alla vicenda risolta con la sentenza in esame? Se nuovamente chiamata in causa da un giudice a quo, timoroso di sbagliare per gli incerti riferimenti normativi e giurisprudenziali, la Corte sarà altrettanto risoluta a superare la discrezionalità delle scelte politiche? Nel caso della procreazione medicalmente assistita, la Consulta ha lavorato di sponda con i giudici comuni, che per primi, hanno evidenziato le gravi carenze della legge 40, consentendo alle sentenze ablative di illegittimità costituzionale di estendere alla generalità dei consociati i benefici di pochi. Nel fine vita, invece, la prospettiva è ribaltata e il silenzio del legislatore, rischia seriamente di compromettere il dialogo tra Corte e giurisdizione.

La Consulta, infatti, non ha gli stessi poteri istruttori di cui godono le istituzioni rappresentative e la scelta di farsi carico della soluzione delle questioni scientifiche, eticamente controverse, seppur lodevole nei riguardi della tutela dei diritti fondamentali, rischia di farla precipitare nell'agone della conflittualità politica, come accaduto nel caso Cappato.

Nel bene o nel male la Corte ha compiuto i suoi passi e fatto le sue scelte. A preoccupare invece è più di tutto il silenzio assordante delle Assemblee parlamentari, dei luoghi in cui la decisione politica si salda con la rappresentanza parlamentare. Di fronte all'incalzare dello sviluppo scientifico e il silenzio dei decisori politici, torna a presentarsi puntuale un tema ben noto a Max Weber ossia chi comanda tra il sapere scientifico e il potere politico.

Certo Weber ragionava sulla loro contrapposizione tra il 1917 e il 1919, mentre si profilava il destino della Germania e dell'Europa intera alla fine della Prima guerra mondiale. Ciononostante, la portata di quegli insegnamenti, oggi rilanciati da Massimo Cacciari in occasione degli avvenimenti pandemici dell'inizio del 2020<sup>42</sup>, resta valido ancora oggi e si traduce in una esortazione alla democrazia dei moderni a non rinunciare mai allo status e al ruolo che compete alla decisione politica. Dietro quella rinuncia, si muovono e agitano altri poteri per occuparne lo spazio, come nel caso della nostra Corte costituzionale, e questo alla lunga può far davvero male ad uno stato costituzionale di diritto.

---

<sup>42</sup> M. CACCIARI, *Il lavoro dello spirito. Saggio su Max Weber*, Adelphi ed., Milano, 2020.



MARGHERITA RAVERAIRA

## Il caso Cappato: nel contesto collaborativo e dialogico tra Corte costituzionale e legislatore, quali i vincoli per il Parlamento?

A Pasquale Costanzo  
con la sincera amicizia e la profonda stima  
di sempre

SOMMARIO: 1. In premessa: il diritto alla vita tra bioetica e biodiritto. - 2. Il diritto alla vita è indisponibile o disponibile? - 3. Dal suicidio alle pratiche di fine vita, tra lasciar morire e aiutare a morire. La “sofferenza intollerabile” dell’anima e del corpo e l’autodeterminazione della persona. - 4. Dall’ordinanza n. 207 del 2018 alla sentenza n. 242 del 2019: la Corte costituzionale si orienta verso una nuova tecnica decisoria. L’ordinanza. - 5. La sentenza. - 6. Alcune (problematiche) valutazioni delle scelte della Corte costituzionale. - 6. A mo’ di conclusione.

### 1. In premessa: il diritto alla vita tra bioetica e biodiritto.

È appena il caso di rilevare come il forte sviluppo del progresso scientifico in particolare nel campo della biotecnologia, con accelerazioni progressive inimmaginabili fino a non poi così tanto tempo fa, abbia prodotto e sempre più produca un determinante “intervento” nella sfera biologica dell’essere umano, investendo i confini naturalistici dell’individualità umana al punto da modificarne i paradigmi tradizionali e il loro stesso significato. Non si vuole qui addentrarsi nelle dense problematiche della bioetica, che comportano valutazioni di natura filosofica, morale, religiosa, sociologica, antropologica, politica, oggetto, come è noto, di un ampio ed acceso dibattito a flusso continuo. Fatto si è però che non si può comunque non sottolineare come in un quadro in cui, alla luce della radicale trasformazione dello storico episteme di riferimento, quello della naturalità, dei dati del *bios* non controllabili e non controvertibili, l’uomo ha dato ormai per acquisito un nuovo modo di intendere la propria esistenza come un fattore su cui esercitare la propria libertà e la propria capacità di dominio, trasformando quei dati in fattori di cui egli diviene, in ragione della scienza e della tecnica, artefice e padrone. Insomma, l’uomo non più in grado solo di modificare tecnicamente la natura, come da sempre ha fatto, ma di forgiarla, introducendo sulla scena del mondo vivente processi completamente nuovi: come è stato detto, dall’uomo *faber* all’uomo *creator*.<sup>1</sup>

Evidenti sono le ripercussioni che un tale scenario produce sul ruolo del diritto a fronte della crescente esigenza di regolare il fenomeno nella sua prospettiva normativa-ordinamentale. Esigenza tanto più avvertita in relazione al progressivo diffondersi nella società della consapevolezza che le manipolazioni della vita umana a seguito dell’avanzamento della tecnoscienza non siano affatto esenti da rischi, neppure sempre prevedibili, con possibili danni per l’uomo e per la vita sulla terra; rischi che nel sentire diffuso danno luogo a dubbi e a non poche tensioni. Insomma, non tutto ciò che si può “fare” si deve “fare”, non tutto ciò che è tecnologicamente possibile è sentito anche come eticamente lecito e giuridicamente legittimo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. G. ANDERS, *L’uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell’epoca della terza rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

<sup>2</sup> Si veda in tal senso L. PALAZZANI, *Valori e diritti al confine della vita umana*, in *Filosofionline* (<https://www.filosofionline.com/>), 4/2009.

Ma se così è, le sfide e le difficoltà che si pongono a quello che con un ormai consolidato neologismo viene correntemente definito biodiritto<sup>3</sup> non sono di poco conto. Lo strutturale difficile rapporto tra bioetica e biodiritto, per cui quest'ultimo non riesce ad adeguarsi alla dinamicità della prima, se non è questione certo nuova, oggi si accentua maggiormente stante la già sottolineata accelerazione delle scoperte scientifiche e la loro invasività nella vita umana (dal confine iniziale a quello finale). Si pensi a come le scoperte della biomedicina abbiano messo in discussione la stessa concezione dell'uomo come soggetto (come essere) non più uniformato e definito in varia misura dalla causalità naturalistica e biologica; come sia cioè possibile manipolare già ora la vita umana con tecniche, peraltro sempre più pervasive secondo prospettive di cui non si vedono i limiti, destinate come sono ad incrementarsi nel futuro. Basti pensare (tanto per fare taluni esempi) alla produzione di embrioni umani in laboratorio a soli fini sperimentali, alla procreazione assistita, alla terapia eugenica, alla diagnosi prenatale, alla clonazione, alla eugenetica positiva e negativa, al controllo selettivo delle nascite, all'uso tecnologico degli embrioni, alle terapie di sopravvivenza, sostituendo funzioni vitali, quali il battito del cuore e la respirazione, anche prolungando con supporti tecnologici la vita e posticipando la morte "ad ogni costo".

D'altro canto, si ha un bel dire che il ritardo, da molti evidenziato e criticato, del biodiritto a svolgere un'efficace azione regolatoria di risposta alle esigenze sempre più rappresentate nelle società plurali ed altamente tecnologizzate sia imputabile alle rigidità dei sistemi giuridici e politici inefficienti a cogliere le richieste di regolazione percepite. Il che può anche essere in parte vero; certo si è però che le maggiori difficoltà che si pongono al giuridico (legislatori, giudici) sono date dal fatto innegabile che nella società pluralistica la sensibilità, gli orientamenti nei confronti dei valori sul piano etico non sono omogenei, ma diversi, anzi plurali, contrapposti e divergenti. Di modo che non è che non si veda quanto complesso e problematico possa essere nell'ambito del cd. *biodiritto* il ruolo del giuridico nei confronti della società e della scienza, a fronte della opportunità dell'adozione di discipline specifiche o dell'utilità di interpretazioni analogico-estensive di quelle già esistenti, delle difficoltà definitorie di concetti quali libertà, eguaglianza e dignità applicati in tale ambito; non è che non si veda quanto complessa e problematica sia l'operazione di ricomporre in norme comuni che siano condivise dalla maggioranza della collettività valori etici compresenti e differenti nella individuazione di categorie giuridiche nuove per definire fenomeni estranei all'ambito usuale di analisi, dovendo eventualmente ripensare i concetti giuridici tradizionali per adeguarli alla nuova realtà nella focalizzazione di nuovi soggetti giuridici e di nuovi diritti: impresa questa dalla evidente difficoltà<sup>4</sup>.

Le sintetiche annotazioni che precedono introducono direttamente a cercare di svolgere talune considerazioni su come sia da intendersi nella realtà odierna il valore della vita umana nel suo porsi, secondo opinione dominante<sup>5</sup>, al vertice della scala dei diritti dell'uomo come diritti della persona prima ancora che come diritti soggettivi sia nel sistema normativo, sia nel sistema sociale.

Ora, se ci si riferisce a quel diritto che è stato da molti inteso come la massima espressione dell'incontro tra diritto naturale e diritto positivo, se ci si riferisce dunque al diritto "naturale" alla

---

<sup>3</sup>Di biodiritto si parla in tutti i casi in cui il diritto è chiamato ad occuparsi delle implicazioni giuridiche delle questioni bioetiche. Il biodiritto è stato definito come il più moderno (meglio, postmoderno) esempio di tecno-diritto, con ciò intendendo sia il modo di essere del diritto del corpo nell'era della tecnica sia una specie di tecnica, ossia di forma della volontà di dominio di potenza dell'uomo sulla corporeità progettata, prodotta e fabbricata. Cfr., per tutti tra gli innumerevoli, L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2010; L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*.

<sup>4</sup> Cfr. L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit.

<sup>5</sup> Cfr. G. OPPO, *Ancora sulla persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 259 ss., nonché A. FALZEA, *Diritti dell'uomo e principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III, *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, 137 ss.



vita, non si può non convenire con coloro che l'hanno definito, in guisa di *prius* antropologico, un "diritto sul diritto", un "superdiritto"<sup>6</sup>, l'architrave che fonda e da cui discendono tutti i diritti dell'uomo, poiché qualunque diritto presuppone un soggetto che, in quanto in vita, ne possa essere titolare: insomma, come è stato affermato, "se non si è vivi, non hanno senso tutti gli altri diritti e libertà"<sup>7</sup>.

Affermazione che nel suo essere apparentemente scontata, assume invece un carattere fortemente problematico. Si è ben consapevoli dei diversi e variegati orientamenti sulla concezione di "persona" (antropologici, filosofici, giuridici, sociologici, bioetici).

Ma ove la si voglia intendere, come qui si vuole, nell'ottica di un approccio personalista quale esprime una concezione per la quale il diritto alla vita non sia un universale astratto (il valore della vita) che si aggiunge alla persona, non dovrebbe essere contestabile che, nel superamento della separazione tra vita e persona, la vita esprime la persona stessa (il vivente) nella sua concretezza non solo biologica, non solo (nudo) corpo, ma progetto di vita nell'irrinunciabile riconoscimento all'identità personale, all'autodeterminazione quale centro di gravità della sua inalienabile dignità, nella titolarità di diritti, doveri e libertà. Di modo che il diritto alla vita della persona, al pari di tutti i diritti, una volta giuridicamente positivizzato, una volta reso cioè diritto costituzionalmente "positivo", si distacca da quella superiore valenza di principio etico o naturale, ponendosi in confronto diretto con gli altri valori giuridici costituzionali positivi, suscettibile pertanto di interpretazione, di modificazione e di bilanciamenti<sup>8</sup>. Ciò tanto più che, come sopra ricordato, l'ingresso massivo delle biotecnologie nella vita delle persone, segnando il passaggio da situazioni determinate dal caso concreto a situazioni governate dalla scelta, obbligano oggi a riformulare sostanzialmente, sul piano delle pretese che si pongono al diritto, i tradizionali paradigmi relativi alla rete delle diverse relazioni in materia di vita umana, facendo crescere a dismisura la sfera delle scelte di vita in quanto incidono profondamente sul contenuto dei diritti fondamentali, influenzandone i parametri interpretativi. Si pensi ai diritti della personalità, della identità sessuale, alla procreazione, agli atti di disposizione del proprio corpo, al riconoscimento ed al disconoscimento dei figli, alla *privacy*, al diritto alla salute, al diritto alla difesa, agli stessi diritti di proprietà, al diritto alla sopravvivenza, al diritto al benessere fra i tanti profili dei diritti fondamentali che si potrebbero menzionare. Non solo: i nuovi strumenti tecnologici alimentano altresì rivendicazioni e istanze inedite, che pretendono di assumere la forza giuridica dei diritti soggettivi e che dischiudono spazi di fattibilità ad istanze prima non praticabili<sup>9</sup>. Insomma, un rimarchevole ampliamento di diritti, ma soprattutto di pretese che incidono sul senso stesso dell'identità umana, coinvolgendo l'esperienza relazionale delle persone nel campo della nascita, della vita, della cura, della morte. Ma se così è, l'espressione "diritto alla vita" esprime realmente pretese/diritti, libertà, poteri, aspettative ed immunità costituzionalmente rilevanti? Oppure ha finito con l'esprimere una vaga ed imprecisa espressione etica mentre effettiva sarebbe la pluralità dei diritti soggettivi "sulla vita"?<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo (nota a Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1 ss.

<sup>7</sup> Così A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza*, cit.

<sup>8</sup> Cfr. in tal senso V. SCALISI, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto'giusto'*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 448 ss.

<sup>9</sup> Si pensi al diritto di "cambiare sesso", che a sua volta ha aperto la strada a tutta una serie di nuove configurazioni della libertà e dell'identità sessuale; o al diritto di procreare con tecniche non naturali.

<sup>10</sup> Al riguardo si è avanzato il dubbio che l'espressione "diritto alla vita" sia progressivamente diventato pletorico se non pleonastico: cfr. in questo senso E. MAESTRI, *Il diritto alla vita è un diritto inalienabile?*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), 2015, 83 ss.

## 2. Il diritto alla vita è indisponibile o disponibile?

È in questo complesso scenario, a fronte di una tecnologia che consente forme di sopravvivenza oltre i canoni naturali, che si ripropone il tema peraltro non nuovo di un riconoscimento del “diritto a morire” nell’ambito di quei diritti fondamentali, personalissimi, inalienabili e (in misura maggiore o minore a seconda del caso in questione) irrinunciabili, indisponibili<sup>11</sup>. È in questo complesso scenario che si ripropone la *vexata quaestio* della indisponibilità/disponibilità, della irrinunciabilità/rinunciabilità del diritto alla vita<sup>12</sup>. Non è questa la sede per addentrarsi, se non per taluni accenni, nelle dense, annose problematiche di una questione (quella appunto di un diritto a morire) che, se nel corso del tempo ha interessato l’acceso dibattito delle diverse correnti etico-filosofiche, stenta a tutt’oggi a trovare una traduzione in termini giuridici quale diritto soggettivo riconosciuto e garantito da norme giuridiche nazionali e sovranazionali. Ma se la legalizzazione di tale diritto è sempre più al centro di un dibattito che non interessa solo la filosofia e l’etica, ma anche la pubblica discussione; se esso è diventato ormai, sulla scorta delle biotecnologie, un tema “ che sempre più induce ogni coscienza, non importa se favorevole o contraria, ad interrogarsi”<sup>13</sup>, non è più possibile allora riflettere sui problemi di fine vita in termini di sola filosofia e morale, ma si rende necessario in modo crescente una coniugazione con le categorie giuridiche costituzionali che ne sono coinvolte. Tuttavia, come in un gioco degli specchi, nella generale assenza di una previsione normativa del diritto a morire, queste stesse categorie vengono interpretate secondo i valori di base assunti dalle diverse tesi<sup>14</sup>. E così, per dirla in estrema sintesi, da un lato permangono orientamenti che, ispirandosi ai canoni di un vero e proprio moralismo giuridico, quando non fondati sulla sacralità della vita, ritengono quest’ultima un bene assolutamente indisponibile, di cui l’individuo pertanto non può intenzionalmente privarsi, in quanto gli compete un obbligo giuridico di vivere: la persona non è padrona di se stessa e la vita rientra tra quei valori fondanti dell’ordinamento insuscettibili di assumere la connotazione di diritti soggettivi, valori che debbono essere salvaguardati indipendentemente dalla volontà della persona. Con il che, se la vita è dunque un bene assolutamente indisponibile, non è che non si veda come surrettiziamente il diritto di vivere si traduca in un dovere di vivere ad ogni costo in conformità al principio di solidarietà, dunque per il

---

<sup>11</sup> Sui diversi modi di intendere la indisponibilità dei diritti, cfr. G. MANIACI, *La dittatura dei diritti indisponibili*, in *Diritto e questioni pubbliche* (<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>), Palermo, 2014, che individua tre concetti di indisponibilità di un diritto, vale a dire intrasferibilità *inter vivos* o *mortis causa*; rinunciabilità alla sua titolarità, e indisponibilità. Più precisamente per intrasferibilità intende l’impossibilità che un diritto venga trasferito a titolo oneroso o gratuito a terzi, *inter vivos* o *mortis causa* (alienare ad esempio il mio diritto alla salute); l’inalienabilità sarebbe, dunque, parte del concetto di intrasferibilità. Per rinuncia alla titolarità intende la possibilità per il titolare di rinunciare in modo definitivo, non all’esercizio, ma alla titolarità del diritto, precludendosi in futuro la possibilità di esercitare tale diritto. Per indisponibilità o irrinunciabilità intende semplicemente l’impossibilità di rinunciare, in relazione ad un certo caso o spazio-tempo, all’esercizio del diritto, alla sua realizzazione o all’adempimento dell’obbligo correlativo al diritto.

<sup>12</sup> G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasia volontaria*, UTET, Milano, 2020, per il quale il concetto di disponibilità della vita non concerne tanto la possibilità di decidere in merito ai modi di vivere la vita, quanto piuttosto la possibilità di decidere in merito alla continuazione o meno della vita stessa: tra possibilità e potere, la capacità dunque da parte dell’uomo di sopprimere la vita.

<sup>13</sup> E. CATANIA, *Vivere a tutti i costi? Eutanasia, dilemma del terzo millennio*, Marsilio, Venezia, 2011, 9.

<sup>14</sup> Nell’ambito dell’ampia dottrina critica sull’interpretazione costituzionale per valori, è stato in particolare osservato che il modello della Costituzione “per valori” allenta eccessivamente il vincolo che l’interprete può derivare dal testo della Costituzione e si compromette con entità che non sono facili né da definire, né da individuare, aprendo in tal modo la porta a stili di interpretazione costituzionale opachi e potenzialmente inappropriati per l’interpretazione dei diritti fondamentali: così G. PINO, *Costituzione “per regole”, Costituzione “per principi”, Costituzione per “valori”*, in P. Perlingeri, S. Giova (a cura di), *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006/2016*, Napoli, 2018, 35.

miglior progresso spirituale della società, con il conseguente paradosso che i beni più personali, vita e salute, sarebbero anche i più sottratti alla disponibilità della persona.

Dall'altro lato, più recentemente ed in senso diametralmente opposto, si è formulata una tesi filosofico-giuridica che, alla luce di un diverso modo di intendere il "diritto alla vita" ed il "bene vita", fa derivare il suicidio e le problematiche di fine vita dalla piena libertà dell'individuo su se stesso. Si sostiene infatti l'intrinseca disponibilità e libertà della vita<sup>15</sup>, che per chi la vive non è in-disponibile; che anzi si insiste sulla sua "incoercibilità", nel senso che essa non può essere imposta autoritativamente o coattivamente, non può essere scissa dalla volontà del suo titolare. Al pari di come non si può essere "costretti" a rimanere in salute, così non si può essere "costretti" a vivere. In altri termini, richiamando le note affermazioni di Hans Jonas<sup>16</sup>, si può ritenere che il diritto alla vita sia, allo stesso tempo, un diritto sulla propria vita ossia un diritto che, lungi dall'escludere una disponibilità dell'individuo sulla propria vita – e quindi il diritto di morire – strutturalmente lo implica. Perciò, se si pensa la vita – e il diritto di vivere – non in termini di necessità/doverosità, bensì di possibilità e di libertà, ne consegue che la persona può autodeterminarsi non solo nel senso dell'agire (nel senso del vivere), ma anche nel senso dell'omettere (ovvero di decidere di non vivere): dunque il diritto sul bene vita inteso come "figura di libertà"<sup>17</sup> concepita unitamente al principio di autodeterminazione implica per sua stessa essenza il diritto di morire. "Non esiste alcun obbligo di vivere, o di far vivere, a tutti i costi"<sup>18</sup>.

Dall'altro lato ancora, in via compromissoria tra i due precedenti contrapposti orientamenti, si è escluso, pur sempre peraltro all'interno di una concezione etico-filosofica fondata sul carattere di indisponibilità della vita, che tale indisponibilità possa estrinsecarsi giuridicamente in un comando di vivere e in un conseguente divieto di togliersi la vita. Insomma, per tali autori il tentativo di conciliare l'indisponibilità del bene vita con la non coercibilità dei diritti personalissimi della vita e della salute si gioca sul piano delle norme: per meglio dire, mentre la indisponibilità non può essere giuridicamente imposta ma solo presupposta come condizione liberamente ed eticamente proposta<sup>19</sup>, non potendosi trattare di una pretesa giuridicamente esigibile<sup>20</sup>, il diritto non potrebbe imporre coattivamente la vita e la salute contro la volontà del loro titolare, poiché un intervento di tal fatta, in quanto volto a costringere di vivere e di curarsi, implicherebbe la negazione della libertà della persona e quindi di un aspetto essenziale della sua dignità. Tuttavia, verrebbe da notare, riconoscere l'incoercibilità della vita non equivale a riconoscerne la disponibilità. A ben riflettere infatti, nello sforzo di conciliare il dato normativo-positivo del carattere giuridicamente non coatto dell'esistere con le loro convinzioni dottrinali sull'indisponibilità, gli autori che aderiscono a tale corrente di pensiero operano una evidente forzatura, ritenendo che, pur potendosi sostenere l'incoercibilità del bene vita, se ne debba però rivendicare la costitutiva indisponibilità: la vita dunque sarebbe un bene di cui non ci si può privare intenzionalmente. In questi termini, al pari delle

---

<sup>15</sup> Per un'accurata ricostruzione delle diverse concezioni tra "indisponibilisti" e "disponibilisti" e per la affermazione del diritto "sulla vita" come diritto di libertà, cfr. G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit.

<sup>16</sup> H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2009, in particolare 13 ss., ma si veda anche ID., *Il diritto di morire*, Il Nuovo Melangolo, 2a ed., 2005.

<sup>17</sup> G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit.

<sup>18</sup> L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>19</sup> Si veda, tra altri, F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche fine vita*, in *Criminalia*, Ed. ETS, 2007.

<sup>20</sup> Cfr. M. RONCO, *Il diritto ad essere uccisi: verso la morte del diritto?*, in AA.VV. (a cura di M. Ronco), Giappichelli, Torino, 2019, il quale sottolinea, secondo i canoni dell'indisponibilismo, il diritto alla vita come un dovere etico di vivere, pur se non qualificabile come pretesa prevista dal diritto.

correnti indisponibiliste di ieri, ancora oggi sostenere il valore dell'indisponibilità sottintende come corollario un dovere di vivere implicante il divieto di uccidersi e di farsi uccidere<sup>21</sup>.

3. *Dal suicidio alle pratiche di fine vita, tra lasciar morire e aiutare a morire. La "sofferenza intollerabile" dell'anima e del corpo e l'autodeterminazione della persona.*

Ma dunque tra inviolabilità, disponibilità e conseguente pretesa di piena libertà, incoercibilità, esiste nell'ordinamento un diritto a morire costituzionalmente garantito?

Per tentare una risposta a tale interrogativo, giova prendere le mosse dalla considerazione del suicidio volontario riguardato nel quadro del sistema costituzionale vigente che, come è noto, ha superato quella visione ideologica del Codice Rocco di tipo pubblicistico- autoritaria del bene vita, tutelato non in sé, ma esclusivamente in funzione di interessi ed obblighi di tipo "solidaristico" nell'esercizio di doveri verso la società, ritenuti preminenti nel regime fascista. Ed è altrettanto noto come diversamente la Costituzione si fondi su una concezione di tipo personalistico<sup>22</sup>, non fondata su un radicalismo individualista, ma caratterizzata cioè anche da una prospettiva solidaristica, in cui diritti e doveri si tengono, prefigurando, a fondamento della legittimazione dell'ordinamento repubblicano, un assetto di rapporti volto a garantire le libertà della persona attraverso l'assunzione, in forma individuale e collettiva, di connesse responsabilità sul piano politico, sociale ed economico<sup>23</sup>. Insomma, detto in sintesi, se il principio cardine è la persona umana non intesa egoisticamente o come nudo corpo, come già sopra rilevato, ma come uomo sociale, politico, se compito della Repubblica è la promozione e lo sviluppo della personalità, non v'è dubbio che il concetto di autonomia individuale rimanda a quello di libertà sociale e istituzionale, nella dialettica tra pretese individuali e doveri di solidarietà, tra espressioni di mera libertà e diritti soggettivi costituzionalmente garantiti. E non v'è parimenti dubbio che la vita costituisca un valore ed un diritto fondante dell'ordinamento costituzionale, al quale non corrisponde però la previsione né esplicita, né implicita di un dovere di vivere. Che se diversamente si dovesse intendere il principio solidaristico come una sorta di "ordine pubblico ideale", l'incondizionata assolutizzazione della protezione del diritto alla vita virerebbe paradossalmente nel suo contrario: non più diritto, bensì dovere<sup>24</sup>.

Tirando le fila, se la pretesa rimane all'interno dello stesso soggetto individuo non investendo i diritti e le libertà degli altri consociati, essa non può essere limitata, nell'assolutezza del principio per cui ognuno per se stesso, sul suo corpo e sulla sua mente è sovrano<sup>25</sup>, dal momento che lo sviluppo e la realizzazione della persona non possono prescindere dal significato che essa stessa attribuisce alla propria esistenza, nei limiti in cui la ritenga degna di essere vissuta. Ma se nella

---

<sup>21</sup> Si veda, tra altri, F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche fine vita*, cit., per il quale il corollario della indisponibilità della vita comporta un "categorico rifiuto del diritto al suicidio per mano propria o per mano altrui".

<sup>22</sup> Il primato della persona si afferma in forza dell'art. 2 (principio personalistico e solidaristico), dell'art. 3 (pieno sviluppo della persona umana) e dell'art. 13, comma 1, Cost. (inviolabilità della libertà individuale).

<sup>23</sup> Si veda, tra i molti, F. GIUFFRÉ, *I doveri di solidarietà sociale*, R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther, *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi* (a cura), Giappichelli, Torino, 2007, 23 s.

<sup>24</sup> In tal senso cfr., in particolare, A. RUGGERI, *Dignità v. vita?*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1, 2011, 12. Cfr. anche ID., *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2009, per il quale più precisamente "con riguardo ai soggetti che versano in uno stato di particolare sofferenza, la solidarietà è, in primo luogo, della società verso il malato, ma pure, per quanto possa essere duro da digerire, dello stesso malato verso la società, ove si convenga a riguardo del fatto che tenersi in vita concorre (...) al progresso spirituale della società": dunque un dovere ad essere virtuoso, impavido di fronte al dolore, un dovere ad essere in tal senso solidale.

<sup>25</sup> Cfr., in tal senso, J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, Milano, 2009, 55.

alternativa contrapposta tra diritto/dovere di vivere non è configurabile, almeno nel nostro ordinamento, un diritto costituzionalmente garantito a morire, il suicidio è da configurarsi allora come esercizio non di un diritto, ma della libertà dell'individuo di autodeterminazione sul proprio corpo: libertà pertanto da interferenze arbitrarie dello Stato e della collettività<sup>26</sup>.

Al riguardo è appena il caso di sottolineare come oggi la tutela della persona, la sua promozione si sia affermata lungo due direttrici valoriali, quella dell'autonomia e dell'autodeterminazione della persona. Sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>27</sup> che ha ampliato l'interpretazione del diritto alla *privacy* da mero divieto di interferenza nelle questioni private in libertà positiva dell'individuo, orientamento recepito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>28</sup>, si tende a configurare l'autonomia e l'autodeterminazione del singolo, soprattutto ad opera delle recenti applicazioni giurisprudenziali, come una sorta di meta valore dominante tanto espansivo da rendere possibile leggere le formule positive dei singoli diritti costituzionali come chiavi che aprono le porte di qualsiasi manifestazione di libertà<sup>29</sup>.

In questo modo, il rinnovato rilievo riconosciuto al "collante del valore personalista nella costituzione" sembra in grado di far emergere "le virtualità racchiuse in singoli diritti di libertà"<sup>30</sup>, permettendo, fra l'altro, di leggere il riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale come non limitato alla sfera dell'"agire esterno" dell'individuo, ma riguardante anche la dimensione "interiore" della sua libertà. In questa prospettiva, si è affermato che la libertà personale, qualificata come inviolabile dall' art. 13, comma 1, Cost., "non può essere esclusivamente riguardata come libertà fisica ma come libertà psicofisica, come libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità"<sup>31</sup>, permettendo, nella lettura integrata degli artt. 2, comma 4, e 13, comma 1, Cost., di configurare il concetto di "libertà della persona" come la vera matrice "dei singoli diritti personali enumerati e degli eventuali altri diritti (non enumerati) che, in quanto parallele dirette esplicazioni, vanno considerati, alla pari degli altri, come diritti positivi della persona"<sup>32</sup>.

Ora senza voler entrare nella controversa tematica dei nuovi diritti, fatto si è che nei predetti termini l'autodeterminazione, come espressione della libertà positiva dell'individuo, si porrebbe a fondamento dei diritti della persona<sup>33</sup>.

Tanto è vero che, se tale orientamento sarebbe rintracciabile anche negli sviluppi più recenti dello stesso sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali, secondo taluni attualmente nel mondo occidentale tutto ciò che ha a che fare con questioni "moralì" o "eticamente controverse" tende ad essere dominato, nelle applicazioni giurisprudenziali, dal principio di autodeterminazione<sup>34</sup>, principio che, insieme con quello di non discriminazione, sarebbe alla base

---

<sup>26</sup> Cfr. S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, (a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, 195 s., il quale sottolinea come lo Stato deve, secondo i canoni del modello liberale classico, assumere una posizione "neutrale" rispetto a tutte quelle attività e pretese che, riprovate o meno sul piano morale ed etico, non devono comunque essere limitate laddove non mettano a rischio beni giuridici antagonisti.

<sup>27</sup> 381 U.S. 479, *Griswold v. Connecticut*, 1965. In precedenza, il concetto di diritto alla *privacy* era già stato utilizzato nelle *dissenting opinions* dei giudici Douglas e Harlan nel caso *Poe v. Ullman*, sul problema dei contraccettivi, 367 U.S. 497 *Poe v. Ullman*, 1961. Ma si veda anche *Roe v. Wade* del 1973.

<sup>28</sup> Si veda in particolare l'art. 8 della CEDU.

<sup>29</sup> In tal senso si veda F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 9 s.

<sup>30</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1997, 17 ss.

<sup>31</sup> Così F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti*, cit., 11 ss.

<sup>32</sup> Si veda F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti*, cit., 12, il quale individua nella libertà personale un "diritto fondamentale".

<sup>33</sup> È nell'ottica culturale per la quale l'autodeterminazione, nelle sue varianti lessicali, esprimerebbe il desiderio da parte dell'individuo di essere padrone di se stesso che si muove la ricostruzione di I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2000, 22 ss.

<sup>34</sup> Così M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, in *Oliv* (<https://www.oliv.it/>), 02/ 2011, 114.

di un autentico sommovimento<sup>35</sup> che ha riguardato di recente i diritti della persona<sup>36</sup>: l'autodeterminazione prevale dunque su ogni altro valore, monopolizzando lo spazio occupato concettualmente dalla dignità umana, di cui avrebbe finito per rappresentare ormai il nucleo essenziale, nozione questa della dignità su cui da parte di molti si concorda sempre più oggi sulla sua intrinseca indeterminatezza e polisemicità<sup>37</sup>.

Riprendendo le fila, è notorio come il suicidio volontario per mano propria anche nelle diverse letture delle scienze sociali, medico-psicologiche, filosofiche, della religione, della letteratura, sia ritenuto una scelta espressione di una "libertà" altamente personale di darsi la morte da parte di chi non attribuisce più emotivamente senso alla propria vita qualunque ne sia il motivo (da quello più inconoscibile dei tormenti "dell'anima"<sup>38</sup> o del tedio interiore<sup>39</sup>, per dar sfogo ai sensi di colpa o alle più diverse pulsioni, esitate nell'incapacità di sopportarle, nel folle desiderio di manifestarle con un gesto estremo, o da logiche di povertà e di paura<sup>40</sup>).

Ma, qualunque ne siano le ragioni, queste ed altre, il suicidio per mano propria come assolutizzazione della libertà di autodeterminazione non può e non è penalmente perseguibile esaurendosi nella sfera interiore<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> È in buona sostanza la cd. "etica dell'autonomia" che sembra prendere il sopravvento sulle etiche dell'indisponibilità della vita e dell'integrità fisica, legittimando la tesi, ampiamente condivisa, secondo cui l'autodeterminazione, ivi compresa quella terapeutica, è parte di una sorta di "nucleo duro di natura sostanziale", fatto di principi direttamente posti dalla Costituzione e di immediata applicazione, da cui non può in alcun modo deflettere ogni disciplina della materia in esame e delle questioni controverse del biodiritto più in generale: cfr. C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2006, 5.

<sup>36</sup> Cfr. C. CARDIA, *La famiglia e il diritto*, in *Iustitia*, 3, 2014, 273 ss.

<sup>37</sup> In senso contrario cfr. F. PALAZZO, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), Milano, 2018, il quale adombra che si configurino oggi due forme contrapposte di personalismo: quello costituito dalle garanzie della legalità che si impernia su un'idea di persona concepita essenzialmente nel suo rapporto col potere punitivo; l'altro costituito dagli aspetti emergenti della persona concepita essenzialmente nella sua dimensione esistenziale postmoderna di essere umano libero ed uguale titolata di una sua primigenia dignità. È noto peraltro quanto acceso sia il dibattito che si è sviluppato sul rapporto tra autodeterminazione e dignità, nell'ottica di comprendere se e fino a che punto la dignità possa rappresentare un valore assoluto e indisponibile da parte del soggetto titolare stesso, il quale, dunque, non potrebbe rinunziarvi neanche attraverso una scelta libera e consapevole. Sullo sviluppo del concetto di autodeterminazione si rinvia a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, 250 ss. e G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche: il testamento biologico*, Giappichelli, Torino, 2012, 5 ss. Si veda inoltre G. RESTA, *Dignità, persone e mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, 31 ss., che mette in evidenza come "ciascun soggetto" è non già "creditore", bensì "debitore" del dovere di rispetto della propria dignità nei confronti dell'intero genere umano o di una determinata collettività di persone. Si veda anche D. NERI, *Autonomia e dignità alla fine della vita*, in *Politeia*, 2017, 117 ss.

<sup>38</sup> Per un'ampia trattazione di tali questioni nelle diverse scienze, si rinvia a S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2019.

<sup>39</sup> Si veda per tutti l'efficace affermazione di A. CAMUS, *Le mythe de Sisyphe*, Gallimard, Paris, 1942, 18 " Mourir volontairement suppose qu'on a reconnu, même instinctivement, le caractère dérisoire de cette habitude (à vivre), l'absence de toute raison profonde de vivre, le caractère insensé de cette agitation quotidienne et l'inutilité de la souffrance".

<sup>40</sup> In questo senso cfr. L. D'AVACK, *Il potere sul corpo: limiti etnici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2015, 57 ss., il quale sostiene peraltro come sia assolutamente necessario che l'ordinamento imponga limiti ben precisi all'autodeterminazione dei singoli, spesso spinti verso scelte lesive della loro dignità personale. Ma si veda P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Milano, 1984, 59, per il quale se da un lato lo Stato deve dissuadere il proposito auto-distruttivo e per questo incriminare chi agevoli o rafforzi detti propositi, nel momento però in cui un singolo decide in piena coscienza, superati tutti gli sforzi di convincimento effettuati dallo Stato, di suicidarsi, adoperarsi per tenerlo comunque in vita configurerebbe una violenza esercitata nei confronti del suicida.

<sup>41</sup> A tal proposito, rilevano le considerazioni di coloro che ritengono il suicidio una mera libertà di fatto, non anche un diritto giuridicamente inteso, in quanto situazione soggettiva che pertiene non ad una pretesa assoluta del singolo,

Diversamente la decriminalizzazione tende a relativizzarsi nel senso di poter configurare gli estremi di un reato quando alla azione suicidaria concorrano soggetti terzi o tramite un'azione "diretta" a porre in essere il suicidio, punibile ai sensi dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), o tramite l'istigazione o l'agevolazione, punibile ai sensi dell'art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio), reati la cui interpretazione ed applicazione nei confronti dei casi è da tempo risalente, ed ancor oggi notoriamente oggetto di ampia discussione e di applicazioni giurisprudenziali molto estese e differenziate, dovendosi sottolineare come in particolare il reato di cui all'art. 580 sia un reato in forma libera nei cui confronti è problematico codificare le condotte rilevanti<sup>42</sup>.

Un quadro dunque già di per sé complesso, in cui si inseriscono le altrettanto complesse problematiche delle condotte eutanasiche e di assistenza al suicidio nello specifico caso della malattia incurabile che comporta una sofferenza insopportabile, in cui il dolore, che, se può essere osservato dall'esterno, nell'ambito dell'alleanza terapeutica, da parte del medico nei suoi segni esteriori, si accompagna però alla sofferenza, nulla affatto rilevabile quale concetto esperienziale che si rapporta alla intensità ed alla misura soggettiva dello stesso dolore; sofferenza che non è solo una serie di meccanismi fisiologici, ma colpisce l'uomo nella sua complessità, tende a cancellarne l'identità e la libertà personale, cancella ogni dualità e coscienza, spoglia l'uomo della sua caratterizzazione politico-soggettiva, facendolo recedere nella vita biologica del nudo corpo<sup>43</sup>.

Non ci si vuole soffermare qui più di tanto sulle questioni della cd. desistenza terapeutica nel rapporto medico-paziente, che, legalizzata oggi dalla legge n. 219 del 2017<sup>44</sup>, consente al malato che si trovi in una situazione come quella descritta, di esprimere un dissenso informato, autentico ed attuale a fruire di cure salvavita. Desistenza che costituisce la declinazione negativa del diritto fondamentale alla salute, di cui all'art. 32 Cost., configurando un pari diritto fondamentale a rifiutare le cure, un diritto a non curarsi, dunque un diritto a lasciarsi morire, di modo che il personale sanitario trova un limite nella consapevole libertà del malato, al più potendone alleviare, con il suo consenso, le sofferenze tramite cure palliative di sedazione profonda accompagnandolo alla morte nel suo decorso naturale: si pensi ai casi di prognosi infausta e di imminenza di morte, come espressamente previsto dalla stessa legge del 2017<sup>45</sup>.

Ma se in questo caso la cd. *relatio ad alteros* si inserisce, sia pure nella sua espressione di libertà negativa, oltre che nella libertà dell'individuo anche nella prospettiva sociale come interesse della collettività, non comportando conseguentemente responsabilità civile o penale a carico di terzi, il medico, diversi sono evidentemente i casi in cui l'individuo pienamente consapevole voglia rendere il più rapida possibile la propria morte, per quanto non morente e non nella fase finale della propria vita, ma affetto da patologia irreversibile, inguaribile o degenerativa, fisicamente (parzialmente o totalmente) invalidante, connotata da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattaria ai trattamenti sanitari e percepite come intollerabili<sup>46</sup> e a tal fine richieda l'intervento di un terzo per la messa a disposizione di un farmaco letale assunto direttamente dal malato (cd. suicidio assistito)

---

né implicante una dimensione propriamente relazionale del singolo. Cfr. F. PARUZZO, *Diritto e diritti di fronte alla decisione di morire*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 1/2019, 369 e ss.

<sup>42</sup> Si veda, tra i primi commenti, D. PALAZZO, *Il suicidio sotto l'aspetto fisiopatologico, sociale e giuridico*, Jovene, Napoli, 1953, il quale sostiene che l'unica vera differenza sussistente tra le due figure criminose (579 vs 580) riguardi soltanto il momento della esecuzione, per mano del terzo nel caso di omicidio del consenziente e per mano della vittima stessa nel caso di istigazione. Egli afferma ancora che la volontà omicida del soggetto istigatore è perlomeno pari a quella dell'autore materiale della uccisione e, a tal fine, propone di considerare la partecipazione al suicidio come partecipazione all'omicidio del consenziente o meglio del consenziente operante

<sup>43</sup> Cfr. per un'approfondita analisi D. LE BRETON, *Antropologia del dolore*, Melteni, 2012, *passim*.

<sup>44</sup> Legge n. 219 del 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

<sup>45</sup> Art. 2, comma 2, della l. 219/2017.

<sup>46</sup> S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit.

o attraverso la somministrazione dello stesso farmaco da parte del terzo (cd. eutanasia attiva diretta) ove il malato non sia in grado per impossibilità fisica di assumere direttamente il farmaco.

Ma quali le differenze con la desistenza terapeutica di là dai comportamenti fattuali? Se per quest'ultima sulla base della natura relazionale e fiduciaria propria dell'alleanza terapeutica il medico non può opporsi alla richiesta di interruzione delle cure salvavita comunque anche con comportamenti attivi (tramite, ad esempio, il distacco di ventilazioni meccaniche, o tramite l'interruzione di meccanismi di rianimazioni cardiopolmonari, somministrazione di analgesici ed altro), poiché negherebbe così al malato il suo diritto all'autodeterminazione in relazione alle fasi patologiche della propria esistenza, diritto derivante dagli artt. 13 e 32 Cost., si dovrebbe assumere, almeno in via di principio, che lo stesso diritto debba essere riconosciuto allo stesso malato che esprime una volontà autonoma, non condizionata, ma che necessita per le sue peculiari condizioni fisiche, di cui sopra, dell'intervento di un terzo o di una struttura sanitaria per raggiungere il fine, di cui è il decisore, di una morte rapida.

Con il che, in quest'ottica, non dovrebbero più ricorrere le fattispecie penalistiche dell'aiuto al suicidio o dell'omicidio, ma, in una prospettiva futura o futuribile, una fattispecie di "aiuto a morire", che, in quanto non sarebbe suicidio e neppure omicidio, sarebbe non penalizzabile, rimanendo invece l'offensività delle fattispecie penali di istigazione al suicidio, di omicidio del consenziente, che "prescinda da ragioni pietose di aiuto e non riducibile a mera attenuante dell'omicidio doloso"<sup>47</sup>, alle quali si dovrebbe aggiungere la fattispecie di aiuto a morire nei casi non autorizzati o non autorizzabili.

Insomma, nei predetti termini, viene da notare *per incidens* come in tal modo le eventuali scriminanti degli artt. 579 e 580 finirebbero per costituire una specificità davvero rara: se di regola infatti l'antigiuridicità è la sede della composizione di un contrasto tra beni confliggenti in capo a centri di imputazione differenti, nel caso delle decisioni fine vita (aiuto al suicidio per mano propria ovvero per mano altrui) i due interessi in contrasto appartengono al medesimo soggetto, di modo che l'individuo finisce per essere l'unico protagonista del bilanciamento tra la propria vita e la propria autodeterminazione rispetto alla sofferenza non sopportabile.

Ma a parte questa considerazione, è notorio come l'ipotesi di una legalizzazione delle condotte eutanasiche e dell'aiuto al suicidio sia oggetto in dottrina di tali ampie contrapposte discussioni, sui cui diversi criteri ispirativi e sulle cui argomentazioni, anche fortemente contrarie, non è il caso di soffermarsi<sup>48</sup>. Tuttavia, è interessante rilevare come non pochi si orientino di recente, sulla scorta della nota e molto commentata legge olandese n. 194 del 2001<sup>49</sup>, verso un modello cd. di "giustificazione procedurale", vale a dire verso una legge che disciplini le procedure in riferimento

---

<sup>47</sup> Così M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 2020.

<sup>48</sup> In senso favorevole si veda la articolata disamina di U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, *passim*; D. NERI, *Autonomia e dignità alla fine della vita*, cit., il quale pone la domanda cruciale "che ragioni vi sono per sostenere che non a tutte le differenti pretese morali possa essere data piena cittadinanza, in modo che ognuno possa chiudere la propria vita in maniera appropriata ai valori e alla concezione ai quali l'ha modellata?". Nonché in tal senso cfr. anche G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito?*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2019, il quale svolge un'accurata rassegna critica dei diversi orientamenti negativi.

<sup>49</sup> Legge sul *Controllo dell'interruzione della vita su richiesta e dell'assistenza al suicidio*, oggetto di numerosi commenti: cfr., tra altri, A. RONZIO, *Olanda: la scelta della legalizzazione*, in S. Semplici (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Il Mulino, Bologna, 2002, 109 ss.; P.S.P. TAX, *Eutanasia e assistenza al suicidio nella nuova disciplina olandese*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003, 221 ss., laddove si analizzano anche i criteri previsti dall'art. 8 della legge citata. Di recente, in relazione alla «via olandese» si vedano, nell'ambito di uno studio che esamina in modo approfondito le diverse soluzioni dei Paesi europei, le articolate riflessioni di M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2017, 17 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.



ai diversi casi, senza peraltro comportare la depenalizzazione delle condotte eutanasiche o di assistenza a morire: il rispetto delle procedure opererebbe cioè come causa escludente l'antigiuridicità o come causa di non punibilità, laddove invece, al contrario, il mancato rispetto di esse fonderebbe la responsabilità penale. Soluzione questa che, anche a voler prescindere dal fatto che secondo taluni<sup>50</sup> comporterebbe un minor rischio del verificarsi del tanto richiamato e "temuto" cd. "pendio scivoloso" verso forme di eutanasia non volontaria, è comunque di rilevante interesse pur se *de jure condendo*; soluzione di cui sarebbe utile valutare gli eventuali benefici o discrasie anche nel nostro ordinamento, quanto meno per quanto riguarda l'aiuto al suicidio.

4. *Dall'ordinanza n. 207 del 2018 alla sentenza n. 242 del 2019: la Corte costituzionale si orienta verso una nuova tecnica decisoria. L'ordinanza.*

È nel quadro delle non facili problematiche che si è cercato sopra di delineare nei loro molteplici risvolti, teorici e concreti, sostanziali e procedurali, che – dovrebbe dirsi – vanno ricercati i riferimenti di fondo che, in buona sostanza, hanno ispirato la scelta e le motivazioni della Corte costituzionale, in riferimento al cd. caso Cappato, meglio alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. in tema di aiuto al suicidio sollevata dalla Corte d'Assise di Milano.

Senza dilungarsi più di tanto, trattandosi di vicende ampiamente ormai note ed arate, il giudice costituzionale opera più di una frattura sul piano della concretezza e del collegamento oggettivo che deve intercorrere tra processo costituzionale e giudizio principale. Nella sua decisione la Corte non accoglie infatti la questione promossa dal giudice remittente che aveva ad oggetto esclusivamente l'art. 580 c.p., nella parte in cui punisce le condotte di aiuto al suicidio (nonché l'equiparazione della pena edittale tra aiuto ed istigazione al suicidio), ma la ridisegna tra motivi di incostituzionalità e motivi di costituzionalità, addebitando alla richiesta formulata dal giudice rimettente una assolutezza non condivisibile. In prima battuta afferma sì con decisione che dal diritto alla vita, riconosciuto "implicitamente" dall'art. 2 Cost. come "primo dei diritti inviolabili dell'uomo", quale presupposto per l'esercizio di tutti gli altri, discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e non quello "diametralmente opposto" di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire<sup>51</sup>, giungendo pertanto alla conclusione che l'art. 580 c.p. non è affatto, di per sé, incompatibile con la Costituzione, perché funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela, quali, in particolare, il diritto alla vita "soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili", che debbono essere salvaguardate, con una sorta di "cintura protettiva", da eventuali interferenze esterne.

Prosegue poi però affermando l'incostituzionalità della disposizione penale ove si abbia riguardo a "situazioni come quella oggetto del giudizio a quo" ovvero nel caso in cui l'aspirante suicida si trovi in specifiche condizioni: a) sia affetto da una patologia irreversibile b) fonte di sofferenze fisiche e psicologiche, che trova assolutamente intollerabili c) sia altresì tenuto in vita per mezzo di trattamenti di sostegno vitale, pur restando d) capace di prendere decisioni libere. L'aiuto al suicidio prestato a persone che si trovino nelle suddette particolari condizioni e situazioni non deve essere sanzionato penalmente: che l'assistenza di terzi può presentarsi al malato come l'unica via di uscita

---

<sup>50</sup> Si vedano, in particolare, Cfr. J. GRIFFITHS, *Euthanasia and Assisted Suicide Should, When Properly Performed by a Doctor in An Appropriate Case, Be Decriminalised*, in AA.VV., *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, I, *The Criminal Law and Bioethical Conflict: Walking the Tightrope*, a cura di A. Algrani, R. Bennet, S. Ost, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 21.

<sup>51</sup> Si cita in tal senso, anche l'art. 2 CEDU, richiamando espressamente *ad demonstrandum* la sentenza 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito.

per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità personale, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare ai sensi dell'art. 32 Cost.

Appare evidente come la Corte nel richiamare tale parametro, non invocato dalla Corte d'Assise, anche se richiamato in motivazione, ma invocato dalle parti, ampli i parametri di riferimento, in certo qual modo, secondo una prassi peraltro non nuova nella giurisprudenza costituzionale, interpretando l'ordinanza di rimessione in modo che potrebbe definirsi correttivo, assumendo, cioè, le argomentazioni delle parti in riferimento al caso; travalicando così quel principio per il quale il *thema decidendum* deve essere quello posto dall'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* e non quello deducibile dalle istanze di parte<sup>52</sup>.

E lungo questa via, nonostante che le argomentazioni sopra riportate potessero di per sé costituire le premesse per una decisione di incostituzionalità parziale, la Corte opera invece un decisivo "strappo" rispetto al principio di concretezza nel mutamento sia dei termini processuali, sia sostanziali<sup>53</sup>. In quello cioè che può definirsi un evidente e notevole cambio di prospettiva sposta la questione del giudizio dall'art. 580 c.p. alla legge n. 219/2017, attuativa dell'art. 32, comma 2, Cost., ampliando ulteriormente il *thema decidendum*, estensione che la Corte ritiene le si imponga "obbligatoriamente". Più in particolare e detto in sintesi, la Corte, rilevato come il legislatore del 2017 abbia previsto il diritto incondizionato della persona di lasciarsi morire, rifiutando o interrompendo qualsiasi trattamento sanitario necessario per la sua sopravvivenza, ma non anche il diritto a chi versa nelle condizioni di cui sopra di essere assistito nella volontà di anticipare la fine alla propria vita (tramite la messa a disposizione di un farmaco letale), afferma che non le sia possibile porre rimedio al *vulnus* nei termini riscontrati tramite la mera estromissione della disposizione penale, stante che una simile soluzione lascerebbe del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti. Ciò con la conseguenza dunque che si impone un intervento del legislatore (a cui lo stesso giudice costituzionale peraltro suggerisce diversi ambiti da regolare), poiché in assenza di una adeguata disciplina, qualsiasi soggetto potrebbe offrire lecitamente, ma senza alcun controllo, assistenza a chi richieda il suicidio assistito; con ciò generando un *vulnus* più grave di quello al quale si intende porre rimedio. Ed è questa motivazione, ampiamente argomentata, che induce la Corte a procedere con un'ordinanza (la n. 207/2018) di rinvio a termine fisso<sup>54</sup> onde nel frattempo consentire "al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale", riservandosi allo scadere del termine previsto la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con l'ordinanza in epigrafe.

Un iter dunque bifasico, portato a compimento con la sent. n. 242/2019, che si costituisce, secondo opinione generale, come una tecnica decisoria del tutto inedita, come una soluzione "al limite"<sup>55</sup>, rappresentando cioè un ulteriore avanzamento da parte della Corte nella statuizione dei propri strumenti di giudizio. E ciò non tanto per il rinvio al legislatore in sé e per sé considerato, prassi notoriamente percorsa dalla Corte in svariate occasioni e con svariate forme<sup>56</sup>, come si avrà

---

<sup>52</sup> Su tali profili cfr., tra i tanti, G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti dinanzi alla Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016.

<sup>53</sup> Cfr. tra altri F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens: esplosione e crisi del giudizio di costituzionalità in via principale*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2014 (20.11.2014), 5 ss.

<sup>54</sup> Rinvio all'udienza del 24 settembre 2019.

<sup>55</sup> Cfr. F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) 5 giugno 2019.

<sup>56</sup> Per una dettagliata rassegna di tale prassi, si rinvia a M. MASSA, *Un'ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) 1° dicembre 2018.

modo di considerare più avanti; e neppure per l'uso spregiudicato a fronte delle esigenze sostanziali del caso delle regole processuali che dovrebbero sovraintendere al processo costituzionale in via incidentale<sup>57</sup>. Quanto piuttosto per le insolite peculiarità dell'ordinanza in questione. Tanto insolite da dar luogo a svariate interpretazioni ed interrogativi sulla valutazione dell'agire della Corte nell'intreccio dei profili processuali con quelli sostanziali.

È proprio nella considerazione di tale intreccio che l'ordinanza si contraddistingue, allo stato, come un *unicum* nella giurisprudenza costituzionale, finendo, a ben vedere, per mantenere dell'ordinanza la denominazione, apparentandosi invece decisamente ad una sentenza, che, se secondo opinione diffusa, sarebbe interlocutoria, appare invece sostanzialmente decisoria. Anche a non voler sottolineare più di tanto la peculiarità di un'ordinanza che tra un *Ritenuto in fatto* e un *Considerato in diritto* riproduce lo schema delle sentenze della Corte, ciò che rileva è come con tale ordinanza la Corte, con una motivazione nulla affatto succinta, anzi assai densa, articolata ed approfondita, più che operare il rinvio della questione non solo principale, ma altresì di quella ulteriormente sviluppata, appare anticipare nei suoi vari aspetti le decisioni in punto di merito, bloccando gli effetti della parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., pur se solo "riconoscendoli" ma non "dichiarandoli"<sup>58</sup>. Il che dà un preciso senso alla sollecitazione al legislatore ad intervenire nel tempo previsto onde pervenire ad una completa disciplina della depenalizzazione nei termini "anticipati" dalla Corte.

### 5. La sentenza.

Nella sentenza n. 242/2019 la Corte non si discosta, anzi riconferma la serie di rilievi e di conclusioni in ordine al *thema decidendum* tratti nell'ordinanza del 2018, ai quali, per suo stesso dire, salda la propria decisione in consecuzione logica. E così, riprendendo le argomentazioni dell'ordinanza, sia pure con qualche differenziazione, sottrae una "circoscritta area" dell'aiuto al suicidio all'incriminazione ex art. 580 c.p., ritenendo non conforme a Costituzione punire l'aiuto al

---

<sup>57</sup> È questione ampiamente arata quella relativa all'uso disinvolto che, in particolare negli ultimi anni (ma non solo), la Corte ha fatto di quei limiti che discendono dal rispetto dei canoni su cui si fonda il processo costituzionale in via incidentale, tra pregiudizialità-incidentalità. Sulla legittimazione politica della Corte costituzionale, cfr. già C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica. Il giudizio sulle leggi*, Ed. Scientifica, 2a ed., Roma, 2018, per il quale nel processo costituzionale "si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di legittimità". 113 ss. Sulle "regole" del processo costituzionale piegate sempre più spesso nel perseguimento da parte della Corte di un allargamento verso la sua cd. anima politica, cfr., tra i tanti, 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 Id. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>58</sup> Parla, tra i tanti, di "ordinanza ad incostituzionalità differita" in particolare M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 19/11/2018. Ciò sembrerebbe sulla parziale scorta delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, secondo il modello tedesco della *Unvereinbarkeitserklärung* (su cui si veda, a proposito dell'ordinanza in questione, le analogie sottolineate da N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 25/10/2018.); nonché G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2493 ss.), sentenze il cui principale carattere distintivo è rappresentato dalla presenza di una più o meno evidente discrasia tra la parte motiva della decisione, laddove la Corte riconosce chiaramente la presenza di profili di incostituzionalità, e la parte dispositiva, che non è di accoglimento (come sarebbe stato logico) ma di rigetto (seppur momentaneamente) della questione. Sulle criticità dei vari tipi di *Unvereinbarkeit* si veda peraltro C. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2018, 295ss.

suicidio in quegli specifici casi, già sopra richiamati al paragrafo precedente, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma verificabili ora a seguito delle risultanze dei successivi sviluppi della scienza medica e tecnologica. In tali casi, sostiene la Corte, "l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto". Prende atto, invero, che la decisione di "accogliere la morte" potrebbe essere già presa sulla base della legislazione vigente, visto che la legge n. 219 del 2017, in attuazione dell'articolo 32.2 comma Cost., riconosce infatti il diritto al rifiuto e all'interruzione di qualsiasi trattamento sanitario, anche di quelli necessari alla sopravvivenza (art. 1, comma 5), facendo gravare al contempo sul medico il corrispondente dovere di rispettare la volontà del paziente essendo egli pertanto esente da responsabilità civile o penale (art. 1, comma 6). La legge consente inoltre al medico di ricorrere, con il consenso del paziente, alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore<sup>59</sup>, in caso di sofferenze refrattarie a qualsiasi altro trattamento sanitario, consentendo l'approdo alla morte in condizione di assenza di dolore e di incoscienza (art. 2, comma 2). Se già questa sarebbe potuta essere considerata una "via di uscita" per le persone che si trovassero nelle tristi condizioni elencate, tuttavia per la Corte l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. sta proprio nel fatto che, vietando in modo assoluto l'aiuto al suicidio, impone al paziente che si trovi nelle condizioni date "un'unica modalità per congedarsi dalla vita".

Emblematico per la Corte è proprio il caso oggetto del giudizio principale, nel quale «l'interessato richiese l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda», perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida, bensì la morte "sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni"; situazione che "egli non reputava dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo". Proprio "l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà sino al momento del decesso" conseguente alla sedazione profonda continua (che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari), può dunque essere da taluno vissuta come "soluzione non accettabile" perché in contrasto con la sua idea di dignità nel morire. Così, insomma, se non viene garantito alla persona che versa nelle condizioni sopra descritte la possibilità di scegliere "trattamenti diretti, non già a eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte", la si costringe a subire un processo più lento e più carico di sofferenze. "L'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà" sino al momento del decesso può dunque essere da taluno vissuta come soluzione non accettabile; cosicché, se il valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, non si vede ragione a che lo stesso valore debba "tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento" conseguente all'interruzione dei presidi di sostegno vitale. Sulla base di un giudizio di ragionevolezza, comparando ciò che la legge n. 219/2017 consente e ciò che il codice penale punisce, ne consegue per la Corte che, entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio è incostituzionale in quanto "finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.", imponendogli, come sopra già riportato, in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita.

Senonché, ciò fermo restando, la Corte richiama le motivazioni che nell'ordinanza del 2018 avevano giustificato il rinvio a data fissa onde consentire al legislatore di provvedere ad una

---

<sup>59</sup> Viene fatto espresso riferimento alla l. n. 38/2010, contenente *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*.

disciplina legale in assenza della quale si sarebbe caduti nel paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza aver prima assicurato, negli opportuni bilanciamenti, quelle garanzie che avrebbero scongiurato il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti: disciplina in assenza della quale pertanto la Corte ha ritenuto di non poter porre rimedio al riscontrato *vulnus* tramite una pronuncia meramente ablativa, riferita ai pazienti che versino nelle condizioni indicate. Preso atto dell'inerzia del legislatore e altresì della non prevedibilità, allo stato, di una disciplina normativa giudicata costituzionalmente necessaria, e "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale" è il giudice costituzionale a farsene carico allo scopo di evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità, tanto più considerato che lo stesso *vulnus* non è sanabile in via interpretativa.

Insomma, se, come opportunamente sottolineato<sup>60</sup>, nell'orientarsi ad una articolazione bifasica del processo decisionale, la strategia della Corte è stata quella di poter contemperare le due esigenze di garantire la legalità costituzionale e quella di lasciare il dovuto spazio alla discrezionalità legislativa, decorso inutilmente il tempo assegnato al Parlamento, è stata la prima a prevalere, inducendo così la Corte ad intervenire.

#### *6. Alcune (problematiche) valutazioni delle scelte della Corte costituzionale.*

Come già più volte rilevato nella esposizione che precede, il fatto che la Corte abbia provveduto direttamente, con la sentenza del 2019, a disporre una prima regolamentazione in luogo di quella che aveva demandato al legislatore con l'ordinanza del 2018, rappresenta, nella concatenazione tra profili sostanziali e profili formali, lo snodo centrale di tutto l'intero procedimento decisionale. Scelta, infatti, non solo del tutto inusuale nel panorama delle tecniche decisorie, fortemente innovativa che, se pone non pochi problemi in merito al rapporto tra discrezionalità legislativa e ruolo della stessa Corte costituzionale nel sistema, pone altresì non pochi problemi interpretativi in riferimento alle stesse "scelte" regolatorie.

Ma prima di affrontare tali questioni, interessa cercare di svolgere taluni spunti di riflessione sulle argomentazioni che la Corte adduce in merito alla depenalizzazione, a determinate condizioni, dell'aiuto al suicidio.

Richiamando e riallacciandosi alle varie ed articolate problematiche inerenti alla disponibilità/indisponibilità della vita ed alle altrettanto complesse questioni che ne sono conseguenza secondo i diversi orientamenti ed evoluzioni, come si è cercato di tratteggiare nella prima parte del presente scritto, sembra di poter sostenere che la Corte si inserisce sostanzialmente in un orientamento che si apparenta a quelli cd. "disponibilisti" sia pure entro limiti ben precisi e ben delimitati. Nel nuovo assetto costituzionale, quantunque la vita non sia più un bene assolutamente indisponibile diversamente da come era intesa nel precedente orientamento del legislatore del 1930, la stessa vita risulta però un bene che deve essere tutelato. Cosicché negare che la vita sia un bene totalmente indisponibile (e dunque un "dovere"<sup>61</sup>) non significa tuttavia ammettere che sia totalmente disponibile; se la persona umana deve essere assunta come valore in sé, essa per ciò stesso, per quanto libera di autodeterminarsi, deve però essere tutelata da

---

<sup>60</sup> Cfr. le articolate osservazioni al riguardo di P. CARNEVALE, *Incappare in...Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2019/II, 361 ss.

<sup>61</sup> Cfr., tra altri già sopra citati, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in F.S.Marini, C. Cuppelli (a cura di), *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli, 2019, il quale, in riferimento al tema evidenziato nella prima parte del presente scritto, opportunamente sottolinea che ciò che non è conforme a Costituzione "è l'assolutizzazione incondizionata di una supposta protezione del diritto alla vita che rischia di capovolgersi nel suo contrario: in dovere di vivere a qualsiasi costo di sofferenza".

decisioni che voglia assumere in proprio danno. Nel superamento della precedente concezione statalistica e di quella individualistica (per la quale egoisticamente la libertà di autodeterminazione prevale su ogni altra esigenza)<sup>62</sup>, la Corte si colloca, conformemente allo spirito della Costituzione (art. 2), in un orientamento culturale personalistico: il rapporto tra il bene della vita e quello della libertà di autodeterminazione (in cui si realizza oggi sempre più il principio di dignità) non si configura infatti, tra disponibilità della vita e limiti penali in sua tutela, in termini di assolutezza contrappositiva nella prevalenza della indisponibilità sulla disponibilità e viceversa<sup>63</sup>, ma si relativizza in riferimento alla situazione ed al contesto concreto in cui la persona, contraddistinta dalla unità corpo-spirito, dal suo essere singolo ed individuale progetto esistenziale<sup>64</sup>, si trova a vivere<sup>65</sup>.

Ed è proprio facendo valere il contesto in cui si trova la persona che la Corte conferma le ragioni dell'incriminazione di cui all'art. 580 c.p. nell'esigenza (ma non solo) di tutelare la vita di persone particolarmente deboli e vulnerabili, che, come già riportato, opportunamente secondo la Corte debbono essere tutelate da strumentalizzazioni che le inducano a suicidarsi con l'aiuto di terzi che perseguono magari ragioni di proprio interesse e tornaconto<sup>66</sup>.

Ma è altresì facendo valere il diverso contesto della persona invece tanto gravemente ammalata ed affetta da insopportabili ed irreversibili sofferenze<sup>67</sup> da rifiutare consapevolmente il permanere in vita che la Corte perviene diversamente a sostenere che il divieto assoluto di suicidio assistito non sia penalmente perseguibile nel sussistere delle limitate condizioni personali che essa stessa ha elencato. Insomma, l'area della non punibilità (dunque della disponibilità della vita) resta circoscritta nei confronti del malato che versi nelle condizioni indicate, fermo restando pertanto che chi non si trovi in una situazione di patologia irreversibile e che non sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale non può di per sé ricorrere al suicidio assistito, rimanendo la punibilità ai sensi dell'art. 580 c.p.

La Corte, tra motivi di criminalizzazione e motivi di scriminanti, osservando come lo "squarcio" all'assolutezza della indisponibilità della vita sia stata aperto con la legge n. 219/2017, la quale, nel rispetto dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) e del divieto di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, comma 2, Cost.), riconosce ad ogni malato capace di agire il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, nonostante sia esso necessario alla propria sopravvivenza, ravvisa conseguentemente il preminente rilievo della libertà di autodeterminazione della persona, come è stato detto, nella scelta sul "se", "come" e "con che cosa" morire: dunque anche tramite la messa a disposizione di un farmaco letale<sup>68</sup>.

---

<sup>62</sup> Per un'ampia rassegna in tema, cfr. V. POSSENTI, *Concezione sostanziale e funzionale della persona nella filosofia contemporanea*, in *Espíritu: cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana* (<https://www.revistaespiritu.org/>), 2013, 375 ss..

<sup>63</sup> In questo senso cfr. R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. Marini, C. Cuppelli (a cura di), *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit.

<sup>64</sup> Si rinvia a quanto sottolineato in termini generali sopra al par. 3.

<sup>65</sup> Il diritto all'autodeterminazione nelle scelte di fine vita, che troverebbe espressione nella nota giurisprudenza italiana sulla rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale e nella legge sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (l. 22 dicembre 2017, n. 219), si ricaverebbe anche dagli artt. 2 e 8 della CEDU nella lettura offerta dalla Corte di Strasburgo: da qui il terzo parametro di costituzionalità che sarebbe violato dall'art. 580 c.p., e cioè l'art. 117, co. 1, Cost., da leggersi in relazione alle citate disposizioni convenzionali.

<sup>66</sup> Intorno alle quali la criminalizzazione dell'aiuto al suicidio costituirebbe la cd. cintura protettiva di cui all'ordinanza del 2018.

<sup>67</sup> Sulla "sofferenza intollerabile" e la perdita del senso d'identità rilevabile solo dalla persona, si rinvia a quanto sopra rilevato al par. 3.

<sup>68</sup> In questo senso, cfr. P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), 1, 2020.

La Corte introduce così un metro di valore per il quale non sarebbe ragionevole la coesistenza nell'ordinamento di una normativa che ammette la libertà a morire, rifiutando i trattamenti sanitari, e una norma penale che diversamente punisce chiunque agevoli la richiesta del malato consapevole ad accelerare la propria morte, stante che l'effetto finale è il medesimo, poco rilevando che nel secondo caso il malato vuole evitare le conseguenze disonorevoli di una morte più lenta. Opta quindi nettamente per una qualificazione della "non punibilità" in termini di scriminante procedurale in ragione del richiamo che essa stessa opera alla legge n. 219 del 2017<sup>69</sup>

Ed è così lungo la via della libertà di autodeterminazione nelle condizioni predate che la Corte ricorre ad un'argomentazione tutta giocata su quella che assume essere una decisa sostanziale analogia tra le due situazioni consistenti nell'interruzione delle cure e nell'aiuto al suicidio. Come già ampiamente riportato sopra ai parr. 4 e 5, è in questo senso infatti che l'assolutizzazione del divieto di aiuto al suicidio "finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.". Nonostante le differenze tra quanto consentito dalla legge del 2017 e quanto ora la Corte afferma essere non illegittimo permettere, si produrrebbe di conseguenza una non accettabile "incoerenza" nell'ordinamento, incoerenza che rischia di risolversi in una menomata protezione di diritti fondamentali che la Corte deve evitare, fin tanto che non intervenga il Parlamento, ricavando da non meglio precisate coordinate del sistema vigente i criteri di "riempimento" costituzionalmente necessario, anche se a contenuto non costituzionalmente vincolato.

Affermazioni queste decisamente forti, che tuttavia non mirano ad affermare nel nostro ordinamento il riconoscimento di un generale "diritto a morire", quanto piuttosto in termini ben più limitati ad assicurare l'esigenza del malato affetto da sofferenza insopportabile a porre fine alla propria vita secondo il suo personale modo di concepirla e di "sentirla". Non quindi un "diritto a morire", ma un'area, come già rilevato, di non punibilità che resta circoscritta sia da condizioni oggettive (quelle indicate dalla Corte), sia da condizioni soggettive nel senso che la persona, che versa in quelle condizioni oggettive, debitamente informata, ritenga non più tollerabili le sofferenze cui è sottoposta. Nel senso dunque che la persona esercita la propria scelta tramite l'autodeterminazione soggettiva quale manifestazione di libertà, come in altra parte argomentato<sup>70</sup>, ma pur sempre nei limiti delle condizioni oggettive indicate.

Ora, se questo è il filo conduttore, sul piano di quella che la Corte assume come un'analogia tra le due vicende della interruzione di cure e dell'aiuto al suicidio, si potrebbe anche convenire, come è stato osservato<sup>71</sup>, che, ove la situazione venga riguardata dalla prospettiva dello stesso malato, la condizione della persona sia, di là dalle specifiche scelte individuali, da considerarsi sostanzialmente omologabile<sup>72</sup>. E quindi se può essere attribuita rilevanza decisiva all'autodeterminazione per l'interruzione di cure salvavita, non si può ragionevolmente non ammettere che l'autodeterminazione possa altresì valere per la richiesta di aiuto al suicidio, con la conseguenza che l'interruzione delle cure e l'aiuto al suicidio costituirebbero in buona sostanza non "una", bensì due modalità, per quanto diverse, di congedarsi dalla vita. In questo senso, ma solo in questo senso, ben poco rilevando che l'interruzione delle cure possa essa stessa comportare una condotta attiva da

---

<sup>69</sup> In questo senso cfr. in particolare C. CUPPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) rimane aperta*, in *Sistema Penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 2/2020; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit.

<sup>70</sup> Si veda sopra al par. 3 le argomentazioni sulla libertà positiva della persona nella connessione con il meta valore dell'autodeterminazione che oggi presuppone in sé il principio di dignità.

<sup>71</sup> Cfr. R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. Marini, C. Cuppelli (a cura di), *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit.

<sup>72</sup> Cfr. in senso adesivo R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit.

parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, preceduti e poi accompagnati dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e da terapie palliative) al pari di come l'aiuto al suicidio comporta l'intervento attivo di terzi nel fornire il farmaco letale.

Ove invece si riguardino le due situazioni dal diverso punto di vista della concretezza fattuale l'assunta analogia appare invero problematica sotto più di un profilo, inducendo non pochi dubbi.

Ed è questo un vero *punctum dolens*: la Corte in tutto il suo ampio argomentare acquisisce come analogicamente corrispondenti due situazioni invero diverse. Se la sospensione delle cure è, infatti, fattualmente e causalmente corrispondente alla cura che viene interrotta e dunque in riferimento al tipo di patologia indipendentemente da attività sospensive dei trattamenti, nel caso dell'aiuto al suicidio non vi è alcuna interruzione, bensì un intervento attivo consistente in un'azione del tutto autonoma rispetto alla patologia, nella messa cioè a disposizione del farmaco letale: evenienza questa che comunque, per quanto si voglia assumere la sostanziale assimilazione tra le due fattispecie, non solo non è affatto prevista dalla legge del 2017, ma neppure da altra norma dell'ordinamento. Con il che, se nella articolata esegesi di che cosa si debba intendere per "aiuto" al suicidio<sup>73</sup>, la diretta messa a disposizione del mezzo che procura la morte è certamente a fondamento del reato ai sensi dell'art. 580 c.p., questa stessa azione viene depenalizzata senza che sia però possibile individuare una qualsivoglia normativa positiva che la preveda e la regoli.

Non può allora non lasciare perplessi il fatto che la Corte nella ricerca di una regolazione agganci per quanto possibile l'aiuto al suicidio alla legge n. 219/2017, cercando di estenderne le previsioni sia dal punto sostanziale, sia da quello procedurale alle pratiche eutanasiche, forzando in tal modo il testo di una legge il cui scopo è rivolto al "rifiuto" delle cure e che dunque coerentemente nulla dice e può dire sull'agevolazione al suicidio.

Che se poi si entra nello specifico della normazione positiva i dubbi si rafforzano.

Se si riconducono infatti gli ormai noti requisiti giustificativi oggettivi per la punibilità ai sensi dell'art. 580 c.p. (non solo "una patologia irreversibile", "fonte di sofferenze fisiche o psicologiche" "assolutamente insopportabili", ma anche il mantenimento "in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale") nell'alveo della stessa l. n. 219/2017, integrata dalla l. n. 38 del 2010 sulle cure palliative e le terapie del dolore, viene da domandarsi come si giustifichi lo specifico richiamo per l'aiuto al suicidio al comma 5, art. 1, disposizione che non sembra ritenere indispensabile che il soggetto sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, bensì che si trovi in una situazione patologica tale da indurlo a rifiutare (rifiuto che peraltro può essere revocato) trattamenti salvavita, raggiungendo così un esito terminale secondo un decorso naturale.

Non solo: la stessa disposizione richiamata non fa mai riferimento a patologie irreversibili, né a cure palliative e a terapie del dolore, ma più genericamente a trattamenti sanitari indicati dal medico per la patologia di cui si tratta, accettati o meno che siano poi dal malato informato. Che caso mai è l'art. art. 2, comma 2, della l. del 2017 che prevede la sedazione palliativa profonda continua in associazione alle terapie del dolore in connessione, almeno così sembra, a casi ben precisi espressamente definiti di "prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte" ai quali fa esplicito riferimento, prevedendo l'obbligo del divieto al ricorso a cure inutili e

---

<sup>73</sup> Sono note le riserve critiche sulla ermeneutica delle attività da ricondurre all'aiuto al suicidio afferenti tanto alla controversa divaricazione tra atti esecutivi ed atti, viceversa, meramente preparatori, vista la formulazione normativa, attualmente vigente, nel punto in cui l'inciso "agevola in qualsiasi modo" rende problematica per l'interprete l'esclusione di condotte agevolatrici volontarie comunque scientemente orientate alla realizzazione dell'atto suicida (anche se del tutto ininfluenti sul tragitto psichico compiuto dall'aspirante suicida). Sulla questione si veda, tra i tanti, A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2018, 4, che, citando il caso Munaò, afferma che «In realtà non è dato ravvisare una giurisprudenza consolidata in riferimento all'art. 580 c.p., visto che la fattispecie in questione ha conosciuto applicazioni a dir poco sporadiche».



sproporzionate. Il che giustificherebbe il ricorso alla sedazione qualora in queste evenienze il malato in stato terminale versi comunque in sofferenze “refrattarie ai trattamenti sanitari”. Ciò anche se, con un *drafting* di non eccellente qualità, la stessa disposizione non lascia ben intendere se il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore sia dovuto da parte del medico solo in questi specifici casi laddove essi procurino “sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari”, ovvero se queste ultime si possano rilevare anche in altri casi indipendentemente dunque dal sussistere di fasi terminali. Che ad ammettere che il ricorso sia applicabile solo nella fase terminale, non sarebbe dato allora di ben comprendere come il disposto del succitato art. 2 sia stato applicato al caso di specie con proposta di sedazione profonda a persona non affetta da prognosi infausta a breve termine o in imminenza di morte: che invece la stessa Corte, sulla scorta, come già sopra rilevato, di quanto dedotto dalla parte costituita, fa riferimento proprio al rifiuto della sedazione che prolunga la vita anche di “pochi giorni” contro il volere di morte rapida del malato. Insomma, la Corte sembra entrare nell’ordine di idee dunque di distinguere le patologie irreversibili, per quanto gravi ed invalidanti, dai casi terminali e sceglie un’interpretazione dell’opinabile e non chiaro testo del disposto legislativo nel senso che il medico possa, con il consenso del paziente, ricorrere anche in quelli refrattari ai trattamenti sanitari<sup>74</sup> alla sedazione profonda continua e alle terapie palliative. Al cui rifiuto non può allora che porre rimedio per uscire rapidamente dalla situazione irreversibile la messa a disposizione di farmaci letali.

In questo quadro motivo di perplessità attiene poi all’espresso requisito che la Corte ha ritenuto di dover inserire relativamente al fatto che la persona sia “tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale”, presupposto che concorre a circoscrivere la scriminante dell’aiuto al suicidio facendola dipendere, insieme alle altre, da una precondizione legittimante tassativa di cui però non è dato di ben comprendere la *ratio*. Se i “trattamenti di sostegno vitale”, categoria ben nota nell’uso della medicina internazionale, designano quei trattamenti di varia natura che, in caso di malattie gravi, sono in grado di prolungare la vita (cioè di posporre la morte), anche se non necessariamente di guarire la malattia (si tratta per lo più di trattamenti intesi a sostenere le principali funzioni organiche: ne sono esempi la ventilazione meccanica, la rianimazione cardiopolmonare, l’impianto di pacemaker, le amine vasopressorie, la dialisi, ma anche gli antibiotici in caso di infezioni minacciose e le trasfusioni di sangue)<sup>75</sup>, non sembra ragionevole che, dopo aver assunto l’omologazione tra le due modalità del “lasciarsi morire” e dell’ “aiuto al suicidio”<sup>76</sup>, la stessa Corte finisca in ultima analisi per differenziarle: ammette la prima senza che il paziente dipenda da trattamenti di sostegno vitale, mentre per la seconda ha deciso di includere solo quei pazienti che siano dipendenti da tali trattamenti.

Viene allora da domandarsi se, ai fini dell’aiuto al suicidio, tale limite non sia irrinunciabile, ma possa invece scolorarsi in ragione della “sola” irreversibilità della patologia tanto grave da comportare sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, indipendentemente dal fatto che la persona sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale. Interrogativo nulla affatto peregrino ove si consideri come nel caso di specie dal quale la Corte trae le coordinate per la propria decisione, la stessa Corte riconosce che la persona (dj Fabo) non era totalmente dipendente da un respiratore artificiale.

Con il che l’accesso all’aiuto al suicidio si concreta, oltre che nella capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, nel requisito della sola “irreversibilità” di una patologia che procura al malato

---

<sup>74</sup> In effetti dj Fabo si era sottoposto a lunghi trattamenti di vario genere, sia in India, sia in Italia, che però non avevano prodotto alcun effetto migliorativo delle sue condizioni.

<sup>75</sup> Sui trattamenti di sostegno vitale che vengono utilizzati per sostenere le principali funzioni organiche e sulla loro varia tipologia, cfr. C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in E. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura), *I diritti in medicina*, nel *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Rodotà - P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 581 s.

<sup>76</sup> Almeno nella considerazione, come già rilevato, della condizione dal punto di vista del malato.

“sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili”. Ma anche sulla verifica di tale condizione non mancano gli interrogativi, poiché le “sofferenze psicologiche” sono difficili da circoscrivere ed è, come sopra evidenziato, altrettanto difficile per il medico verificare quando diventino “assolutamente intollerabili”<sup>77</sup>. Per non dire poi che, se è invero complesso circoscrivere le “sofferenze psicologiche” assolutamente intollerabili, resta peraltro da capire se esse debbano essere combinate o meno con quelle fisiche<sup>78</sup>.

Molto vi sarebbe ancora da notare. Tuttavia, non si può non rilevare quanto diverse possono essere le tipologie casistiche di patologie irreversibili (non terminali) per le quali si richiede una fine rapida, con la conseguenza di dar luogo a ingiustificate disparità di trattamento, in violazione dell’art. 3 Cost., tra situazioni simili, pur se non del tutto uguali. Si pensi, a mo’ di esempio, a chi dipende totalmente da un sostegno vitale “di salvataggio immediato”, la cui interruzione comporta, con l’aiuto di un sedativo, la morte immediata, ovvero a chi non dipende almeno totalmente da alcun trattamento salvavita, come nel caso in oggetto e dunque abbisogna di un farmaco letale<sup>79</sup>. Per non dire inoltre e soprattutto di quelle ipotesi che comporterebbero un vero e proprio intervento di somministrazione da parte di terzi come quella di chi, trovandosi nelle condizioni indicate dalla Corte, ma affetto da paralisi non possa azionare i meccanismi che darebbero corso alle sue intenzioni suicide (si pensi ai malati di SLA)<sup>80</sup>, ovvero di chi, per diversi motivi psicologici o di paura, non voglia compiere da sé il gesto che procura la morte. Ipotesi in cui si potrebbero anche riscontrare nel malato i requisiti oggettivi/soggettivi personali richiesti dalla Corte per la non punibilità dell’aiuto al suicidio, ma che, nell’interpretazione dell’art. 580 c.p. non potrebbero dar luogo ad una fattispecie di “aiuto al suicidio”, rientrando invece allo stato nel reato di “omicidio del consenziente” punibile ai sensi dell’art. 579 c.p., inducendo conseguentemente a sofferenze anche più intense di quelle sopportate da chi viene tenuto in vita tramite i trattamenti essenziali<sup>81</sup>.

Ma la Corte opportunamente non si inoltra per tali vie, ben consapevole di come tale compito attenga alla piena discrezionalità del legislatore.

Senonché, anche a voler prescindere da tali, peraltro nulla affatto trascurabili, rilievi, nell’assumere come “preciso punto di riferimento” per una “sua” regolazione dell’aiuto al suicidio (puntualizzando peraltro più volte “nelle more dell’intervento del legislatore”) la già richiamata legge n. 219 del 2017, la Corte, sia pure con non poche forzature, estende a tale ipotesi la “procedura medicalizzata” prevista dalla legge per la sospensione delle cure, provvedendo in tal modo a far fronte a parte delle esigenze di disciplina già poste in evidenza nell’ordinanza n. 207/2018, per quanto attiene alle modalità ed ai criteri di manifestazione di un consenso libero e informato (artt. 1, 2, 4 e 5).

Ma di là da taluni profili che si potrebbero definire amministrativi-procedurali e che, ben potendo essere applicati nel caso di aiuto al suicidio, si ritrovano nella legge del 2017<sup>82</sup>, essa rompe poi l’aggancio con la legge, introducendo addizioni ulteriori di carattere sostanziale che implementano la procedura medicalizzata, ma che la legge non prevede.

---

<sup>77</sup> Si veda sopra par. 3 sul fatto che il medico può avere contezza dei dolori fisici del malato, ma come la medicina non abbia i mezzi per accertare quelli psichici che rimangono nella coscienza della persona.

<sup>78</sup> Cfr. le osservazioni di A. D’ALOIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2019.

<sup>79</sup> Come nel caso, già sottolineato, di Fabio Antoniani.

<sup>80</sup> Cfr. C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio*, in *Corti Supreme e Salute* (<http://www.cortisupremeesalute.it/>), 2019, 8 ss., alla quale si rinvia per un’analisi delle diverse ipotesi.

<sup>81</sup> Cfr. C. CASONATO, *I limiti all’autodeterminazione individuale al termine dell’esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2019, il quale, citando il caso Carter, ricorda come in Canada è stata ammessa anche l’eutanasia del paziente consapevole, ma totalmente paralizzato.

<sup>82</sup> Si vedano l’art. 1, comma 5 e l’art. 5, comma 4, che prevedono come la volontà del paziente debba essere registrata nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Se, infatti, da un lato, soltanto un medico potrà attestare la volontà del malato, anche ora per allora da parte di un fiduciario (si pensi alle cd. DAT), e il sussistere dunque delle condizioni sostanziali richieste (dall'attualità dei trattamenti di sostegno vitale, all'irreversibilità della patologia, dall'intollerabilità, dichiarata in modo credibile e consapevole dal malato, delle sofferenze fisiche o psicologiche nonostante l'applicazione delle cure palliative), dall'altro lato, la Corte esige che gli accertamenti del sussistere di tali condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio vengano compiuti, onde evitare abusi in danno di persone vulnerabili e garantire la dignità del paziente, evitandogli inutili sofferenze, nell'ambito di una struttura sanitaria pubblica del Servizio sanitario nazionale. Con ciò operando una precisa scelta di campo rispetto a quanto statuito nell'ordinanza ove aveva rimesso alla discrezionalità del legislatore di scegliere se concentrare tali interventi nelle sole strutture pubbliche o anche altrove.

Ma ancora: la Corte prevede altresì che la struttura pubblica acquisisca il parere, circa l'aiuto al suicidio, di un soggetto terzo che individua, sempre nelle more dell'intervento del legislatore, nei comitati etici territorialmente "competenti".

Ora, per quanto attiene al Servizio sanitario nazionale, viene da osservare come la Corte non richieda la costituzione di una apposita struttura organizzativa sulle tematiche dell'aiuto al suicidio; ciò con la conseguenza che l'eventuale verifica dei requisiti richiesti rientra nelle competenze delle varie professionalità mediche interessate alla concretezza della patologia di cui si tratta. Il che potrebbe anche comportare decisioni contrarie all'esecuzione dell'aiuto al suicidio a seconda dei diversi personali orientamenti dei medici coinvolti<sup>83</sup>.

Per non dire inoltre come non risulti del tutto chiaro il ruolo dei comitati etici territoriali. Anche a voler prescindere dal fatto che, come attualmente configurati in base alla legge 11 gennaio 2018, n. 3, a seguito anche del Regolamento 536/2014 dell'Unione Europea, i comitati etici territoriali hanno responsabilità per l'autorizzazione alle sperimentazioni cliniche dei medicinali, sull'uso dei dispositivi medici, sull'impiego di procedure cliniche e sullo studio di prodotti alimentari e che dunque tali comitati, che peraltro non sono neppure allo stato costituiti in tutte le Regioni, difficilmente sono in grado di occuparsi di etica clinica<sup>84</sup>; cosicché rimane impregiudicata una loro più consona regolamentazione che ne ampli coerentemente la composizione ed i compiti e li renda pertanto idonei alla funzione che si richiede. Non solo: rimane comunque il fatto che, in assenza di una loro regolazione, non risulta per nulla chiaro se il loro parere sia vincolante o meno. Certo la Corte sembra orientata nel senso di ritenerlo un parere meramente consultivo; tuttavia non sembra poi così opinabile che, quand'anche meramente consultivo, ove fosse negativo si potrebbe comunque procedere ugualmente all'aiuto al suicidio, dovendosi assumere che in ogni caso esso inciderebbe sulla volontà del medico e dei medici della stessa struttura sanitaria pubblica.

Ma ben più singolare, per non dire preoccupante, è la questione dell'obiezione di coscienza<sup>85</sup> del personale sanitario, che la sentenza risolve inusitadamente in poche righe, limitandosi ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio, non derivando alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici: di talché rimane alla coscienza del medico scegliere se dare corso o meno alle richieste del malato. Ciò con la conseguenza che laddove il medico rifiuti di esaudire la richiesta suicidaria non risulta del tutto chiaro se la richiesta del paziente debba o possa essere inoltrata ad altri medici disponibili, rompendo così quella logica che è alla base della legge del 2017 sulla relazione fiduciaria

---

<sup>83</sup> È notorio come le categorie professionali medico-sanitarie manifestino da sempre una ferma avversione verso le pratiche eutanasiche.

<sup>84</sup> In senso critico sull'idoneità dei Comitati etici a svolgere i compiti che ora la Corte vuole assegnar loro, cfr. C. CUPPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 50.

<sup>85</sup> Sul tema dell'obiezione di coscienza, cfr., tra altri, D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2012.

medico-paziente per la quale il medico è tenuto a rispettare la volontà del paziente di rifiutare il trattamento sanitario, come espressamente previsto dal comma 6, art. 1 della stessa legge.

È il caso di notare per completezza come non sia più richiamabile in senso ostativo la violazione del codice deontologico<sup>86</sup>, peraltro previsto dallo stesso art. 1, comma 6, della legge del 2017, ove si stabilisce che il medico non ha obblighi professionali nel caso di richieste del paziente non conformi al medesimo codice, che espressamente prevede il divieto, all'art. 17, per i medici di atti finalizzati a favorire la morte del paziente, dato che tale disposizione è stata ora integrata, prevedendo la non punibilità del medico che agisca però nel ristretto ambito delineato dalla sent. 242 della Corte costituzionale.

Insomma, venuto meno ora il limite del codice deontologico, in termini concisi la Corte più precisamente modifica la legge del 2017, legge che essa stessa ha dichiarato di assumere a "preciso punto di riferimento", riconoscendo pertanto un diritto all'obiezione praticamente generalizzato a favore del personale medico, che invece la legge non riconosce. E lo fa in forma assertiva, senza prevedere alcuna condizione in capo al medico atta a giustificare l'obiezione ed a porvi rimedio. Così non contempla alcuna necessità per il medico di dichiarare preventivamente (e in via generale) la propria indisponibilità ad applicare le norme in questione; non opera alcun riferimento ad un'esplicita norma di legge che lo consenta nel caso in considerazione; non prevede l'indicazione di contromisure atte a fronteggiare la ben nota tendenza a usare da parte dei medici l'obiezione a scopi di autentico boicottaggio delle leggi (o delle prestazioni) sgradite; non fa alcun cenno alla necessità che il medico fornisca comunque chiarimenti tesi a facilitare al malato la possibilità di ottenere altrimenti la prestazione; non aggiunge almeno un "principio" che costringa le strutture sanitarie a farsi carico di eventuali obiezioni ad oltranza.

Con il che il personale sanitario potrà fare il bello e il cattivo tempo (con l'autorevole avallo della Corte)<sup>87</sup>.

Ma se il malato che ha i "requisiti" per chiedere l'aiuto al suicidio rimane in balia della volontà dei medici, diversamente – è il caso di sottolinearlo ancora – da quanto previsto dalla legge del 2017 per l'interruzione delle cure (e che la Corte tra l'altro richiama sul punto nella sentenza), non si corre il rischio che l'autonomia e l'autodeterminazione quali principi valoriali fondamentali del malato rimangano lettera morta? Non si corre il rischio che l'aiuto al suicidio finisca per essere "predicato", ma non praticato?

In riferimento poi ai fatti anteriori alla sentenza odierna la non punibilità dell'aiuto al suicidio, è la stessa Corte ad interrogarsi sui problemi di diritto intertemporale che la sentenza determina. Essa stabilisce che le procedure previste nella sentenza varranno solo *ex nunc*. Per ciò che concerne le vicende pregresse, la non punibilità dell'aiuto al suicidio alle condizioni date rimarrà subordinata al fatto che l'agevolazione sia stata prestata anche con modalità diverse da quelle ora previste dalla Corte, idonee comunque a offrire garanzie "sostanzialmente equivalenti", modalità e requisiti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto. Dunque, una "delega di bilanciamento in concreto"<sup>88</sup> conferita ai giudici. Il che potrebbe innestare un affluire di fronte alla Corte di questioni non esattamente sovrapponibili a quelle ora decise, potendo in tal modo anche innestare un opportuno processo evolutivo rispetto alla tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

---

<sup>86</sup> Sulla posizione dell'Ordine dei medici circa il divieto di agire per la morte in considerazione dell'art. 17 del Codice deontologico, ai sensi del quale "il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocare la morte", cfr. L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Giur.it.*, 2/2019 (ma si veda ora l'integrazione a tale disposizione in data 6/02/2020 richiamata nel testo).

<sup>87</sup> Nel senso di cui al testo opportunamente, cfr. le puntuali osservazioni di P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, cit.

<sup>88</sup> Cfr., sul punto, R. BIN, *Giudizio in "astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur. cost.*, 1991, 3574 ss.

6. *A mo' di conclusione.*

Non è certo dire “cosa” nuova sottolineare come in particolare a fronte della crescente richiesta di tutela di quei diritti ritenuti fondamentali in settori essenziali anche nella prospettiva inter-e sovranazionale in ragione, come già sopra evidenziato, delle acquisizioni biotecnologiche, ma difficilmente inquadrabili nelle nostre tradizioni giuridiche, la Corte si sia trovata sempre più “esposta” specie in occasione di quelle decisioni che più di altre sono apparse idonee a modificare gli assetti politico-giuridici esistenti<sup>89</sup>, nella carenza o scarsa adeguatezza di risposte da parte del legislatore. Esposizione che l’ha portata a “dotarsi” di una serie di strumenti decisori i cui effetti sono da misurarsi per le ricadute che possono avere nella complessiva dinamica degli attori costituzionali, quali tecniche di decisione (che sono da sempre un fertile terreno di indagine per lo studio della giustizia costituzionale) fortemente innovative nel pur già variegato ed articolato panorama della costante azione di adeguamento ad opera della Corte della definizione della struttura e degli effetti delle sue decisioni. Si è aperto, cioè, un panorama, in cui si assiste ad un crescendo rossiniano di vicende ove le decisioni di merito vengono trasmesse tramite tecniche decisorie sempre più inusuali, del tutto particolari e manipolate al punto da arrivare, peraltro ad uno stesso fine, a combinare più modelli di decisione diversi tra di loro o addirittura a renderli fungibili, mescolando tecniche ed effetti<sup>90</sup>.

Tutto ciò con la inevitabile conseguenza, per dirla in una, di una giurisprudenza costituzionale altamente e sempre più «creativa», in cui molti individuano una evidente e sempre più marcata emersione dell’aumento della politicità della Corte. Ciò al punto che l’impressione che se ne ricava è che la via intrapresa da ultimo in numerose occasioni dalla stessa Corte sia quella di decidere “caso per caso, secondo opportunità”, opportunità che si è estesa sino alla considerazione delle diverse e varie esigenze di bilanciamento nel contesto anche etico-sociale<sup>91</sup>.

Un quadro questo in continua evoluzione ove notoriamente le tecniche decisorie, lungi dall’essere “neutre”, si intrecciano inscindibilmente con i profili processuali e con gli indirizzi di merito e le esigenze di tutela dei diritti. Quadro nel quale però non si era mai ancora dato il caso di una tecnica decisoria così peculiare come quella di cui si tratta, da molti definita storica, con la quale la Corte introduce (tra ordinanza e sentenza) una strategia procedimentale del tutto innovativa, che le consente di scegliere di disciplinare, nell’esercizio dei suoi poteri discrezionali, la complessa materia.

Insomma, nell’ord. n. 207 del 2018, la Corte aveva dato l’idea di voler sì preservare la sfera dei propri poteri decisori, lasciando intendere comunque che l’intervento del legislatore era indispensabile per consentire i “delicati bilanciamenti” richiesti dal caso.

Per quanto si voglia criticare in via di principio l’ulteriore ampliamento delle tecniche decisorie, la scelta dell’ordinanza operata dalla Corte si prospetta come una soluzione molto più valevole sotto

---

<sup>89</sup> Così P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, il quale (259) afferma che “la variabile indipendente va cercata nel sistema politico” e non nel ruolo della giustizia costituzionale, poiché sarebbe la “debolezza della politica” e non un’intrinseca forza del Giudice costituzionale ad aver accresciuto l’autonomia di quest’ultimo.

<sup>90</sup> Per una approfondita analisi delle diverse tecniche decisorie cfr. C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, il quale definisce la combinazione di più tecniche in un’unica pronuncia (cd. sentenze «miste») una vera e propria «meta-tecnica», che, unitamente ad altri recenti sviluppi (come la “fungibilità” fra alcune tecniche decisorie e l’emersione del cd. “canone della flessibilità”), induce a ripensare le tradizionali classificazioni in materia, anche alla luce dell’evoluzione del diritto degli ordinamenti contemporanei, come diritto sempre meno *cert* ma sempre più *ragionevole*.

<sup>91</sup> Cfr. A. Spadaro, *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 8 marzo 2017, il quale cita la nota frase di F. Pierandrei, *L’interpretazione della Costituzione* (1952), in *Id.*, *Scritti di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1965, 158: “la Costituzione ha e non potrebbe non avere per contenuto la materia politica”.

plurimi profili di quanto non lo sarebbe stato per il tramite dell'adozione di una sentenza, qualunque ne fosse poi stata la tipologia: dall'accoglimento parziale, al rigetto semplice, al rigetto con interpretazione (o "interpretativa mascherata"), alla vera e propria sentenza "interpretativa di rigetto", alla "inammissibilità interpretativa", sino all'inammissibilità *tout court*.<sup>92</sup> Proprio infatti la scelta innovativa sul piano delle tecniche decisorie di un'articolata ordinanza di rinvio ha consentito alla Corte di concretare un quadro molto più ampio, dalle possibili conseguenze variabili, pur se con precisi vincoli, di quanto non le sarebbe stato concesso ricorrendo (secondo la vecchia prassi) ad una sentenza d'inammissibilità con monito al legislatore, notoriamente spesso latente.

Le ha consentito (questo sembrava il messaggio) di dare la prima parola al legislatore, ciò in quanto solo la sede parlamentare può permettere su tali temi una discussione politica di ampio respiro non limitata all'art. 580 c.p., bensì estesa alla regolazione del fine vita in cui la discrezionalità dell'organo democratico può (e deve) esprimere le scelte che lo stesso legislatore è legittimato (ma non la Corte) ad adottare; ciò peraltro in un contesto che la Corte definisce "collaborativo" e "dialogico" fra sé e il Parlamento, onde evitare, nel bilanciamento, possibili vuoti di tutela di valori, pienamente rilevanti sul piano costituzionale. Il che vale a dire *claris verbis* che, per quanto solo il legislatore possa deliberare una normativa complessa relativamente a tutti gli aspetti coinvolti, magari modificando ed integrando opportunamente in tal senso il testo della legge del 2017, a ben vedere lo spirito di leale e dialettica collaborazione richiamato espressamente nell'ordinanza del 2018 dal giudice costituzionale finisce in realtà per concretarsi poi in una sorta di co-legislazione con la Corte<sup>93</sup>, dovendo il legislatore mantenersi in quel percorso che la Corte ha delineato nell'ordinanza sia pure con la previsione di diverse possibili alternative<sup>94</sup>; dovendo mantenersi in quel *range* delle linee portanti dettagliate dalla stessa Corte sotto il profilo della legittimità alla luce della casistica e delle ricadute pratiche.

Ma se così è sembrato di dover intendere, il messaggio nella sent. n. 242 si è rivelato, come è noto, di tutt'altro tenore<sup>95</sup>. Ora, senza voler ripetere quanto già sostenuto da taluni<sup>96</sup> sui rischi connessi di per sé ad un'ordinanza di rinvio dell'udienza in termini di ripensamento, nell'intervallo di tempo, da parte dei giudici costituzionali, rischi sottolineati come rilevabili ai fini della credibilità della Corte, ma che non sembrano poi così importanti potendo la Corte scegliere alla fine tra diverse soluzioni decisorie, non si può non rilevare come il giudice costituzionale, nell'addossarsi, nel silenzio del legislatore, il carico della regolazione, ha assunto una funzione sussidiaria rispetto a quella dell'organo parlamentare. Il che ha poi costretto la Corte ad una serie di forzature quali quelle

---

<sup>92</sup>Si veda sulle possibili varie soluzioni, tra gli altri, M. D'AMICO, *Sulla illegittimità costituzionale della norma che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale* ([www.giurisprudenzapenale.com/](http://www.giurisprudenzapenale.com/)) 2017; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2018, 57 ss.; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, *ivi*, 10/2018, 97 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 22 maggio 2018; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, *ivi*, 14 giugno 2018; inoltre e più in generale sul tema, A. NAPPI, *Principio personalistico e binomi indissolubili*, ESI, Napoli, 2018, 149 ss., 214 ss.

<sup>93</sup> Sia consentito rinviare su tale configurazione di un chiaro orientamento verso una "colegislazione" della Corte con il legislatore a M. RAVERAIRA, *La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato: una ordinanza che sembra una sentenza, ma non lo è*, in *Lo Stato*, 2018, 444.

<sup>94</sup> Cfr. P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia"*, *cit.*, il quale, diversamente da quanto qui si assume, parla di orientamenti individuati con oculata cautela.

<sup>95</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 27 novembre 2019.

<sup>96</sup> Si vedano al riguardo le puntuali osservazioni sottolineate da P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia"*, *cit.*

sopra illustrate, sia nell'opinabile manipolazione, con cui estende al suicidio assistito la normativa di cui alla legge del 2017, sia nelle invero singolari addizioni, quali le attività attribuite ad una non meglio identificata struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale ed ai Comitati etici; per non dire poi della controversa questione relativa all'obiezione di coscienza. Tutte scelte che non trovano riferimento in alcuna normativa vigente; di modo che si conferma la problematica interpretazione del riferimento alle "coordinate del sistema vigente" dalle quali la Corte afferma di desumere "i criteri di riempimento costituzionalmente necessari". Insomma, la Corte ha sì "creato" diritto, senza che alcun dato di diritto positivo potesse peraltro fungere da appiglio veramente utile sia pure per una manipolazione da parte sua.

Ma allora un quesito si impone, quesito che chiama in gioco il ruolo ed i poteri del legislatore e che rappresenta il *leitmotiv* di fondo della tecnica decisoria scelta.

Che cosa potrà accadere in futuro?

Che se dovesse permanere, come è allo stato presumibile, la latitanza del Parlamento, che continua a disattendere la collaborazione con la Corte, rimane comunque il dubbio, in carenza di una regolazione procedurale che la Corte non può certo disporre, come e se la "normativa" prevista dalla stessa possa trovare applicazione ai casi futuri, nel suo essere priva di regole applicative/attuative sotto svariati profili che qui non si ripetono.

Che se invece il legislatore dovesse decidere di farsi carico della materia, si appalesa un ulteriore dubbio di non poco conto. È pur vero che la Corte, nel delineare, come sopra rilevato, una vera e propria "co-legislazione", abbia finito per imporre al Parlamento una "co-determinazione dell'indirizzo politico"<sup>97</sup>; ovvero, come altri hanno affermato<sup>98</sup>, che la Corte abbia adottato una "sentenza legge" di delega al legislatore, fortemente orientandone le decisioni politiche.

Ma se così si assume, quali allora i limiti alla discrezionalità del legislatore? Sicuramente le indicazioni fornite dalla Corte lo orientano, ma sino a che punto lo vincolano?

Ora non v'è bisogno di dimostrare come il legislatore possa modificare le linee di "contorno": si pensi, ad esempio, alla possibilità di riformulare i compiti del Servizio sanitario nazionale, a cui, se ora sono demandati interventi di verifica, nell'ordinanza erano considerati come possibili, ma non le uniche sedi per la somministrazione del farmaco (l'ordinanza parla di eventuale, ma non obbligata riserva esclusiva); nonché i compiti o la stessa previsione dei Comitati etici territoriali, che nell'ordinanza non erano neppure nominati. Insomma, il legislatore può modificare la "normativa" stabilita al riguardo dalla Corte, ampliandola o restringendola, purché individui strumenti adeguati ad assicurare le dovute garanzie per il malato, prevedendo, ancora ad esempio, che nelle strutture del Servizio sanitario nazionale si pongano in essere quelle misure atte ad assicurare che, nel rispetto delle possibili obiezioni di coscienza, vi sia almeno un medico pronto a dare attuazione alla richiesta di aiuto da parte del paziente. E quant'altro nella sua piena discrezionalità il legislatore vorrà disciplinare.

Ma su una questione il Parlamento non potrà, se deciderà di intervenire, non pronunciarsi, dovendo valutare sulle possibili soluzioni tecniche di una scriminante che non potrà che essere di tipo procedurale, collocandosi, al fine di fuoriuscire dalla giustizia del caso concreto<sup>99</sup>, nella normativa extrapenale, perché è in tale normazione che si stabiliscono i contenuti dei diritti. Collocandosi – sembrerebbe la soluzione più idonea – dunque, secondo quanto ampiamente suggerito dallo stesso giudice costituzionale, nella legge n. 219/2017, meglio però specificandone le previsioni, con particolare riferimento all'art. 2, nella distinzione delle diverse ipotesi (fasi terminali,

---

<sup>97</sup> Parla di una ingerenza a tutto tondo nell'azione del Parlamento, P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia"*, cit.

<sup>98</sup> Cfr. in tal senso A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite alla discrezionalità del legislatore*, cit.

<sup>99</sup> Così A. MASSARO, *Questioni di fine vita: i riflettori tornano ad accendersi con il "caso Cappato"*, in *Giurisprudenza Penale* ([www.giurisprudenzapenale.com/](http://www.giurisprudenzapenale.com/)), fasc. 1-bis/2019.

sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari con conseguente sedazione, aiuto al suicidio) e delle correlate procedure. Ciò per il tramite di strumenti adeguati: di meccanismi cioè che, evitando un eccesso di burocratizzazione, assicurino l'effettiva perseguibilità dell'aiuto al suicidio.

Un ultimo interrogativo si impone. Nella sua piena discrezionalità politica, il legislatore potrebbe modificare le condizioni oggettive/soggettive elencate dalla Corte, per esempio o eliminando il riferimento ai trattamenti di sostegno vitale ovvero includendovi espressamente, di là dalla loro definizione generica, solo pratiche *non life-sustaining* che siano ritenute, nell'uso in ambito biomedico, vere forme di sostegno gravose, intollerabili e non sopportabili<sup>100</sup>? Oppure prevedendo, sciogliendo il nodo contrappositivo posto dalla Corte (sofferenze fisiche o psicologiche), che anche i mali della psiche di persone così gravemente depresse da anni che non abbiano trovato sollievo in alcuna cura e che si trovino conseguentemente imprigionati in una tale sofferenza da rendere la loro vita non più dignitosa possano chiedere l'aiuto al suicidio? Così ampliando la platea degli aventi diritto ad ottenere l'aiuto?

Ma tutto questo si vedrà... se si vedrà!

---

<sup>100</sup> Cfr. in tal senso G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra "l'intervento costituzionalmente obbligato" del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 1/2020, 3917.



**ELISA CAVASINO**  
**Principio di costituzionalità e diritto del bilancio**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritto del bilancio e giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. – 3. La recente giurisprudenza costituzionale su controlli contabili e controllo di costituzionalità. – 4. L'interpretazione delle revisioni della Costituzione finanziaria. – 5. La Costituzione italiana come *Costituzione trasformatrice*: il bilancio come bene pubblico e la contabilità di mandato.

1. *Premessa*

Ogni modello di garanzia giurisdizionale della Costituzione mira ad assicurare il *principio di costituzionalità*. Esso è il fondamento della giurisdizione costituzionale e, per ciò stesso, il limite posto dinanzi alla stessa: la struttura della giurisdizione costituzionale, infatti, è stata immaginata, sul piano teorico, come un *sistema* di attribuzioni che si distingue dalle altre "forme" della giurisdizione<sup>1</sup> e che deve assicurare piena effettività alla totalità delle norme costituzionali.

Il concetto di sistema evoca la completezza delle garanzie costituzionali, e, in un ordinamento statale informato al principio di legalità, è quest'ultimo carattere dei controlli che assistono la rigidità costituzionale ad assicurare appieno «l'esercizio regolare delle funzioni dello Stato»<sup>2</sup>, anche di quelle attribuite al Giudice costituzionale.

Il principio di costituzionalità è stato declinato dalla Corte costituzionale italiana come principio di struttura del modello italiano di garanzia giurisdizionale della Costituzione che assicura la più ampia possibilità di sottoporre a giudizio di costituzionalità le norme di un dato ordinamento<sup>3</sup> ed impedisce che il controllo di costituzionalità possa produrre effetti di maggiore o più grave incostituzionalità rispetto a quanto aveva determinato l'esercizio del potere normativo da parte del Legislatore<sup>4</sup>.

Una disciplina positiva delle condizioni di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che renda difficoltoso l'accesso al controllo di costituzionalità è dunque di ostacolo al principio di costituzionalità. Infatti, se le regole che disciplinano l'accesso al controllo di costituzionalità delle leggi hanno l'effetto di sottrarre o di limitare il controllo di costituzionalità in campi materiali disciplinati da norme costituzionali, si afferma che tali regole producono, rispettivamente, *zone franche* e *zone d'ombra* nel sistema del controllo di costituzionalità delle leggi.

---

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 5 ss., spec. 18-20 ed. curata da A. La Pergola. A tal proposito, va ricordato che in un ordinamento in cui principio di legalità e principio di costituzionalità sono inscindibilmente collegati, sono proprio le leggi e gli atti ad esse equiparati ad essere considerate come le fonti principali di attuazione della Costituzione (Corte cost., sent. n. 206 del 2004, par. 2, *considerato in diritto*) ed è per questa ragione che è necessario che ogni norma prodotta mediante tali tipi di fonti possa essere sottoposta a controllo di costituzionalità.

<sup>2</sup> H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., 145, spec. 146.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. n. 1 del 2014, par. 2, penultimo capoverso, *considerato in diritto*.

<sup>4</sup> Come si vedrà, con riferimento al diritto del bilancio, questo implica che il controllo di costituzionalità, in particolare laddove si realizza nelle forme del giudizio di ragionevolezza in ipotesi in cui viene in rilievo il principio dell'equilibrio finanziario e di bilancio, implica un controllo sistemico, un bilanciamento complessivo di tutti i principi costituzionali che assumono rilievo nella risoluzione di una data questione di legittimità costituzionale (così R. Romboli, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA. Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, 1993, 184 ss., spec. 186.

Orbene, l'esperienza del controllo di costituzionalità delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano mostra che, in effetti, esistono degli aspetti problematici relativi alla disciplina dell'accesso al giudizio di legittimità costituzionale, con particolare riferimento alla via incidentale.

Nonostante le "barriere" normative all'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale non siano state mai ridefinite dal Legislatore, il Giudice delle leggi, su impulso dei rimettenti, si è impegnato a lungo nell'aggredire le zone franche e le zone d'ombra di giustizia costituzionale, ritornando più volte sul problema dell'interpretazione dei presupposti e delle condizioni di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale rimesse in via incidentale.

La considerazione del fine ultimo della giustizia costituzionale, quello di assicurare la massima latitudine possibile al sindacato di costituzionalità delle leggi, ha condotto, in particolare, all'elaborazione di una giurisprudenza sui presupposti oggettivo e soggettivo (la nozione di "giudice" e di "giudizio" di cui alla l. cost. n. 1 del 1948 ed all'art. 23 l. n. 87 del 1953) a volte molto criticata dalla dottrina.

Tre sono i punti di partenza di queste riflessioni. Il primo è che il principio di costituzionalità ha costantemente orientato la giurisprudenza costituzionale italiana in questa materia.

Il secondo è che, sul piano strategico, il Giudice costituzionale, quasi "pre-valutando" gli effetti che *avrebbe* prodotto *in concreto* la disciplina sui giudizi sulle leggi in particolari ipotesi di esercizio dei poteri di applicazione della legge da parte di un organo o soggetto dotato di poteri definitivi di una controversia o questione giuridica, ha sinora evitato di seguire la via dell'autorimessione della questione di legittimità costituzionale per giungere alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali regole *nella parte in cui producevano effetti* contrastanti con il principio di costituzionalità ed ha preferito, invece, esercitare i propri poteri interpretativi rispetto alla disciplina di procedura applicabile nei giudizi sulle leggi in modo da assicurare la massima latitudine possibile al proprio sindacato<sup>5</sup>.

Il terzo è che la Corte costituzionale ha inciso, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale, sulle regole del controllo di costituzionalità delle leggi soltanto quando ha accertato che le stesse producevano l'effetto di violare il principio supremo di unicità della giurisdizione costituzionale, quindi un principio di struttura del sistema dei controlli costituzionali<sup>6</sup>.

Le ragioni di queste scelte, pur se sotto un profilo strettamente tecnico-giuridico, possono esporsi a critiche, sono comprensibili nella prospettiva della *dinamica* delle relazioni fra gli organi costituzionali.

Una Corte impegnata costantemente nella legittimazione del proprio ruolo<sup>7</sup>, infatti, trova dinanzi a sé, una serie di ostacoli concettuali e di argomenti giuridici che militano nel senso della intangibilità del riparto delle attribuzioni fra i poteri e della limitata flessibilità delle regole di procedura da seguire nei giudizi di legittimità costituzionale<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Ad es. rispetto agli effetti temporali, da ultimo, Corte cost., sentt. nn. 10 e 178 del 2015 e rispetto all'accesso, di recente, C cost., sentt. nn. 1 del 2014 e 13 del 2019, passando per alcune decisioni che si analizzeranno più diffusamente nel prosieguo (Corte cost. n. 18 del 2019, in particolare).

<sup>6</sup> Corte cost. sentt. nn. 31 del 1961; 6 del 1970, 21 del 1959, 38 del 1957 e n. 39 del 2014.

<sup>7</sup> L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 515 ss.; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

<sup>8</sup> Quanto agli effetti si vedano i contributi raccolti in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018 (spec. la relazione di sintesi di R. PINARDI). Il dibattito sui "margini di flessibilità" delle categorie dei giudizi di costituzionalità rispetto agli effetti delle decisioni com'è noto si è riaperto dopo le due sentenze del 2015 (nn. 10 e 278 del 2015) su cui P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale 'differita' fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'autoattribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 389 ss.; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.* n. 3/2015, 575 ss.; R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine*

Ma si può dire che la forza, e, al contempo, la fragilità del modello di giustizia costituzionale italiano – quest’ultima ben rappresentata dalla nota frase di Giovenale “*sed quis custodiet ipsos custodes?*”<sup>9</sup> – sia stata efficacemente preservata dal Giudice costituzionale mediante l’uso dei poteri interpretativi della disciplina sull’accesso al controllo di costituzionalità?

Per rispondere a tale interrogativo vanno osservate più in dettaglio quelle pronunce del Giudice delle Leggi con le quali si delinea la strategia interpretativa volta a garantire la piena effettività del principio di costituzionalità.

Fra queste è da annoverare innanzitutto la sentenza n. 129 del 1957, con la quale l’interpretazione dei presupposti oggettivo e soggettivo per rimettere la questione di legittimità costituzionale in via incidentale viene elaborata alla luce dei preminenti *interessi pubblici* della certezza del diritto» e della «osservanza della Costituzione».

A distanza di oltre sessant’anni da quella decisione si può affermare che nel modello italiano di controllo di costituzionalità delle leggi la tutela di tali interessi abbia impedito che dalla distinzione tra le «varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi» quali sono quelle che derivano dalla «chiusura dell’accesso al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi»<sup>10</sup>.

Si ha una rinnovata conferma di ciò in alcune recenti sentenze del Giudice costituzionale: la già richiamata sentenza n. 1 del 2014 e, da ultimo, le sentenze numero 13 e 18 del 2019, in cui la Corte costituzionale valorizza nuovamente questa impostazione.

Nella sentenza n. 13 del 2019, in particolare, emerge ancor più chiaramente come l’effettività del principio di costituzionalità, secondo la Corte costituzionale, dipenda così tanto dalle regole sull’accesso al giudizio in via incidentale da far ritenere che «l’affermazione piena del principio di costituzionalità tocchi il suo apice con quelle sentenze che ravvisano i requisiti di accesso in presenza di mere ‘zone d’ombra’, ossia di situazioni in cui l’allargamento dei concetti di giudice o giudizio appare necessaria non solo per attrarre al controllo di costituzionalità un’area che altrimenti ne resterebbe esclusa ma anche per ammettere “al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte” (sentenze n. 89 del 2017, n. 181 del 2015 e n. 226 del 1976)»<sup>11</sup>.

Questa giurisprudenza costituzionale sulla nozione di giudice e di giudizio ha contribuito a rendere ancor più difficile nell’ordinamento italiano la ricostruzione di una nozione unitaria di giurisdizione<sup>12</sup>, ma, in effetti, solo in tal modo «è stato possibile consentire il giudizio incidentale di

---

alla sentenza n. 10 del 2015, ivi, 607 ss.; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, ivi, 635 ss. Punto di partenza per le riflessioni sul tema è sicuramente il volume AA. Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989 ed il nr. 1 del 1989 della rivista *Quaderni costituzionali* che raccoglie i contributi di F. SAJA, S. BARTOLE, F. MODUGNO, A. PACE, G. SILVESTRI, G. ZAGREBELSKY. Si richiamano poi, rispetto al tema più generale della “rigidità” o “flessibilità” di tali regole, le tesi di G. ZAGREBELSKY R. ROMBOLI, G. BOGNETTI, S.P. PANUNZIO e A. PACE raccolte nei volumi AA.Vv., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, cit., 105; e gli studi di R. PINARDI (spec. *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità*, Milano, 1993), oltre ai contributi raccolti in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale. Atti del convegno annuale svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007*, Torino, 2008.

<sup>9</sup> GIOVENALE, *Satire* (VI, 48-49).

<sup>10</sup> Corte cost., sent. n. 129 del 1957.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 2019, par. 3.2. *cons. in diritto* in cui si precisa anche che al medesimo obiettivo è volta quella giurisprudenza sulla qualificazione di giudice e di giudizio “ai limitati fini” o “ai soli fini” della legittimazione a rimettere questioni di legittimità costituzionale.

<sup>12</sup> Su cui il dibattito è stato ampio e continuo in dottrina. Si vedano ad esempio AA.Vv., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14*

costituzionalità pur in presenza di aspetti di volta in volta soggettivamente o oggettivamente di difficile riconduzione a generali e predeterminati schemi concettuali»<sup>13</sup>.

Ora, esaminando con attenzione questa giurisprudenza, a ben vedere, la piena garanzia del principio di costituzionalità non sembra dipendere in ogni caso in modo diretto dalla disciplina relativa all'accesso, quanto, piuttosto, essa può essere messa in pericolo dalla connessione fra effetti prodotti dalle norme sull'accesso, campi materiali disciplinati da norme costituzionali, possibilità di sottoporre a controllo di costituzionalità le norme di leggi ed atti con forza di legge che incidono su "materie" o "oggetti" disciplinati dalla Costituzione.

Insomma, non è di per se la disciplina sull'accesso al giudizio di costituzionalità a determinare una crisi di effettività del principio di costituzionalità, ma è il suo intrecciarsi con le norme poste dal Legislatore in certi campi materiali a dare origine a delle *zone franche* di giustizia costituzionale.

Queste ultime sono dunque ambiti materiali dell'ordinamento, disciplinati da norme costituzionali, nei quali ricadono norme che difficilmente possono essere applicate da un "giudice" nel corso di un "giudizio", poiché il quadro normativo non consente all'interprete d'individuare situazioni giuridiche soggettive azionabili da un singolo in giudizio (la disciplina vigente definisce al più interessi adespoti<sup>14</sup>). Le "zone d'ombra" di giustizia costituzionale, invece, emergono laddove il legislatore renda molto difficoltoso azionare determinate situazioni giuridiche in giudizio<sup>15</sup>.

## 2. Diritto del bilancio e giudizio di legittimità costituzionale delle leggi

È stato sostenuto che i campi materiali occupati dalle norme della Costituzione finanziaria<sup>16</sup> (il diritto del bilancio) fossero configurabili come zone franche o zone d'ombra di giustizia costituzionale<sup>17</sup>.

---

novembre 1989, Milano, 1990 e il già citato volume R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007.

<sup>13</sup> Nella Corte cost., sent. n. 13 del 2019 sembra assumere un peso nel senso della carenza di legittimazione dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato a rimettere questioni di legittimità costituzionale in via incidentale (carenza del requisito della terzietà, sui cui cfr. par. 4 *cons. in diritto* della predetta sentenza) anche il paventato rischio che la giurisprudenza costituzionale sull'accesso possa contribuire ad aggirare il divieto di istituzione di giudici speciali di cui all'art. 102 Cost.: « in caso di organi creati dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il rischio di un aggiramento del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali posto dall'art. 102, secondo comma, Cost., è stato ben presente a questa Corte, che infatti ha tratto dal divieto in parola un argomento decisivo per escludere nei casi dubbi la natura giurisdizionale del rimettente (sentt. n. 387 del 1996 e n. 44 del 1968)» (Corte cost., sent. n. 13 del 2019, par. 3 *cons. in dir.* ultimo periodo).

<sup>14</sup> Situazioni giuridiche soggettive sovraindividuali non imputabili a collettività organizzate o facilmente individuabili. S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 696; B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, 187; G. BERTI, *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, 68; P. MADDALENA, *Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi*, in *Cons. St.*, 1982, 291; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 9 ss.; N. TROCKER, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1114; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, VIII, 482; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012. Rispetto agli interessi adespoti è possibile individuare i singoli come titolari del potere di agire in giudizio solo seguendo il principio di atipicità dell'azione desumibile da una certa interpretazione dell'art. 24 Cost. A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 4.

<sup>15</sup> Questo è stato il caso del diritto di voto: cfr. Corte cost., sent. n. 1 del 2014 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>16</sup> L'espressione Costituzione finanziaria è utilizzata nel senso indicato da G. BOGNETTI, *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit. (Note ispirate dalla lettura di un libro di G. Rivosecchi)*, reperibile nel sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti ([www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)), *Archivio*, 7 settembre 2009, 13.

<sup>17</sup> Ad esempio, si veda S. BUSCEMA, *Il bilancio*, Milano, 1971, 204 ss. C. FORTE, *Presentazione* all'edizione in lingua italiana da lui stesso curata di P. LABAND, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen verfassungs-Urkunde*

Ma, in effetti, può dirsi che proprio rispetto alla Costituzione finanziaria, nell'esperienza costituzionale repubblicana, le regole di diritto costituzionale poste nell'art. 81 Cost. – di cui è necessaria una lettura «aperta» ad una pluralità di dottrine economiche<sup>18</sup> – siano state gradualmente arricchite sul piano quantitativo e qualitativo al punto da far ritenere che esse siano state *irrigidite* e *trasformate* dopo le revisioni costituzionali del 2001 (l. cost. n. 3 del 2001 di revisione degli articoli 117 e 119 Cost.), e del 2012 (l. cost. n. 1 del 2012 di revisione degli articoli 81, 97, 117 e 119 Cost.)<sup>19</sup>.

Va ricordato che la Costituzione finanziaria è un settore cruciale per il corretto funzionamento del circuito democratico-rappresentativo proprio degli ordinamenti costituzionali riconducibili sia all'archetipo dello Stato liberale sia alla forma di stato della democrazia pluralista<sup>20</sup>.

È proprio per tale ragione, ossia per l'irresistibile *politicalità* del diritto del bilancio che esso è stato a lungo uno dei settori materiali dell'ordinamento i cui principi costituzionali sono stati storicamente di difficile "giustiziabilità" nel sistema di garanzie giurisdizionali della costituzione.

Il processo riformatore che ha interessato la Costituzione finanziaria dell'ordinamento costituzionale italiano è stato molto esteso e, come si è detto, non va rintracciato soltanto nella revisione costituzionale del 2012, ma ha radici che risalgono alla revisione costituzionale di cui alla

---

*unter Berücksichtigung der verfassung des Norddeutschen Bundes (1871); Staatsrecht des deutschen Reiches Das Budgetrecht (1914); Zur Lehre vom Budgetrecht (1886), tradotti e pubblicati in Il diritto del bilancio, Milano, 2007, V ss.*

<sup>18</sup> S. BARTOLE, Art. 81, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 197 ss. spec. 199.

<sup>19</sup> La legge costituzionale n. 1 del 2012 e la legge n. 243 del 2012 (cd. legge rinforzata di attuazione dell'art. 81 Cost.), secondo parte della dottrina, avrebbero determinato una radicale trasformazione dell'assetto costituzionale. Per una prima ma sempre efficace ricostruzione dei termini del problema sul piano normativo A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2012; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 15 febbraio 2012, nr. 4/2012. Più precisamente, seguendo questa chiave di lettura, il Legislatore costituzionale avrebbe riformato la Costituzione introducendo norme che oggi impediscono di rendere una lettura aperta della Costituzione finanziaria: sarebbe stata costituzionalizzata una precisa dottrina economica, post-keynesiana e volta ad impedire politiche pubbliche di *deficit-spending*. Su questa linea di pensiero ad esempio F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2012; ID., *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?* in *Dir. pubblico*, 2014, 45 ss.; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, 42 (e 54 ss. dove dubita della possibilità di ricondurre all'originario modello costituzionale del 1948 il quadro costituzionale successivo alla revisione del 2012); R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016, 399-400. Il testo della "lettera" della BCE è riportato in A. BRANCASI, *Il principio*, cit., 1. Sul tema cfr. O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quad. cost.*, 2016, 455. Orientamento differente esprime C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015, spec. capitolo IV, 201; e, con riferimento al dibattito parlamentare in corso prima dell'approvazione della revisione costituzionale del 2011, ancora, da G. BOGNETTI, *Il pareggio del bilancio nella carta costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2011; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2014, paragrafo 6; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 51, spec. 56 ss.. Per un'analisi compiuta anche degli orientamenti della dottrina A. BRANCASI, (voce) *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014, Annali VII, 170; G. PITRUZZELLA, *Crisi economia e decisioni di governo*, in *Quad. cost.*, 2014, 29 ss.

<sup>20</sup> Nella Costituzione finanziaria si esprimono le forme della sovranità in un ordinamento democratico-rappresentativo. In particolare. poi, nelle forme di governo parlamentare, la Costituzione finanziaria di uno Stato è uno dei luoghi del diritto costituzionale in cui si manifesta la condivisione della funzione d'indirizzo politico fra Parlamento e Governo e – nella storia costituzionale – si è manifestato il mutare del carattere dualista in quello monista di tale forma di governo. Si vedano almeno A. BRANCASI, *Le trasformazioni dell'assetto e del governo della finanza pubblica negli ultimi cinquanta anni*, in *Dir. pubblico*, 2018, 413 ss.; C. FORTE, sempre nella presentazione di P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007, V ss.; G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996 e, soprattutto, V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, capitoli I-IV.

l. cost. n. 3 del 2001; alla successiva disciplina di attuazione dell'art. 119 Cost. ed alla decretazione d'urgenza che è seguita alla crisi dei debiti sovrani del 2008<sup>21</sup>.

Gli interventi normativi sulla Costituzione finanziaria non hanno riguardato soltanto la riforma dei processi bilancio che si svolgono nella dialettica fra Governo e Parlamento, ma ha interessato la posizione di ausiliarità della Corte dei conti; l'articolazione dei vincoli e dei principi di bilancio e di contabilità pubblica; la struttura e la latitudine dei controlli sul bilancio su tutti gli enti territoriali che compongono la Repubblica, interessando anche il modello di *welfare* (si noti che le riforme di contabilità e bilancio hanno interessato in modo particolare il sistema di *welfare* sanitario)<sup>22</sup>, portando i processi di bilancio, tradizionalmente del tutto interni allo Stato sovrano, a forme di *valutazione* rese sulla base di regole e da parte di organi che non appartengono allo Stato, fra cui la Commissione europea<sup>23</sup>: è il tema del *vincolo esterno* di bilancio<sup>24</sup>. Anch'esso, però, da "rigido" vincolo "giuridico" specificato in atti di diritto derivato dell'Unione, sembra inesorabilmente tendere ad assumere una forte "connotazione" di vincolo "politico" di coordinamento fra le politiche economiche e di bilancio degli Stati membri dell'Unione, sfuggendo anch'esso a forme di giustiziabilità che ne consentirebbero di verificare, a livello UE, la compatibilità con gli stessi Trattati<sup>25</sup>.

Forse è anche per tale ragione che è stato mostrato un forte scetticismo rispetto alla possibilità di rendere giustiziabile la riformata disciplina costituzionale sul bilancio<sup>26</sup> e di poterne valutare la compatibilità con la struttura costituzionale della forma di stato<sup>27</sup> (i principi supremi) con particolare riferimento al vaglio di costituzionalità del rinvio mobile<sup>28</sup> che il diritto dello Stato opera a norme esterne sulla stabilità finanziaria.

È dunque di estremo interesse osservare come sia stato, invece, reso "giustiziabile" il principio dell'equilibrio di bilancio e come ciò sia stato fondamentale per valutare la praticabilità di una interpretazione della riformata Costituzione finanziaria conforme ai principi di struttura dell'ordinamento costituzionale.

Tutto ciò è stato possibile innanzitutto grazie allo sviluppo di una giurisprudenza costituzionale in via principale sul diritto del bilancio.

Attraverso la via di accesso principale la Corte costituzionale è stata chiamata ad interpretare la riformata Costituzione finanziaria, definendo le attribuzioni di organi, poteri, funzioni, vincoli costituzionali di finanza pubblica rispetto alle varie articolazioni territoriali della Repubblica<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> R. DICKMANN, *Le regole della governance*, cit.

<sup>22</sup> Si vedano, nella dottrina più recente, le due relazioni al XXXIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti di G. RIVOCSECCI e di A. GUAZZAROTTI dal titolo *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2019.

<sup>23</sup> Per una rappresentazione concreta dei termini della questione cfr. M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico*, Roma, 2017, e per i profili "interni", F. SUCAMELI, *'Patto di stabilità', principi costituzionali ed attuazione politica*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 15/2019.

<sup>24</sup> Si vedano almeno l'*epilogo* di G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1993, (scritto in collaborazione con P. PELUFFO), 431 ss. e A. MANZELLA, *Il "vincolo europeo" sul governo dell'economia*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Milano, 1992, 1489 e Id., *Sui principi democratici dell'Unione europea*, 2013, 135- 156.

<sup>25</sup> Sul tema, si rinvia a G. GUARINO, *La grande Rivoluzione: l'Unione europea e la rinuncia alla sovranità*, in *Riv. dir. pubbl. sc. pol.*, 1989, 193; Id., *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006 e a G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?* in *Quad. cost.*, 2012, 9 ss.

<sup>26</sup> G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2012.

<sup>27</sup> Oltre al già citato contributo di F. BILANCIA, si vedano anche le riflessioni di O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quad. cost.*, 2016, 455; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, 42 (e 54 ss.) e le soluzioni ermeneutiche al problema proposte da C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015, spec. capitolo IV, 201 ss.

<sup>28</sup> Così A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, 4.

<sup>29</sup> Corte cost., sentt. nn. 70 del 2012; 39 del 2014; 274 del 2017; 49 del 2018.

Successivamente, il consolidamento dell'interpretazione resa in via principale sui raccordi fra "sistema" dei controlli contabili e costituzionali ha portato ad una rinnovata riflessione sulla possibilità di aprire ulteriormente la via d'accesso incidentale al giudice contabile nell'esercizio della funzione di controllo sui bilanci ed i rendiconti.

In altri termini, è accaduto che il "sistema" dei controlli contabili attribuiti alla Corte dei conti si è attivato per consolidare la dialettica fra giudice contabile nell'esercizio della funzione di controllo e giudice costituzionale e che il Giudice delle leggi abbia ritenuto praticabile tale percorso<sup>30</sup>. Ciò era stato già prospettato come evoluzione necessaria del modello di garanzia della Costituzione del bilancio, peraltro, anche prima della revisione costituzionale del 2012, proprio in ragione della sussistenza del vincolo *esterno* di bilancio<sup>31</sup>.

Oggi, a ciò si aggiunge che le *riletture* della disciplina sull'accesso al controllo di costituzionalità, poste in essere dalla Corte costituzionale al fine di aggredire una zona d'ombra di giustizia costituzionale, hanno consentito d'inquadrare il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio rispetto ad alcuni principi supremi dell'ordinamento costituzionale, *in primis* quelli desumibili dagli articoli 2 e 3 della Costituzione.

Grazie a ciò è stato così possibile delineare compiutamente il quadro concettuale entro il quale il principio dell'equilibrio di bilancio si è innestato sui principi di struttura dell'ordinamento costituzionale italiano e ha perso quella "potenzialità antinomica" rispetto agli stessi che era stata messa in luce dalla dottrina che per prima ha commentato la revisione costituzionale del 2012.

### *3. La recente giurisprudenza costituzionale su controlli contabili e controllo di costituzionalità*

Il Giudice delle leggi ha dunque ritenuto che le revisioni costituzionali del 2001 e del 2012 – e la disciplina di rango legislativo di attuazione degli articoli 81, 97 e 119 Cost. – abbiano prodotto un effetto preciso sulla collocazione la Corte dei conti nel sistema dei controlli. La Corte dei conti diviene organo dello Stato-ordinamento, posto in posizione centrale nella garanzia dei vincoli costituzionali ed europei di bilancio e sostenibilità del debito pubblico (Corte cost. n. 60 del 2013), quasi portando così ad effetto le più interessanti tesi sugli organi ausiliari e la funzione di controllo nel quadro costituzionale repubblicano<sup>32</sup>.

Così, richiamando il ruolo arbitrale che la Costituzione attribuisce alla Corte dei conti nell'esercizio della funzione di controllo, le sentenze n. 196 del 2018 e n. 18 del 2019 hanno arricchito la precedente giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione dei presupposti oggettivi e soggettivi delle questioni di legittimità costituzionale in via incidentale<sup>33</sup> ed in tema di parametro deducibile in questioni sollevate in sede di controllo contabile sui bilanci ed i rendiconti degli Enti territoriali<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Corte cost., sentt. nn. 196 del 2018, 18 del 2019, 4 del 2020.

<sup>31</sup> P. COSTANZO, *La copertura finanziaria delle leggi nel network delle giurisdizioni*, in *Rass. parlamentare*, 2007, 105, spec. 107.

<sup>32</sup> G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956.

<sup>33</sup> Sul tema con riferimento specifico all'accesso al sindacato in via incidentale in sede di controllo contabile sui bilanci G. RIVOCCHI, *Controlli della Corte dei conti ed incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2017, 357 ss.; A. ODDI, *Sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo*, in *Giur. cost.*, 2011, 525 ss. Per possibili alternative alla lettura flessibile delle categorie del processo costituzionale (l'introduzione dell'accesso diretto al giudizio di costituzionalità per la Corte dei conti) A. PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 3/2011, 28/09/2011, sezione *Dibattiti*.

<sup>34</sup> Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Liguria, ord. 27 dicembre 2017, iscritta al n. 34/2018 Reg. Ord. della Corte costituzionale, in *G.U.*, 1a Serie spec., n. 9 del 2018, 53. Corte dei conti - Sez. Regionale di controllo di Campania, ord. del 28 febbraio 2018, iscritta al n. 70/2018, Reg. ord. della Corte costituzionale, in *G.U.*, 1a Serie spec.

Entrambe queste ultime due decisioni hanno evidentemente fatto leva sulla nota tesi di Aldo Maria Sandulli sulle funzioni pubbliche neutrali<sup>35</sup> al fine di ricondurre la funzione di controllo del giudice contabile nell'alveo delle funzioni di garanzia che consentono di assicurare piena normatività alla Costituzione e che attribuisce, agli organi che ne sono dotati, il potere di attivare il controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale.

Il richiamo alle funzioni pubbliche neutrali, che peraltro aveva già trovato una eco nella giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 226 del 1976, proprio con riferimento alla Corte dei conti (ma lì con riguardo all'esercizio della funzione di controllo sugli atti normativi del Governo), viene collocato, oggi, in un ordinamento costituzionale che, in effetti, impone di valorizzarla ancor di più con riferimento ai controlli sui bilanci degli Enti territoriali<sup>36</sup>.

La ragione di tutto ciò è da rintracciare nella trasformazione dei controlli sugli Enti territoriali prodotta a seguito del d.l. n. 174 del 2012, che già con le sentenze nn. 60 del 2013, 39 e 40 del 2014, ma, soprattutto, con la sentenza n. 228 del 2017, aveva portato la Corte costituzionale a ricomprendere nella «categoria del controllo di legittimità» il «sindacato sui bilanci degli enti territoriali»<sup>37</sup>.

In particolare, la Corte costituzionale afferma che la disciplina costituzionale e di attuazione costituzionale sul controllo dei bilanci degli enti locali: «risponde all'esigenza di renderlo funzionale al rispetto dei vincoli nazionali ed europei e di ricondurlo al vaglio unitario di una magistratura specializzata, in modo da affrancarlo da ogni possibile contaminazione di interessi che privilegiano, non di rado, la sopravvivenza di situazioni patologiche rispetto al trasparente ripristino degli equilibri di bilancio e della sana gestione finanziaria, elementi questi ultimi che la nuova formulazione dell'art. 97 primo comma, Cost. collega alla garanzia di legalità, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa»<sup>38</sup>.

Inoltre, rispetto al modello legislativo di controllo, si afferma che le norme di riferimento sul controllo sui bilanci degli enti territoriali determinano «un'integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica, ove sono custoditi interessi costituzionalmente rilevanti, sia adespoti (e quindi di difficile giustiziabilità), sia inerenti alle specifiche situazioni

---

del 09/05/2018 n. 19, 17; Corte dei conti - Sez. Regionale di controllo per la Regione siciliana, ord. 11 maggio 2018, iscritta al n. 132/2018 del Reg. ord., in *G.U.*, 1a Serie spec. del 3/10/2018 n. 39, 20. Corte dei conti sezioni riunite per la Regione autonoma Trentino Alto-Adige ordinanze 8 agosto 2018 nn. 173 e 177 rispettivamente in *G.U.*, 1a Serie spec. del 12 dicembre 2018 n. 49, e in *G.U.*, 1a Serie spec. del 19 dicembre 2018 n. 50 del 2018, 43; Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Campania, ord. 8 ottobre 2018, iscritta al nr. 25/2019 del Reg. ord. della Corte costituzionale, in *G.U.*, 1a serie spec. del 20/02/2019 n. 8, 81. La sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale prospetta l'ascrizione alle categorie concettuali di giudice e giudizio, proprie del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti e la funzione di controllo sui bilanci dei Comuni ai sensi dell'art. 243-*quater* d.lgs. n. 267 del 2000. La sentenza n. 196 del 2018 stabilisce, invece, che il giudice contabile, nel giudizio di parificazione dei rendiconti regionali, possa sollevare questioni di legittimità costituzionale che presentano come parametro anche norme differenti da quelle strettamente connesse ai vincoli costituzionali in materia di contabilità e finanza pubblica.

<sup>35</sup> A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200, spec. 205-206.

<sup>36</sup> Su cui G. AMATO, *Il Parlamento e le sue Corti*, nota a margine della Corte cost., sent. n. 226 del 1976 in *Giur. cost.*, 1976, 1985; R. CHIEPPA, *Ancora sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte dei conti (sezione di controllo)*, in *Giur. cost.*, 1976, 2010; S. PERGAMENO, *Funzione di controllo della Corte dei conti e instaurazione del processo di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1976, 2031.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019, par. 3 *cons. in dir.*, corsivo aggiunto.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019, par. 3 *cons. in dir.*, corsivo aggiunto.



soggettive la cui tutela è affidata, *ratione materiae*, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile»<sup>39</sup>.

Ci si trova, quindi, dinanzi ad una giurisprudenza costituzionale che poggia sugli argomenti di Crisafulli in tema di *attuazione della Costituzione* e, che ha come effetto quello di determinare più precisamente quale sia l'esatta ampiezza della riserva di legge di cui all'articolo 103 Cost.

In altre parole, la Corte costituzionale ha riempito di significato normativo il concetto di controllo contabile alla luce del nuovo testo dell'articolo 97 Cost.

Al contempo, si è prodotta così l'espansione della portata pratica, applicativa, della richiamata tesi sulle funzioni pubbliche neutrali e sul concetto di funzione di garanzia, che si riflette sulla Corte dei conti e sull'accesso al giudizio in via incidentale.

Ciò si realizza, nella giurisprudenza costituzionale, accertando la "strutturale" – perché imposta dall'attuale quadro costituzionale – imputazione alla Corte dei conti di una platea di attribuzioni in tema di controlli sugli enti territoriali che vedono *la necessaria* integrazione fra giurisdizione e controllo in modo da svelare anche un significato diverso da attribuire alla funzione ausiliaria nel diritto costituzionale<sup>40</sup>.

La Corte costituzionale, come si è detto, fa leva, poi, sulla pregressa giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione delle nozioni di *giudice* e di *giudizio* "ai limitati fini" del controllo di costituzionalità delle leggi<sup>41</sup>.

Qui l'applicazione dei *test* sulla natura giurisdizionale di una attribuzione e sulla posizione del soggetto che la esercita, nel senso già prospettato da Sandulli, ossia non al fine di individuare una nozione unitaria di giudice e giudizio, ma per individuare fra i soggetti che danno applicazione alla legge, gli organi che esercitano attribuzioni di *garanzia, neutrali, pubbliche* e che hanno dunque il potere di instaurare un dialogo con il giudice delle leggi per contribuire a realizzare, appunto, il principio di legittimità costituzionale.

Rispetto ai parametri costituzionali rilevanti in materia di bilancio e contabilità pubblica il principio di legittimità costituzionale investe una disciplina – quella del bilancio e della contabilità pubblica – «ove sono custoditi interessi costituzionalmente rilevanti, sia adespoti (e quindi di difficile giustiziabilità), sia inerenti alle specifiche situazioni soggettive la cui tutela è affidata, *ratione materiae*, alla giurisdizione a istanza di parte della magistratura contabile»<sup>42</sup>.

In questo passaggio, proprio in risposta alla struttura della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice contabile, nella parte in cui si analizza la nozione di giudice e di giudizio, il Giudice costituzionale coglie un problema fondamentale: giudice e giudizio, nella giustizia costituzionale italiana, non possono essere soltanto definiti facendo leva su un unico paradigma, ma sono "organi" e "procedure" chiamati a rendere *giustiziabili* norme costituzionali che proteggono non soltanto situazioni giuridiche soggettive di rango costituzionale definite poi in modo puntuale dalla legge, che ne individua i titolari, ma anche beni e interessi di rilevanza costituzionale che non presentano il carattere di poter essere "attribuiti" alla titolarità di soggetti determinati.

---

<sup>39</sup> La disciplina recata dal legislatore cui si riferisce la Corte cost. è costituita dagli artt. 11 comma 6, lett. a) ed e), e 172 ss. del d.lgs. n. 174 del 2016 e dall'art. 243-*quater*, comma 5, TUEL.

<sup>40</sup> Superando dunque quanto prospettato da G. CARBONE, *Art. 100*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (dir. da), *Commentario della Costituzione*, 64, spec. 97 ss.

<sup>41</sup> AA.VV. *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990; E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino, 2002.

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019, par. 3 *cons. in dir.* Sul tema F. SUCAMELI, *La "iurisdictio" contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione "domestica" del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 21/2017

Questo è un contributo importante rispetto alla ricostruzione della *topografia* delle sedi attraverso le quali si attivano i *controlli costituzionali* nel quadro normativo successivo alla revisione costituzionale del 2012.

Quella appena prospettata è la chiave di lettura delle due categorie concettuali della giustizia costituzionale italiana descritte dall'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e dall'art. 23 l. n. 87 del 1953 che più si lega alla prospettiva in cui il Giudice delle leggi viene chiamato a dar effetto al principio di legittimità costituzionale.

A cascata, ciò orienta l'interpretazione del concetto di *rilevanza* della questione, perché anch'esso strettamente collegato alle diversità di soggetti, forme e procedure nelle quali si svolge l'interpretazione della Costituzione e l'applicazione della legge<sup>43</sup>, ossia in cui *oggetto* e *parametro* di costituzionalità s'incontrano.

La revisione costituzionale del 2012 ed il principio di legittimità costituzionale si *riflettono* così, «sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni»<sup>44</sup> ed, in specie, sull'interpretazione del requisito della rilevanza nelle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei giudizi di parificazione<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> È noto che la pregressa giurisprudenza costituzionale aveva già ammesso, sul piano della legittimazione processuale, che la Corte dei conti potesse sollevare questioni di legittimità costituzionale nei giudizi di parificazione «in riferimento all'art. 81 della Costituzione [...] avverso tutte quelle disposizioni di legge che determinino effetti modificativi dell'articolazione del bilancio» (Corte cost., sent. n. 213 del 2008, par. 4 *cons. in dir.*) e Corte cost., sent. n. 142 del 1968. Sul punto, inizialmente molto critica gran parte della dottrina: si veda C. CHIMENTI, *Appunti sul rinvio delle leggi alla Corte costituzionale da parte della Corte dei conti in sede di parificazione*, in *Dem. dir.*, 1968, 51; V. ONIDA, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice "a quo" nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (con particolare riferimento alla Corte dei conti in sede di controllo*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 232 ss.; G. AMATO, *Invalidità delle leggi di bilancio e giudizio di parificazione*, in *Giur. cost.*, 1967, 782. In senso differente G. ANELLI, *Legittimazione della Corte dei conti a promuovere questioni di legittimità costituzionale in sede di registrazione di atti e in sede di parificazione di bilanci*, in *Foro amm.*, 1964, 63.

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. 196 del 2018, par. 2.1.2. *Considerato in diritto*.

<sup>45</sup> Le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei giudizi di parificazione possono essere distinte in questioni relative a norme di spesa (contenute nella legge di bilancio di previsione, di assestamento, di variazione del bilancio, di leggi recanti la provvista finanziaria per l'attuazione di misure definite in altre leggi) e questioni relative a norme di carattere ordinamentale (regole di contabilità pubblica; disciplina del controllo contabile), cfr. Corte cost., sent. n. 143 del 1968. Rispetto a queste ultime, è con la sentenza n. 244 del 1995 che la Corte costituzionale «ha cambiato il proprio indirizzo ed ha diversamente impostato il profilo della rilevanza, sostenendo che, a seguito del rilievo dato dalle riforme della contabilità pubblica al sistema dei saldi finanziari, il giudizio di parificazione deve operare anche il riscontro circa il rispetto di questi saldi, per cui diventa rilevante, ai fini del giudizio, l'eventuale incostituzionalità di leggi che incidano sulle grandezze che concorrono a formare tali saldi». A. BRANCASI, *La Corte costituzionale risolve un problema di veridicità dei conti in termini di violazione dell'obbligo della copertura finanziaria*, in *Le Regioni*, 2008, 976 ss., spec. 978. Paradigmatica la stessa sentenza n. 244 del 1995, par. 4 *considerato in diritto*, in cui ha riscontrato la carenza della rilevanza e parr. 5 e 6 per l'infondatezza; Corte cost., sent. n. 142 del 1968 in cui si dichiara la manifesta irrilevanza delle questioni sollevate nel giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato (e Corte cost., ord. n. 139 del 1969); Corte cost., sent. n. 143 del 1968 in cui invece venne dichiarata sussistente la rilevanza (ma la questione venne dichiarata poi non fondata); Corte cost., sent. n. 165 del 1963 in cui si dichiara l'ammissibilità della questione (sussistendone la rilevanza) ma non la fondatezza. Tuttavia, per rintracciare una decisione di accoglimento su norme di spesa bisognerà attendere la sentenza n. 213 del 2008. Qui, rispetto al parametro di costituzionalità, va sottolineato che si dichiara la fondatezza delle censure prospettate con riferimento all'art. 81, comma 4, Cost. mosse rispetto a norme di spesa, mentre risultano inammissibili per difetto di rilevanza le censure spiegate avverso disposizioni di carattere ordinamentale che deducevano la violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. unitamente all'art. 8, comma 4, Cost. Nelle argomentazioni della Corte non compare, però, il tema dell'ausiliarietà e le argomentazioni in punto di ammissibilità sono centrate sul concetto di applicazione della legge nei giudizi di parificazione e sulla natura delle parifiche regionali. A commento della sentenza anche G. D'AURIA, *Questioni sulla copertura finanziaria delle leggi regionali*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 591 ss.; S. SCAGLIARINI, *La "finanza creativa" e i suoi limiti: un opportuno intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2008, 2667 ss.

La prima premessa logica da cui si muove è dunque che l'attuale quadro ordinamentale presenta una platea di norme di rango costituzionale – che pongono il principio dell'equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico per Stato, Regioni e Pubblica amministrazione – che si traducono in una rete di vincoli per il legislatore regionale differente rispetto a quanto disponeva il precedente articolo 81 Cost.

Ciò ha un effetto immediato sul tipo di controllo che la Corte dei conti svolge nei giudizi di parificazione dei rendiconti regionali<sup>46</sup>, poiché in tale sede sarà necessario valutare se la Regione mancato di osservare norme sulla *spesa*, determinando così «un aumento della spesa che non trova giustificazione nell'ordinamento giuridico. E non solo in termini di tetti di spesa e limiti alla stessa, ma anche in termini di *violazione di procedure mediante le quali si persegue, comunque, la corretta determinazione della spesa [...] e delle dinamiche alla stessa legate*»<sup>47</sup>.

In particolare, sarà «rilevante» una questione di costituzionalità che riguardi la violazione di norme costituzionali relative al riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni se tale violazione abbia «determinato una dinamica espansiva della spesa» regionale determinata dal mancato rispetto, da parte della Regione, appunto, delle *procedure* che miravano a sottoporre a «verifica, in termini di *an* e *quantum* [...] i presupposti» della spesa regionale<sup>48</sup>.

Il parametro di costituzionalità deducibile dal giudice contabile potrà eccedere quelli strettamente legati ai “vincoli” costituzionali di finanza pubblica. La peculiarità di questa questione di costituzionalità la si descrive – rispetto al parametro dedotto nell'ordinanza di rimessione – utilizzando il concetto della ridondanza: vi sarebbe un riflesso della violazione delle norme costituzionali sulle competenze legislative rispetto alla copertura delle poste di bilancio<sup>49</sup>.

Rispetto a tale problematica, ossia al controllo di costituzionalità su norme di spesa, allora si avverte la necessità di segnare la linea di confine fra discrezionalità legislativa e sindacato del Giudice delle leggi. Il confine sarà segnato operando una precisazione, in punto di rilevanza della questione: «il giudizio si presenta, pertanto, circoscritto dai parametri che attengono all'*an* della spesa, non al *quomodo* della stessa.

Deve dunque riconoscersi l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con l'ordinanza indicata in epigrafe, in ordine sia alla legittimazione dell'organo rimettente, sia alla rilevanza delle questioni proposte ai fini del giudizio principale»<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> La peculiarità delle questioni di costituzionalità consiste nella chiave di lettura offerta del presupposto della rilevanza e nei parametri di costituzionalità dedotti dal rimettente: le questioni, infatti, dichiarate poi fondate dalla Corte costituzionale presentavano come parametro disposizioni costituzionali sul riparto di competenze legislative Stato-Regioni (l'articolo 117, comma 2, lett. *l*) ed *o*) Cost.) che individuano le materie la competenza esclusiva statale in modo anche autonomo rispetto all'art. 81 Cost., unico parametro ritenuto invocabile dal giudice contabile nei giudizi di parificazione laddove, in passato, aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale delle leggi secondo la pregressa giurisprudenza costituzionale sull'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza. Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Liguria, ord. 27 dicembre 2017.

Ad identica conclusione la Corte costituzionale è giunta nelle sentenze n. 138 del 2019 e 146 del 2019.

<sup>47</sup> Corte dei conti, Sez. Reg. Controllo Liguria, ord., 62.

<sup>48</sup> Corte dei conti, Sez. Reg. Controllo Liguria, ord., 62.

<sup>49</sup> Corte cost., sent. n. 196 del 2018, par. 3 *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto): «Pertanto, la denunciata violazione della sfera di competenza legislativa statale *ridonderebbe* – stante la già evidenziata connessione e la peculiarità della fattispecie – in una violazione del principio di cui all'art. 81, quarto comma, Cost., in quanto l'illegittima istituzione del ruolo della vice-dirigenza regionale ha determinato un incremento della spesa regionale, connessa al pagamento delle indennità di vice-dirigenza, la

cui copertura è stata illegittimamente individuata nella destinazione a tale fine dell'aumento del Fondo per il trattamento accessorio del personale regionale, in contrasto con la contrattazione collettiva nazionale di comparto. 3.1. – Le questioni sono fondate.».

<sup>50</sup> Corte cost., sent. n. 196 del 2018, par. 2.1. *Considerato in diritto*, ultimi due capoversi.

Questa precisazione, come è evidente, interviene rispetto a quanto affermato dal giudice rimettente sulle *procedure di verifica di an e quantum* della spesa regionale per rimarcare che, in effetti il giudice contabile riscontra – nella fattispecie – una violazione delle norme sulle competenze legislative in cui è assente la discrezionalità del legislatore e si può dunque entra nella sfera del sindacato di costituzionalità delle leggi, di competenza della Corte costituzionale. Il vizio da incompetenza legislativa, in altri termini, è un vizio che riguarda l'*an* dell'intervento del legislatore e che presenta caratteristiche tali da poter essere prospettato dal giudice contabile, nel giudizio di parificazione dei rendiconti, ed accertato dal Giudice delle leggi, senza tema di invasione del dominio del legislatore.

Il vizio d'incompetenza legislativa di norme ordinamentali collegate a norme di spesa determina, infatti, una *automatica ridondanza sui vincoli costituzionali di bilancio e determina la rilevanza della questione*, trattandosi, in casi di questo genere, di «spesa priva di copertura normativa, e quindi lesiva dell'art. 81, quarto comma, Cost.»<sup>51</sup> (art. 81, comma 3, Cost. nel testo successivo alla entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012)<sup>52</sup>.

Così la carenza assoluta di competenze legislative (nella specie, l'intervento del legislatore regionale in materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato) implica la corrispondente carenza della *prerogativa di allocare risorse*: «entro tali materie, non vi è intervento regionale produttivo di spesa che non si traduca immediatamente nell'alterazione dei criteri dettati dall'ordinamento ai fini della sana gestione della finanza pubblica allargata»<sup>53</sup>.

Il giudice contabile è dunque *naturalmente* chiamato ad interrogarsi sulla costituzionalità delle leggi nell'esercizio delle funzioni di controllo, in quanto è oggi un organo al servizio dello Stato-comunità<sup>54</sup> ed è in questo senso che va declinata la funzione di ausiliarità che gli attribuisce l'articolo 100 della Costituzione. Il passaggio logico ulteriore, è che la funzione di controllo (di legittimità-regolarità) è una funzione garanzia, nell'esercizio della quale assume rilievo anche la necessità di dare applicazione – e prevalenza – alle norme costituzionali, attraverso l'attività interpretativa e, in caso di contrasto insanabile per via interpretativa fra Costituzione e legge, è pure possibile attivare il controllo di costituzionalità. In ipotesi di controlli di legittimità-regolarità spettanti alla Corte dei conti la funzione di controllo è configurata, dal legislatore, in attuazione degli articoli 100 e 102 Cost., come funzione pubblica neutrale<sup>55</sup> e posta a servizio dello Stato-ordinamento<sup>56</sup>: essa assume rilevanza costituzionale.

#### 4. L'interpretazione delle revisioni della Costituzione finanziaria

La recente giurisprudenza costituzionale sul diritto del bilancio sembra dunque inverare quel paradigma di analisi giuridica secondo cui la Costituzione finanziaria va interpretata tenendo presente il «terreno storico e politico-giuridico in cui i precetti in questione sono sorti e si sono inseriti», per cogliere poi come essi «si innestano sul tronco di un sistema giuridico della spesa

---

<sup>51</sup> Corte cost., sent. n. 196 del 2018, par. 3.1. quart'ultimo capoverso.

<sup>52</sup> Nel vaglio di ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale, sollevate nei giudizi di parificazione dei rendiconti generali, la Corte costituzionale non assumerà un'accezione di rilevanza che la collega al concetto di applicabilità delle norme impugnate in giudizi cui è in discussione la struttura, la titolarità, l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive dei singoli o che la lega alla sussistenza dell'effetto della decisione d'incostituzionalità sulla condizione giuridica dei singoli, poiché questa particolare specie di questioni non presenta i "normali" caratteri dei casi concreti da cui originano, solitamente, le questioni di legittimità costituzionale.

<sup>53</sup> Corte cost., sent. n. 196 del 2018, par. 2.1.2. considerato in diritto, 3° capoverso.

<sup>54</sup> Espressione emersa nella giurisprudenza costituzionale a partire da Corte cost., sent. n. 29 del 1995.

<sup>55</sup> Corte cost., sent. n. 181 del 2015 (e conformemente Corte cost., sent. n. 89 del 2017).

<sup>56</sup> Corte cost., sentt. nn. 198 del 2012, 37 del 2011, 179 del 2007 e 267 del 2006.

pubblica che ha una lunga tradizione, e che tuttora è rimasto, nei suoi elementi fondamentali, immutato, e in parte anche di istituti e strumenti giuridici più o meno direttamente interferenti su quello stesso sistema della spesa pubblica, lontani ormai perfino dalle situazioni e dagli istituti in atto al momento, non remoto, in cui le norme in esame sono sorte»<sup>57</sup>.

Al contempo, si può dire che il rispetto dei fondamentali canoni d'interpretazione costituzionale che impongono di interpretare in modo conforme a costituzione anche norme prodotte con il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost.<sup>58</sup> hanno condotto a realizzare una crisi fra le revisioni della Costituzione finanziaria e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

La Corte costituzionale, dapprima nel giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi in via principale, ha affermato che il principio dinamico dell'equilibrio di bilancio trova le sue radici nell'originario testo dell'art. 81 Cost.

Tuttavia, tale principio, dopo la revisione costituzionale del 2012, «non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata (sentenza n. 1 del 1966), ma deve estendersi – attraverso un'ordinata programmazione delle transazioni finanziarie – alla prevenzione dei rischi di squilibrio, che derivano inevitabilmente dal progressivo sviluppo di situazioni debitorie generate dall'inerzia o dai ritardi dell'amministrazione»<sup>59</sup>.

Senza il giudizio in via incidentale, però, sarebbe stato più complesso – se non impossibile – realizzare un vero e proprio consolidamento dell'interpretazione conforme a costituzione della l. cost. n. 1 del 2012<sup>60</sup>.

Affermare il carattere *dinamico* del principio del *tendenziale* equilibrio di bilancio, ossia della *continua* ricerca dell'*armonico e simmetrico* bilanciamento fra risorse disponibili e spese *necessarie* al perseguimento di una finalità pubblica<sup>61</sup> nel giudizio in via principale può non essere sufficiente ad assicurarne la piena effettività in ragione delle peculiarità della via d'accesso in via principale.

La stessa Corte costituzionale avverte, infatti, che nel giudizio in via principale il tasso di politicità dei ricorsi, specialmente di quelli del Governo, in questa specifica materia, deve essere sterilizzato, pena il malfunzionamento del controllo costituzionale del rispetto dei parametri della Costituzione finanziaria<sup>62</sup>: senza l'accesso in via incidentale ed una attenzione particolare al buon funzionamento del giudizio in via principale c'è dunque la possibilità che si determini una zona d'ombra di giustizia costituzionale nel campo materiale disciplinato dalla Costituzione finanziaria.

Ecco, quindi, perché il Governo è riuscito sempre a far accogliere le censure di costituzionalità laddove ha richiamato le risultanze del controllo contabile effettuato dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, quasi che le censure in via principale in materia di violazione dell'equilibrio di bilancio debbano essere costruite dando piena prova dello stesso. Tale “piena prova” è stata fornita in quei giudizi in via principale in cui il ricorrente ha utilizzato le risultanze dei controlli già svolti dalla Corte dei conti come elemento fondamentale di *prova* della violazione degli articoli 81 e 97 Cost.<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, cit., 35.

<sup>58</sup> Quali quelli individuati da M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, relazione al Convegno “Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012”, Corte costituzionale 22 novembre 2013, al sito della Corte costituzionale, Convegni e Seminari, 4.1. ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it))

<sup>59</sup> Corte cost., sent. n. 250 del 2013.

<sup>60</sup> Corte cost., sentt. nn. 70 del 2012 e 250 del 2013.

<sup>61</sup> Corte cost., sent. n. 250 del 2013.

<sup>62</sup> Corte cost., sent. n. 107 del 2016.

<sup>63</sup> A partire da Corte cost., sentt. nn. 150 del 2013; 241 del 2013; 192 del 2012; 181 del 2015, per giungere sino a Corte cost., sent. n. 274 del 2017 e 49 del 2018. Si veda, peraltro, sul tema della “piena prova” della corrispondenza fra

La funzione di controllo della Corte dei conti è stata collocata, dalla giurisprudenza costituzionale resa nei giudizi in via principale, non più soltanto nel quadro degli istituti di garanzia propri dello Stato-comunità<sup>64</sup> ma anche dello Stato-ordinamento<sup>65</sup>.

La giurisprudenza costituzionale successiva alle revisioni del 2001 e del 2012, infatti, ha ribadito costantemente, sempre in sede di giudizio di costituzionalità delle leggi in via diretta, che la posizione costituzionale della Corte dei conti nell'esercizio delle funzioni di controllo sui bilanci ed i rendiconti è di "neutralità" e "di garanzia imparziale" della legalità costituzionale. Ciò ha delle implicazioni, secondo questa giurisprudenza costituzionale anche sulle interrelazioni fra controllo e giurisdizione contabile poiché i controlli contabili strumentali alla garanzia dell'equilibrio di bilancio non sono ascrivibili a forme di controllo collaborativo ma diventano parte del sistema di garanzie che mira ad assicurare effettività a norme costituzionali che compongono il diritto del bilancio<sup>66</sup>: come si è detto, i riflessi di questa giurisprudenza si colgono, innanzitutto, rispetto all'accesso al controllo di costituzionalità.

In realtà, ciò ha un effetto anche rispetto ai limiti che incontra il Legislatore nel conformare la disciplina sub-costituzionale che reca le regole di bilancio e di contabilità e, dunque, anche di quella dei controlli e dei giudizi contabili sui bilanci ed i rendiconti<sup>67</sup>.

In seguito all'entrata in vigore della revisione costituzionale del 2012 e della disciplina di attuazione della stessa, nelle pronunce rese nei giudizi sulle leggi in via diretta il Giudice costituzionale inizia dapprima a rilevare che i controlli sui bilanci degli enti territoriali (controlli di legittimità-regolarità) attribuiti dal legislatore alla Corte dei conti in attuazione del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio sono strumentali a rendere effettivo il rispetto degli «obblighi comunitari» e costituiscono esercizio della potestà legislativa statale in materia di coordinamento della finanza pubblica<sup>68</sup>.

Successivamente, il Giudice costituzionale ha individuato un nesso inscindibile fra equilibrio di bilancio e struttura degli ordinamenti democratico-rappresentativi: in alcune pronunce si afferma che il «mandato elettivo» ha per presupposto la «salvaguardia statica e dinamica degli equilibri finanziari»<sup>69</sup>.

La Corte dei conti, dunque, già qualificata come organo dello Stato-ordinamento posto a presidio degli equilibri finanziari, è titolare di attribuzioni di controllo ad essa affidate dal legislatore in attuazione del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio che sono strumentali a prevenire e a contrastare deviazioni dall'equilibrio statico e dinamico delle finanze pubbliche.

Ora, in virtù di tale posizione costituzionale, di riflesso, la Corte dei conti viene qualificata come organo di garanzia di una «esigenza sistemica unitaria dell'ordinamento», quella per cui vi è un nesso fra legame fiduciario (proprio del mandato elettorale e della rappresentanza) e corretto funzionamento dei processi di bilancio.

---

funzioni e risorse (per la garanzia dei LEP in questo caso, di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., la sentenza n. 197 del 2019 e l'ordinanza istruttoria riportata in calce a questa decisione.

<sup>64</sup> Corte cost., sentt. nn. 29 del 1995; 267 del 2006 (Corte cost., sent. n. 470 del 1997 è stata invece pronunciata in un giudizio in via incidentale).

<sup>65</sup> Corte cost., sentt. nn. 198 del 2012; 60 del 2013; 39 del 2014; 228 del 2017.

Sul tema si veda il contributo della giurisprudenza costituzionale sui giudizi di parificazione dei rendiconti, oggi estesi alle Regioni, analizzato da G. RIVOSECCHI, *La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 15/2019.

<sup>66</sup> Si veda specialmente Corte cost., sent. n. 228 del 2017.

<sup>67</sup> A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200, spec. 205-206.

<sup>68</sup> Corte cost., sentt. nn. 39 e 40 del 2014.

<sup>69</sup> Corte cost., sent. n. 228 del 2017 in riferimento ai controlli sui bilanci degli enti locali disciplinati dal titolo VIII del d.lgs. n. 267 del 2000.

Questa è una pagina importante della giurisprudenza costituzionale italiana, perché affronta un problema classico e cruciale che ha attraversato la struttura e l'evoluzione delle forme di governo ascrivibili al "modello" parlamentare dallo Stato liberale a quello di democrazia pluralista.

Nel diritto del bilancio proprio delle democrazie in cui il suffragio universale ha trasformato natura e forma della rappresentanza politica ci si è lungamente interrogati su come sia possibile assicurare la più ampia rappresentanza del "popolo" ed al contempo la responsabilità politica per le decisioni assunte da chi svolge il mandato elettorale in materia di prelievo fiscale ed uso delle risorse pubbliche.

Questo problema, che attraversa il diritto costituzionale europeo degli ultimi secoli, riemerge nella giurisprudenza costituzionale sulle leggi successivamente alla revisione costituzionale del 2012.

Nel giudizio in via principale la Corte costituzionale è stata sollecitata ad interrogarsi sul seguente *problema di diritto costituzionale*: quello di tracciare la *geografia del potere*<sup>70</sup>, anzi dei poteri, delle attribuzioni costituzionali, delle responsabilità nella Repubblica delle autonomie sull'uso delle risorse pubbliche onde evitare squilibri strutturali di bilancio.

Il giudice costituzionale ha così delineato, in questi anni, alcune coordinate di questa geografia dei poteri nel diritto del bilancio<sup>71</sup>.

In primo luogo, pur se con riferimento ad una disciplina relativa agli enti territoriali, è stato affermato che sussiste una «esigenza sistemica unitaria dell'ordinamento», quella per cui «il legame fiduciario che caratterizza il mandato elettorale e la rappresentanza democratica degli eletti» si interrompe nel caso di «mancata approvazione dei bilanci» e di «incuria del loro squilibrio strutturale»<sup>72</sup>.

In secondo luogo, al centro della geografia dei controlli sul bilancio è stata posta la Corte dei conti, qualificata come organo dello Stato-ordinamento. Il concetto di ausiliarietà della Corte dei conti subisce una dilatazione: essa, nell'esercizio della funzione di controllo sui bilanci, essendo chiamata a prevenire ed a contrastare la violazione dell'equilibrio di bilancio in senso statico e dinamico, svolge una funzione pubblica neutrale, di garanzia, sul duplice versante del rispetto dei vincoli europei di bilancio e del funzionamento del circuito della rappresentanza e della responsabilità politica.

Collocato in tale posizione, il Giudice contabile, a distanza di oltre quarant'anni dalla sentenza n. 226 del 1976, ha tentato nuovamente di utilizzare la via d'accesso incidentale, ma questa volta nell'esercizio della funzione di controllo sui rendiconti di Regioni ed i bilanci degli Enti locali<sup>73</sup>.

La giurisprudenza in via principale aveva infatti declinato un profilo inedito dell'ausiliarietà della Corte dei conti nel diritto costituzionale dello Stato-ordinamento del XXI secolo: se la Corte dei conti previene e contrasta la difformità dei bilanci rispetto dalle clausole costituzionali di apertura del nostro ordinamento al processo d'integrazione europea in materia di bilancio e svolge dei controlli

---

<sup>70</sup> Per richiamare il tema del XXXIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, tenutosi a Firenze nel 2018.

<sup>71</sup> C. FORTE, *Presentazione* a P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007, V ss.

<sup>72</sup> Corte cost., sent. n. 228 del 2017.

<sup>73</sup> Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Liguria, ord. 27 dicembre 2017, iscritta al n. 34/2018 Reg. ord. della Corte costituzionale, in *G.U.*, 1a Serie spec., n. 9 del 2018, 53; Corte dei conti - Sez. Regionale di controllo di Campania, ord. del 28 febbraio 2018, iscritta al nr. 70/2018, Reg. ord. della Corte costituzionale, in *G.U.*, 1a Serie spec., del 09/05/2018 n. 19, 17; Corte dei conti - Sez. Regionale di controllo per la Regione siciliana, ord. 11 maggio 2018, iscritta al nr. 132/2018 del Reg. ord., in *G.U.*, 1a Serie spec., del 3/10/2018 n. 39, 20. Corte dei conti sezioni riunite per la Regione autonoma Trentino Alto-Adige, ord. 8 agosto 2018 nn. 173 e 177 rispettivamente in *G.U.*, 1a Serie spec., del 12 dicembre 2018 n. 49, e in *G.U.*, 1a Serie spec., del 19 dicembre 2018 n. 50 del 2018, 43; Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Campania, ord. 8 ottobre 2018, iscritta al nr. 25/2019 del Reg. ord. della Corte costituzionale, in *G.U.*, 1a Serie spec., del 20/02/2019 n. 8, 81.

di legittimità-regularità volti ad evitare che gli organi della rappresentanza e coloro che svolgono il mandato rappresentativo non rispettino le regole costituzionali sul diritto del bilancio (cosiddetta *contabilità di mandato*)<sup>74</sup> essa svolge funzioni pubbliche neutrali di sicura rilevanza costituzionale e può essere qualificata come “giudice” ai fini dell’accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale.

Con queste pronunce la Corte costituzionale ha pure offerto una ricostruzione concettuale della contabilità di mandato ed ha consolidato l’interpretazione della riformata disciplina della Costituzione finanziaria secondo il canone dell’interpretazione conforme ai principi di struttura dell’ordinamento costituzionale.

Come è già accaduto, peraltro, in ogni momento in cui il legislatore ha dato avvio al processo di attuazione delle norme costituzionali, anche in questo caso sono stati fondamentali, nella risoluzione di questo interrogativo, il contributo della Corte costituzionale e dei giudici, in questo caso, dei giudici contabili<sup>75</sup>.

Peraltro, in seguito all’evoluzione del diritto costituzionale del bilancio e con riferimento alle norme poste dal Legislatore in seguito alle revisioni costituzionali del 2001 e del 2012, la Corte costituzionale è dovuta ritornare su un tema già in passato affrontato dalla dottrina: è possibile di identificare *leggi di attuazione* della Costituzione<sup>76</sup>? Più precisamente, si è dovuta soffermare sulla posizione che occupano nel sindacato di ragionevolezza le norme prodotte dal Legislatore laddove miri a dare attuazione alla Costituzione nel senso crisafulliano del termine.

In alcune pronunce della Corte costituzionale sul diritto del bilancio, le *norme di attuazione della Costituzione* sono divenute, per il Giudice delle leggi, *tertium comparationis* nel giudizio di ragionevolezza e, per il Legislatore, dei *paradigmi* di riferimento<sup>77</sup>.

##### 5. La Costituzione italiana come Costituzione trasformatrice: il bilancio come bene pubblico e la contabilità di mandato

Le norme giuridiche, ed in particolare quelle costituzionali ambiscono ad avere degli effetti di trasformazione della realtà in cui operano e, dunque, non sono *neutrali*, ma *prendono posizione* rispetto ad un dato ordine – non giuridico – inquadrato anche secondo le categorie concettuali proprie di altre scienze<sup>78</sup>, categorie che poi devono essere ulteriormente *tradotte* dall’interprete che è pure chiamato a valutarne la compatibilità con le norme di struttura del proprio

---

<sup>74</sup> A. CAROSI, *Il principio di trasparenza dei conti pubblici*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2018.

<sup>75</sup> Per tutti V. ONIDA, *L’attuazione della costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, IV, Milano, 1977, 501.

<sup>76</sup> V. CRISAFULLI, *Cinquant’anni di legislazione in Italia*, in *Dir. soc.*, 1982, 1, spec. 11-13, sulla distinzione fra *leggi di attuazione* e *leggi in attuazione* della Costituzione per cogliere in alcuni passaggi della giurisprudenza costituzionale come, anche rispetto al problema che qui ci si pone, si potranno isolare, all’interno del quadro legislativo, norme di legge *esecutive* di norme costituzionali e dirette a dar vita a istituti, organi, Enti che la Costituzione *dispone debbano esservi*. Ad esempio, questo è accaduto in modo molto evidente con riferimento alle norme costituzionali sui “diritti sociali”, sul tema si vedano, per tutti, le considerazioni e le ricostruzioni di A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, XI, 1989, *ad vocem* e di G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.

<sup>77</sup> Invero, forse in modo un po’ improprio, si rintraccia nella giurisprudenza costituzionale sul tema il ricorso al concetto di “legge organica” ora con riferimento alla l. n. 243 del 2012 (Corte cost., sentt. nn. 61 del 2018; 159 del 2016) – forse ancora rispetto a questa legge rinforzata, sostenibile – ora con riferimento al d.lgs. n. 118 del 2011; 49 del 2018), per cui sarebbe più corretto forse richiamare il concetto di paradigma normativo di riferimento.

<sup>78</sup> Il riferimento è alle considerazioni di Natalino Irti sull’ordine giuridico del mercato, in N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., 14.



ordinamento<sup>79</sup>. Le revisioni costituzionali del diritto del bilancio, in particolare quella del 2012, come si è ricordato, hanno riaperto la riflessione sul rapporto fra ordine giuridico-costituzionale ed ordine economico e, come si è detto, parte della dottrina ha ritenuto che fosse stata costituzionalizzata una precisa scelta di teoria economica e che ciò avrebbe comportato un insanabile conflitto con i principi di struttura dell'ordinamento costituzionale.

Si è visto che la giurisprudenza costituzionale italiana persegue un'altra via: quella dell'interpretazione conforme delle revisioni costituzionali ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale e che il sistema dei controlli contabili si va allineando in tale direzione.

Si tratta di una giurisprudenza costituzionale che va oltre il limite segnato dal principio di costituzionalità?

Per rispondere va considerata la matrice personalista della Costituzione italiana.

Prendendo spunto dalla distinzione fra costituzioni conservatrici e costituzioni trasformatrici<sup>80</sup>, è possibile ritenere che sia stata la natura trasformatrice della Costituzione italiana a consentire questo esito.

Cosa significa "natura trasformatrice della Costituzione"?

Una Costituzione è trasformatrice rispetto alla disciplina che reca dei diritti e delle libertà, posto che i diritti «sono strumenti pratici, con propositi concreti»<sup>81</sup> che compongono quella *parte* del diritto costituzionale che maggiormente riflette la pressione del cambiamento sociale: i diritti come istituzioni<sup>82</sup>.

La disciplina costituzionale dei diritti, che viene strutturata proprio per *superare* l'ordine preesistente deve essere interpretata coerentemente con tale finalità della stessa Costituzione.

In effetti, l'originaria matrice trasformatrice, che è propria della struttura della Costituzione italiana, ha animato il dibattito sulle tecniche di interpretazione ed applicazione che sono idonee a renderne effettive le norme<sup>83</sup>.

Di più, a distanza di oltre 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, e come è accaduto in altre esperienze costituzionali, il dibattito sull'interpretazione dei diritti costituzionali si snoda

---

<sup>79</sup> Il concetto di *traduzione* è utilizzato da T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, cit., 240 ss. per spiegare le "interruzioni di comunicazioni" interne alla "scienza normale" e, dunque, come avvengono le "rivoluzioni scientifiche" e, qui viene utilizzato per rappresentare il tipo di rapporto che può realizzarsi fra mondo del diritto e concetti di altre scienze.

<sup>80</sup> C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, New York, 2001, trad. it. *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, 2009, cap. 3, che muove da L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

<sup>81</sup> C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, cit., 105. Il concetto di costituzione trasformatrice è utilizzato con riferimento all'esperienza sudafricana (es. P. LANGA, *Transformative Constitutionalism*, 17 *Stellenbosch L. Rev.* 351 2006), ma non solo: M. HAILBRONNER, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, Issue 3, Sept. 2017, 527. In realtà questo approccio ricorda molto C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977.

<sup>82</sup> A. Barbera, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50.

<sup>83</sup> Rispetto alla matrice antifascista della Costituzione italiana e, dunque, alla natura trasformatrice della Costituzione del 1948 la letteratura è talmente sterminata da rendere impossibile una selezione della dottrina di riferimento. Basti pensare al volume che raccoglie i commenti agli articoli 1-12 del *Commentario alla Costituzione* diretto da BRANCA e PIZZORUSSO del 1975 (spec. A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, cit.; Id., *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 311 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004); cfr. pure il commento all'art. 22 Cost. nel medesimo *Commentario* scritto da U. DE SIERVO, *Art. 22*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978) Ma, si veda, soprattutto a cosa miravano V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; C. MORTATI, (voce) *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 214, M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 157; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

ancora lungo l'asse che oppone l'interpretazione originalista, quella che mira a custodire la "tradizione" e la critica al tradizionalismo, volta a rendere una interpretazione evolutiva dei diritti costituzionali<sup>84</sup>.

C'è chi ritiene che «quando le corti riflettono su ciò che richiede una Costituzione dovrebbero essere caute nel distruggere pratiche consolidate, ma anche che, a partire da questa semplice precauzione, il tradizionalismo ha poco da offrire a quanti riflettono su quale sia il contenuto appropriato dei diritti o il mandato costituzionale»<sup>85</sup>.

Così ci si chiede se una interpretazione letterale, ancorata alla ricerca di disposizioni di riferimento per rintracciare espressamente un principio o un diritto costituzionale sia quella più idonea ad assicurare piena effettività alla Costituzione perché la più adatta a rispettare il significato della Costituzione e la posizione della Corte costituzionale<sup>86</sup>.

Non è questa la sede per riflettere sulla validità generale di una affermazione di questo tipo, ma il passaggio prima citato indica la via da percorrere in un quadro costituzionale in cui si ritiene che vi sia uno stretto nesso fra organizzazione costituzionale, articolazione territoriale del potere politico e diritti<sup>87</sup> e che presenti una Costituzione scritta, rigida e garantita.

La premessa di fondo da cui si muove è che garanzia giurisdizionale della Costituzione ed attuazione costituzionale sono due *processi* differenti.

In tali condizioni di contesto, una revisione costituzionale che incide su aspetti dell'organizzazione costituzionale e sulla distribuzione del potere politico su diversi "livelli" di governo può determinare un effetto sulla struttura e l'effettività dei diritti costituzionali<sup>88</sup>. Questo effetto trasformatore non intaccherà comunque alcuni «"punti fermi" che non si possono rifiutare»<sup>89</sup> e che sono costituiti dai principi di struttura dell'ordinamento costituzionale, ma dovrà tener conto di come si trasforma l'organizzazione costituzionale e della presenza, nel testo costituzionale di una disciplina sui diritti rispetto alla quale sono stati spesi solidi argomenti per sostenere che è a fattispecie aperta<sup>90</sup>.

In particolare, nell'ordinamento costituzionale italiano assumono una valenza strategica nell'interpretazione costituzionale il principio di uguaglianza-ragionevolezza ed il principio personalista nel duplice versante della tutela costituzionale dei diritti inviolabili e della garanzia dell'effettivo rispetto del dovere costituzionale di solidarietà politica, economica e sociale (articoli 2 e 3 Cost.)<sup>91</sup>.

La Corte costituzionale italiana è stata impegnata nell'offrire una interpretazione della revisione costituzionale del 2012 che ha prestato attenzione alla matrice trasformativa della esperienza costituzionale repubblicana<sup>92</sup> ed a questo stretto nesso fra organizzazione costituzionale,

---

<sup>84</sup> Si richiamano ancora, nella dottrina statunitense, le belle pagine di C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, cit., cap. III e le belle pagine di J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge – London, 2011.

<sup>85</sup> C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, cit., 97-98.

<sup>86</sup> Sul tema, rispetto a Corte cost., sent. n. 18 del 2019, M. PIERONI, *Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 2019*, in *Riv. Corte conti*, 1/2019, 220 ss.

<sup>87</sup> Per tutti, le considerazioni di C. MORTATI, (voce) *Costituzione della Repubblica italiana*, cit.

<sup>88</sup> Basta ricordare il dibattito seguito alla revisione costituzionale del 2001 rispetto alla disposizione di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., su cui, per tutti A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1064.

<sup>89</sup> C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy*, cit., 108. Sui limiti alla revisione costituzionale in Italia C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, 322.

<sup>90</sup> A. BARBERA, *Art. 2*, cit.

<sup>91</sup> Sui doveri costituzionali, in generale si rinvia a G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1964.

<sup>92</sup> Peraltro, messa in luce chiaramente già all'indomani dell'entrata in vigore della revisione costituzionale da M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit.

distribuzione del potere politico su vari livelli di governo e principi costituzionali di uguaglianza-ragionevolezza e personalista<sup>93</sup>.

Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi è stato volto ad assicurare la proporzione fra funzioni pubbliche strumentali alla tutela dei diritti costituzionali e risorse ad esse destinate, secondo il dovere di solidarietà, e in questo contesto si renderà una valutazione della costituzionalità del diritto del bilancio e della contabilità pubblica<sup>94</sup> e, dunque, *prendendo posizione* anche sulla *posizione presa dal Legislatore* laddove ha scelto di *normare* in materia di contabilità e bilancio utilizzando categorie e concetti propri della scienza economica<sup>95</sup>, proprio al fine di assicurare effettività ai principi di struttura dell'ordinamento costituzionale.

Più precisamente, il Giudice costituzionale, su impulso dei rimettenti ha elaborato una giurisprudenza sulla *contabilità di mandato* (Corte cost., sent. n. 18 del 2019)<sup>96</sup>.

La contabilità di mandato costituisce il precipitato di una interpretazione costituzionale attenta ai principi di struttura dell'ordinamento costituzionale e alla crasi fra questi e quelli introdotti con le revisioni costituzionali del 2001 e del 2012.

Il principio democratico, nel modello della democrazia rappresentativa, che è un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano (articoli 1 e 139 Cost.), impone la definizione di meccanismi di attribuzione della responsabilità politica ai titolari di cariche *elettive* e di *governo* degli Enti territoriali, e deve essere oggi posto accanto al principio dell'equilibrio di bilancio.

D'altro canto, le disposizioni costituzionali sull'equilibrio di bilancio (articoli 81, 97 comma 1, e 119 Cost.) vanno collocate accanto ad un altro principio supremo: il principio di uguaglianza nella declinazione di cui al comma 2 dell'articolo 3 Cost. e i doveri di solidarietà di cui all'articolo 2 Cost., per tale ragione, va ad esse attribuito il significato di principio dell'*equilibrio dinamico* di bilancio (e non di principio del *pareggio formale* di bilancio)<sup>97</sup>.

La sintesi fra i due principi, democratico e di equilibrio di bilancio, sotto il profilo della responsabilità politica, determina una declinazione nel senso della trasparenza dei bilanci pubblici e come principio di *responsabilità intergenerazionale ed intra-generazionale*<sup>98</sup>.

Tale prospettiva ermeneutica era già emersa nella giurisprudenza costituzionale recente e, specialmente, nella sentenza n. 6 del 2017, le cui argomentazioni si pongono come premessa logica e giuridica rispetto alla sentenza n. 18 del 2019.

Nella sentenza n. 6 del 2017, infatti, rispetto al "disavanzo tecnico" la Corte costituzionale affermò che, sul piano del giudizio di ragionevolezza, quella eccezione alla regola dell'equilibrio dinamico di bilancio, era giustificabile e di stretta interpretazione, ma che: «[f]erma restando la discrezionalità del legislatore nello scegliere i criteri e le modalità per porre riparo a situazioni di emergenza finanziaria come quelle afferenti ai disavanzi sommersi, non può non essere sottolineata la problematicità di soluzioni normative, mutevoli e variegate come quelle precedentemente descritte, le quali prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali lunghi e differenziati,

---

<sup>93</sup> Si veda G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 3/2018.

<sup>94</sup> Sul punto A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2017.

<sup>95</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 105 del 2019. L'uso della espressione "prendendo posizione" rimanda alle già richiamate considerazioni di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, loc. ult. cit.

<sup>96</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 184 del 2016 e 228 del 2017.

<sup>97</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019, par. 5 *considerato in diritto*.

<sup>98</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019, parr. 5.2, 5.3 e 6 *considerato in diritto*. Il tema è emerso di recente nella dottrina italiana. Si veda per tutti R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008. Rispetto alla revisione costituzionale del 2012, si veda N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Note sparse*, in *Amministrazione In Cammino* (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>), 25.05.2011.

ben oltre il ciclo di bilancio ordinario, con possibili ricadute negative anche in termini di equità intergenerazionale (in senso conforme, sentenza n. 107 del 2016)»<sup>99</sup>.

Entrambi i principi (equilibrio dinamico di bilancio e responsabilità politica) trovano la loro sintesi nel concetto del *bilancio come bene pubblico*. Il bilancio degli enti territoriali, in particolare, è funzionale a «sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato»<sup>100</sup>.

Da qui l'esigenza che le norme che disciplinano il bilancio e la contabilità pubblica siano sottoposte ad un peculiare controllo di ragionevolezza, necessario per rendere effettivi i citati principi costituzionali (democratico, sotto il profilo della responsabilità politica, e dell'equilibrio dinamico di bilancio).

Dunque, rispetto alla responsabilità politica, la disciplina sub-costituzionale deve assicurare la trasparenza dei bilanci e dei conti pubblici<sup>101</sup>; rispetto all'equilibrio dinamico di bilancio, deve assicurare, in particolare, la *sana gestione finanziaria e contabile*<sup>102</sup>, sana ossia mirata alla «continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche»<sup>103</sup>.

Ecco, dunque che lo scrutinio di costituzionalità della disciplina di rango sub-costituzionale va condotto utilizzando – seppur in modo non espresso, ma evidente – il giudizio di ragionevolezza, per assicurare coerenza interna alle norme sul bilancio e di contabilità pubblica<sup>104</sup>.

Dopo l'individuazione dei parametri costituzionali di riferimento, definiti nella giurisprudenza costituzionale sull'equilibrio di bilancio come «clausole generali», si scenderà quindi sul livello legislativo per *colpire* «l'antinomia di norme asistematiche»<sup>105</sup> rispetto alle norme di attuazione dei principi costituzionali che definiscono «l'ordinario regime» mediante il quale le «clausole generali» sono «in grado di operare»<sup>106</sup>.

Cosa significa tutto questo se non collocare in modo coerente con i principi di struttura dell'ordinamento costituzionale (quello democratico, in particolare), la revisione costituzionale del 2012? Attraverso la giurisprudenza costituzionale sulla contabilità di mandato – e quindi sul bilancio come bene pubblico – si offre una risposta ai timori di Costantino Mortati sulla funzionalità della parte *organizzativa* della Costituzione italiana rispetto alla parte che riconosceva e garantiva i diritti. Il diritto costituzionale sul bilancio e la contabilità pubblica, nella giurisprudenza costituzionale recente si fa strumento di realizzazione della responsabilità politica.

Saranno necessarie, tuttavia, ulteriori riflessioni, sull'analisi degli effetti delle decisioni della Corte costituzionale in materia di bilancio e contabilità pubblica e del seguito della giurisprudenza costituzionale sul bilancio come bene pubblico e la contabilità di mandato, data la «naturale» irretroattività degli effetti di tali pronunce<sup>107</sup> e l'*impatto* delle stesse sugli equilibri di bilancio<sup>108</sup>.

---

<sup>99</sup> Corte cost. n. 6 del 2017, par. 5 *considerato in diritto*, ultimo capoverso.

<sup>100</sup> Corte cost., sent. n. 184 del 2016.

<sup>101</sup> A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, cit.

<sup>102</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019 che richiama Corte cost., sentt. nn. 184 del 2016 e 192 del 2012.

<sup>103</sup> Corte cost., sentt. nn. 250 del 2013, 6 del 2017. Da ultimo, sul principio di proporzione fra risorse e funzioni Corte cost., sent. n. 6 del 2019.

<sup>104</sup> Cfr. L. PALADIN, (voce) *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento I*, Milano, 1997, 898 ss.; J. LUTHER, (voce) *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1997, XII, 341.

<sup>105</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019, par. 5.1 *cons. in diritto*, ultimo capoverso.

<sup>106</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 2019, par. 5.1 *cons. in diritto*, ultimo capoverso.

<sup>107</sup> Così, Corte cost., sent. n. 4 del 2020.

<sup>108</sup> Ancora, Corte cost., sent. n. 4 del 2020.

**GUIDO RIVOSECCHI**  
**Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali**

SOMMARIO: 1. Finanza pubblica e giustizia costituzionale: dall'indifferenza all'interferenza. – 2. L'incidenza del "fatto" economico-finanziario sulle decisioni della Corte costituzionale. – 3. Poteri istruttori della Corte e valutazione di impatto finanziario. – 4. Il rilievo assunto dall'equilibrio di bilancio in motivazione: la progressiva riduzione dell'area della c.d. discrezionalità del legislatore. – 5. *Segue*: decisioni a contenuto finanziario e tutela dei diritti sociali. – 6. La valutazione di impatto finanziario nel *decisum*. – 7. Risorse finanziarie, diritti e giustizia costituzionale.

1. *Finanza pubblica e giustizia costituzionale: dall'indifferenza all'interferenza*

In origine, il piano della giustizia costituzionale era tenuto distinto da quello della finanza pubblica per diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, la decisione di bilancio costituisce la più tecnica ma, al contempo, la più *politica* delle decisioni legislative in quanto espressione del ruolo costituzionalmente assegnato al Parlamento nella decisione sulle scelte impositive, allocative e redistributive. Tutto ciò ha indotto a lasciare largo spazio alla discrezionalità del legislatore, tanto che si è originariamente dubitato che la legge di bilancio potesse essere sottoposta al sindacato di costituzionalità.

In secondo luogo, non sussiste alcun nesso immediato e diretto tra giustizia costituzionale e compatibilità finanziarie perché uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto, ancora prima che dello Stato costituzionale, è ravvisabile nella pari ordinazione tra cittadini e Stato, sicché l'argomento dell'equilibrio finanziario non può essere opposto ai terzi per limitarne i diritti<sup>1</sup>. Ne consegue che le compatibilità finanziarie non possono essere poste in bilanciamento né dal legislatore né dalla Corte costituzionale con i diritti fondamentali perché si tratta di entità disomogenee<sup>2</sup>: il fine ultimo del soddisfacimento dei diritti non può essere collocato sullo stesso piano dei mezzi delle risorse finanziarie necessarie a conseguirlo<sup>3</sup>.

In terzo luogo, deve essere ricordato che il precetto dell'equilibrio di bilancio non si applica alle sentenze della Corte costituzionale. A tale conclusione si giunge muovendo da argomenti testuali e logico-sistematici perché l'art. 81 Cost. è riferito agli organi politici, come indica anche la *sedes materiae* prescelta (Titolo I, Sezione II, «La formazione delle leggi»), mentre le decisioni della Corte rimangono quelle di un giudice. Al Parlamento e al Governo è imposto l'obbligo di garantire la copertura delle leggi *ex ante*, assicurando, cioè, l'adeguata quantificazione e il conseguente finanziamento degli oneri necessari contestualmente all'atto del disporre<sup>4</sup>. Di ciò è sempre stato ben consapevole lo stesso legislatore, atteso che nella legge di contabilità è sempre stata prevista una norma rivolta a prevedere che Governo e Parlamento adottino le misure necessarie per

---

<sup>1</sup> In questo senso, A. PIZZORUSSO, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 254 ss.

<sup>2</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 250.

<sup>3</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, Cedam, 1995, 126, per la nota tesi del «bilanciamento ineguale», secondo la quale l'efficienza economica deve recedere di fronte ai diritti, sia pure nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

<sup>4</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Milano, Giuffrè, 1993, 58; A. PIZZORUSSO, *Intervento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 348 s.

fronteggiare le sentenze onerose<sup>5</sup>. In prospettiva non dissimile, la legge n. 87 del 1953, sulla costituzione e sul funzionamento della Corte, e i regolamenti parlamentari hanno previsto una specifica disciplina orientata ad assicurare il “seguito” in Parlamento alle sentenze della Corte costituzionale per assicurare gli adempimenti necessari<sup>6</sup>, e, presumibilmente, fronteggiare anche i conseguenti oneri finanziari.

Questi argomenti, alle origini dello Stato costituzionale, rimangono ancora validi, anche se da tempo il legislatore e la stessa Corte costituzionale si sono dovuti misurare con la «riserva del possibile e del ragionevole»<sup>7</sup>, con il piano, cioè, dell'organizzazione e della disponibilità dei mezzi di provvista di cui occorre tenere conto in sede di bilanciamento<sup>8</sup>. La disponibilità delle risorse, quindi, condiziona le scelte legislative che devono essere graduate in relazione agli altri valori costituzionalmente protetti<sup>9</sup>.

Oggi, ad esempio, si può riconoscere che, anche ammettendo che l'art. 81 Cost. non sia rivolto alle sue pronunce, la Corte è chiamata a tenere conto non soltanto dell'esattezza della quantificazione degli oneri finanziari delle leggi a fini di copertura, ma anche delle compatibilità finanziarie, come già osservato da Pasquale Costanzo<sup>10</sup>. Il Giudice delle leggi è infatti tenuto a tutelare il principio di costituzionalità nella sua interezza, ivi incluso il precetto dell'equilibrio di bilancio introdotto dalla legge costituzionale n. 1 del 2012. In altre parole, la Corte deve garantire una tutela sistemica dei diversi principi costituzionali che si trovano tra loro in rapporto di integrazione reciproca, dovendo in essi necessariamente includere gli artt. 81, 97, comma 1, e 119, comma 1, Cost. che richiamano *tutti* gli enti e le amministrazioni pubbliche a garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche<sup>11</sup>. Ciò significa che l'esigenza di garantire i diritti a prestazione

---

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 7, comma 7, della legge n. 362 del 1988, il quale già rimetteva agli organi politici le misure da adottare in caso di sentenze onerose; principio ora previsto dall'art. 17, comma 13, della legge n. 196 del 2009, che così dispone: «Il Ministro dell'economia e delle finanze allorché riscontri che l'attuazione di leggi rechi pregiudizio al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, assume tempestivamente le conseguenti iniziative legislative al fine di assicurare il rispetto dell'articolo 81, comma 4, della Costituzione. *La medesima procedura è applicata in caso di sentenze definitive di organi giurisdizionali e della Corte costituzionale recanti interpretazioni della normativa vigente suscettibili di determinare maggiori oneri*, fermo restando quanto disposto in materia di personale dall'articolo 61 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» (cors. ns.). Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in Corte costituzionale, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano, Giuffrè, 2014, 46; nonché V. FERRANTE, *La Corte costituzionale e le questioni con rilevanza economica*, in *La Corte costituzionale e l'economia*, Atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti, giuristi, a cura di M. Massa, Milano, Vita e Pensiero, 2018, 56 s.

<sup>6</sup> Cfr. l'art. 30, comma 2, della legge n. 87 del 1953 e gli artt. 108 reg. Cam. e 139 reg. Sen.

<sup>7</sup> A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, XI, Roma, 1989, 30 ss.

<sup>8</sup> Al riguardo, significativo, in tema di tutela del diritto alla salute, il passaggio dalla sent. n. 992 del 1988, secondo la quale è illegittima l'esclusione di qualsiasi prestazione, trattandosi di valore primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela alla sent. n. 455 del 1990 secondo la quale il diritto ad essere curato si configura come diritto a prestazione la cui attuazione richiede gradualità nei limiti delle disponibilità di bilancio, sotto la «riserva del possibile», fermo restando il controllo della Corte costituzionale sul bilanciamento realizzato dal legislatore.

<sup>9</sup> Cfr., tra le tante, sentt. n. 455 del 1990; n. 240 del 1994; n. 245 del 1997; n. 203 del 2016, punto n. 8 del “Considerato in diritto”; n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del “Considerato in diritto”.

<sup>10</sup> P. COSTANZO, *La copertura finanziaria delle leggi nel network delle giurisdizioni*, in *Rass. parl.*, 2007, 105 ss.

<sup>11</sup> In linea generale, cfr., in particolare, sentt. n. 264 del 2012, punto 5.4 del “Considerato in diritto”; n. 85 del 2013, punto n. 9 del “Considerato in diritto”. In specifico riferimento all'art. 81 Cost., cfr. sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016, ove la Corte, riprendendo quanto affermato nella sent. n. 260 del 1990, ha affermato che «nella materia finanziaria non esiste “un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi. Al contrario, ritenere che [il sindacato sulla materia] sia riconosciuto in Costituzione non può avere altro significato che affermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali, [cosicché] non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio [...] o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa

deve prevalere sull'equilibrio di bilancio, ma, come più volte precisato dalla Corte, essa è condizionata dalle scelte attuative del legislatore attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato con gli altri interessi costituzionalmente apprezzabili, tenuto conto dei limiti oggettivi in relazione alle disponibilità organizzative e finanziarie; scelte in ogni caso sindacabili secondo canoni di ragionevolezza e di proporzionalità<sup>12</sup>.

Per lo stesso ordine di ragioni l'equilibrio di bilancio può assumere rilievo nelle pronunce dei Giudici costituzionali che sono condizionate dalle ripercussioni finanziarie quando queste ultime rischiano di pregiudicare la sostenibilità nel tempo dei diritti stessi<sup>13</sup>. Non è facile, però, comprendere fino a che punto l'argomento da ultimo richiamato possa espandersi sino a limitare l'effettività della tutela dei diritti costituzionali e sino a che punto la Corte possa conseguentemente richiamarlo per arricchire il proprio strumentario decisionale. È presumibile che esso debba riferirsi alla sostenibilità nel tempo dei diritti delle generazioni *presenti* poiché l'ordinamento non conosce forme di responsabilità giuridica intergenerazionale, sicché i c.d. diritti delle generazioni future non possono entrare nel giudizio di bilanciamento con quelli delle generazioni presenti, trattandosi di entità eterogenee (i secondi certi, i primi indefinibili e indeterminati)<sup>14</sup>.

In prima approssimazione, possiamo distinguere alcune ipotesi in cui la "dimensione" finanziaria entra nel giudizio di costituzionalità: anzitutto quando il giudizio è in vario modo "condizionato" da elementi economico-finanziari presupposti alla decisione, intesi quali "fatti notori", volendo utilizzare una categoria processual-civiltistica. Basti pensare all'andamento del tasso di inflazione, che costituisce elemento presupposto alle decisioni sulle questioni inerenti ai trattamenti salariali o pensionistici, o alla perdurante crisi economico-finanziaria, argomento più volte richiamato nelle sentenze degli ultimi anni per giustificare l'estensione delle misure di coordinamento finanziario o incursioni del legislatore statale in materie di competenza regionale, pur avendo la Corte più volte affermato che Governo e Parlamento devono affrontare la crisi economica senza alterare l'ordine costituzionale delle competenze<sup>15</sup>.

In realtà, l'emergenza economica entra come elemento presupposto in molte decisioni della Corte spesso orientandone il "verso": si pensi alle numerose pronunce di non fondatezza aventi ad oggetto i frequenti e corposi provvedimenti legislativi di contenimento della spesa pubblica che discendono dal diritto dell'Unione europea.

Infine, la più evidente forma di incidenza dell'equilibrio di bilancio sulle decisioni della Corte costituzionale si esplica nei poteri di differimento nel tempo della declaratoria di incostituzionalità

---

essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale" (sentenza n. 260 del 1990; in senso sostanzialmente conforme sentenze n. 188 del 2015 e 70 del 2012)» (sent. n. 10 del 2016, punto n. 2 del "Considerato in diritto").

<sup>12</sup> Cfr. ancora sent. n. 455 del 1990, spec. punto n. 3 del "Considerato in diritto"; conformemente, tra le tante, sentt. n. 218, n. 240 e n. 304 del 1994; n. 245 del 1997; n. 27 del 1998; n. 200 del 2005; n. 203 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto"; n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del "Considerato in diritto".

<sup>13</sup> In questa prospettiva, per una recente lettura del principio di sostenibilità dei diritti, cfr. D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*, spec. 197 ss. Per una prima affermazione della responsabilità giuridica intergenerazionale, cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, FrancoAngeli, 2008; nonché i contributi contenuti nel volume *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco – A. D'Aloia, Napoli, Jovene, 2008.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 145 ss. Altro conto è impostare il tema della sostenibilità finanziaria nel tempo dei diritti in termini di doveri delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future, come si desume da recenti spunti della giurisprudenza costituzionale: cfr., in particolare, sentt. n. 88 del 2014, punto n. 7.2 del "Considerato in diritto" e n. 18 del 2019, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto"; n. 115 del 2020, punti n. 7, 7.1 e 8 del "Considerato in diritto".

<sup>15</sup> Tra le tante, cfr. sentt. n. 148 del 2012, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 151 del 2012, punto n. 4 del "Considerato in diritto"; n. 99 del 2014, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

al fine di preservare le compatibilità finanziarie. Si tratta di un tema a cui Pasquale Costanzo aveva già dedicato alcuni contributi, sottolineando, ad esempio, i profili problematici delle pronunce c.d. additive di prestazione che, nel ristabilire i valori costituzionalmente imposti, «non consentono di raggiungere, incondizionatamente nel tempo, un risultato che importi nuove o maggiori spese, senza vulnerare l'art. 81 Cost., stante la mancanza di una corrispondente determinazione da parte del legislatore», o, ancora, per altro verso, l'esigenza di «impedire che migliaia di processi in materia tributaria fossero caducati retroattivamente» per effetto di decisioni di accoglimento<sup>16</sup>. Proprio in relazione a quest'ultimo ordine di preoccupazioni risponde, come si vedrà meglio appresso, la sent. n. 10 del 2015 che, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'addizionale all'imposta sul reddito delle società che operano nel settore petrolifero, richiama l'art. 81 Cost. – non evocato a parametro nel giudizio definito dalla sentenza citata – per rimodulare gli effetti della pronuncia sino al punto di estendere la clausola di irretroattività al giudizio *a quo*. Tale decisione rappresenta il punto di massima estensione dei condizionamenti che può esercitare il precetto dell'equilibrio di bilancio sulle pronunce della Corte costituzionale che, pur di minimizzare l'impatto finanziario, è arrivata a rescindere il legame tra giudizio di costituzionalità e processo principale. Sicché oggi può dirsi che, sia pure in alcuni casi limite, le compatibilità finanziarie finiscono per interferire con la giustizia costituzionale.

## 2. L'incidenza del "fatto" economico-finanziario sulle decisioni della Corte costituzionale

Un altro dei punti di ricaduta più significativi dell'erompere del "fatto" economico-finanziario sulle decisioni della Corte è rappresentato dall'ord. n. 17 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto tra poteri sollevato da un gruppo parlamentare di opposizione in relazione alla posizione della questione di fiducia sul maxi-emendamento del Governo con cui il Senato della Repubblica ha approvato il disegno di legge di bilancio per il 2019.

In disparte ogni considerazione circa gli argomenti addotti per negare che sussistessero i requisiti sotto il profilo oggettivo ai fini dell'ammissibilità del conflitto, per quanto qui rileva la Corte ha affermato che la riduzione dei tempi dell'esame parlamentare, effetto della necessità di rideterminare i saldi complessivi della manovra economico-finanziaria a seguito della «lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea», non integrasse «quelle violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari che assurgono a requisiti di ammissibilità»<sup>17</sup>. In altre parole: l'elemento "presupposto" alla decisione, costituito dagli obblighi finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea<sup>18</sup>, determina l'esigenza di modificare i contenuti della manovra sotto la «pressione del tempo», per riprendere le parole della Corte, e implica, conseguentemente, «un'ampia modificazione del disegno di legge [di bilancio] iniziale» e la compressione dell'*iter legis*<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Così, P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1989*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1991, 81 (cui appartengono le espressioni virgolettate).

<sup>17</sup> Ord. n. 17 del 2019, punti n. 4.4 e n. 4.5 del "Considerato in diritto".

<sup>18</sup> In questa prospettiva, sui rischi di una decisione caducatoria della legge di bilancio, cfr. E. Rossi, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio* (21 febbraio 2019), in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), spec. 2.

<sup>19</sup> Criticamente, sul punto, F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 4/2019, spec. 4 s., il quale pone in rilievo «le contraddizioni dell'ordinanza stessa, stretta tra la necessità di stigmatizzare la prassi dei maxi-emendamenti proposti insieme con la questione di fiducia e la necessità di non mettere in crisi il delicato equilibrio politico-finanziario in cui si era sviluppata la manovra del 2019»; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli*



Analogamente, l'ord. n. 80 del 2020, con la quale sono stati dichiarati inammissibili i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati da tre gruppi parlamentari di opposizione avverso la legge di bilancio per il 2020 e il relativo *iter* di approvazione, sotto la spinta del "fatto" economico-finanziario e della salvaguardia delle compatibilità finanziarie, richiama le esigenze di «efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari, primieramente in materia economica» che, in ragione dei «vincoli europei», conducono a un «necessario bilanciamento con le ragioni del contraddittorio» parlamentare. In tal modo la Corte, entrando nel merito delle scelte inerenti al procedimento di decisione parlamentare e della tempistica delle procedure di bilancio, giustifica la limitazione dei tempi di esame e finisce per avvalorare prassi assai discutibili e un parlamentarismo talmente "specializzato" da essere molto vicino ad un monocameralismo di fatto. Infatti, la decisione citata "razionalizza" la prassi di "scorporare" parte della manovra finanziaria in decreti-legge in materia fiscale e afferma che l'allungamento dei tempi di esame del disegno di legge di bilancio in prima lettura al Senato giustifica la contrazione dei tempi di esame alla Camera e, in seconda lettura, al Senato, poiché il testo di legge risultante dall'approvazione del maxi-emendamento del Governo costituisce sì una versione diversa ma «solo per sottrazione» rispetto a quella precedentemente esaminata.

Quanto detto dimostra l'incidenza immediata e diretta del "fatto" economico-finanziario sulle decisioni della Corte che assume ad esempio rilievo: quando l'art. 81 Cost. è evocato a parametro nel giudizio di costituzionalità avente ad oggetto leggi statali o, molto più spesso, leggi regionali; quando la Corte deve pronunciarsi su controversie tra enti dotati di autonomia finanziaria o sulle forme e i modi di esercizio della funzione di coordinamento della finanza pubblica; o, infine, quando la Corte adotta pronunce che "costano" (ad esempio le sentenze c.d. additive di prestazione) o, all'opposto, minimizza l'impatto finanziario delle proprie decisioni, sino ad utilizzare la tecnica della rimodulazione degli effetti temporali delle pronunce<sup>20</sup>.

Guardando poi all'evoluzione in senso diacronico della giurisprudenza costituzionale, deve essere osservato che, in origine, la Corte era particolarmente incline a valorizzare la discrezionalità del legislatore nelle scelte di indirizzo finanziario: essa si limitava, cioè, a un sindacato "a maglie larghe", in cui l'unico limite riconosciuto alle decisioni allocative di Governo e Parlamento era costituito dal vincolo formale della copertura finanziaria delle leggi previsto dall'originario art. 81, comma 4, Cost., peraltro di difficile giustiziabilità per ragioni tecniche inerenti all'accesso alla giustizia costituzionale sia in via incidentale (per il frequente difetto di rilevanza di questioni aventi ad oggetto disposizioni contenute nella legge di bilancio) sia in via principale (per la nota asimmetria tra Stato e Regioni che preclude a queste ultime di promuovere questioni in riferimento a parametri extra-competenziali, ivi incluso l'art. 81 Cost., salva dimostrazione della c.d. ridondanza delle supposte violazioni sulle loro attribuzioni costituzionali).

In questa prima fase, le scelte impositive e allocative del legislatore costituivano un limite al sindacato della Corte e hanno spesso fornito il presupposto di plurime decisioni di inammissibilità, mentre, successivamente, il sindacato di costituzionalità è divenuto maggiormente stringente con l'introduzione dei canoni della ragionevolezza, proporzionalità e razionalità delle scelte finanziarie quali limiti della discrezionalità del legislatore, sulla cui base valutare la conformità a Costituzione delle disposizioni di legge impositive, allocative e redistributive, pur nei limiti segnati dai caratteri della decisione di bilancio come la più politica delle decisioni. In questa prospettiva, la Corte ha

---

interna corporis acta, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 2/2019, spec. 618 s., la quale definisce «problematici e dubitativi» gli argomenti addotti dalla Corte per dichiarare il conflitto inammissibile, risolvendosi, essi, nell'idoneità del coinvolgimento della Commissione bilancio a «compensare la restrizione inferta ai poteri delle Camere» sotto la spinta dei vincoli al governo dei conti pubblici.

<sup>20</sup> Cfr., in particolare, sent. n. 10 del 2015.

progressivamente sviluppato tecniche decisorie particolari in relazione alla legislazione economico-finanziaria di volta in volta sottoposta al suo vaglio.

Tra i possibili criteri di classificazione del copioso materiale giurisprudenziale in cui rileva la dimensione economico-finanziaria, la soluzione qui di seguito privilegiata è quella di seguire la struttura delle sentenze della Corte costituzionale, in cui dalla narrazione del fatto, si passa all'esposizione della motivazione e quindi del dispositivo.

In questa prospettiva, si possono anzitutto distinguere le pronunce in cui i profili finanziari rilevano "in fatto", quelle in cui l'incidenza della dimensione economico-finanziaria assume particolare rilievo nella motivazione e, infine, quelle in cui la valutazione di impatto finanziario influisce direttamente sul *decisum* ed "entra" nel dispositivo. Quanto alle prime, ci si riferisce, in particolare, alle decisioni rese in esito all'esercizio di poteri istruttori strumentali alla valutazione di impatto finanziario della questione di legittimità costituzionale.

Tra le decisioni in cui i profili finanziari rilevano "in diritto", vale a dire nella motivazione, si possono invece ricomprendere anzitutto quelle che definiscono giudizi in cui l'art. 81 Cost. è espressamente evocato a parametro, tenendo conto che la Corte muove sempre dal parametro nella determinazione della questione anche al fine di delimitare l'ambito della stessa. In questa categoria si possono includere le pronunce aventi ad oggetto atti normativi di politica economico-finanziaria di Governo e Parlamento, nelle quali in motivazione rilevano considerazioni circa la natura finanziaria della scelta operata dal legislatore. A questo stesso secondo gruppo si possono ricondurre le decisioni a contenuto finanziario in relazione alla tutela dei diritti (soprattutto sociali), quando, cioè, l'equilibrio di bilancio viene a condizionare, sia pure in vario modo, la garanzia costituzionale dei diritti stessi. Guardando al contenzioso degli ultimi anni ciò si è verificato soprattutto nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni. Non si deve infatti dimenticare che dei tre grandi diritti sociali che assorbono larghissima parte delle risorse (salute, istruzione e previdenza), il primo e in buona parte il secondo sono affidati alla cura delle Regioni<sup>21</sup>: si pone, quindi, il problema di assicurare l'adeguatezza delle risorse finanziarie regionali al soddisfacimento di questi diritti.

L'ultima categoria di pronunce è rappresentata da quelle in cui i profili finanziari rilevano nel *decisum*. Si tratta delle decisioni in cui la valutazione dell'impatto finanziario della sentenza di accoglimento ha indotto la Corte a differire nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità. Il punto di massima estensione di tale orientamento è rappresentato dalla sent. n. 10 del 2015, con la quale la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità della c.d. *Robin Tax* (addizionale all'imposta sul reddito delle società che operano nel settore petrolifero), rivendica esplicitamente il potere di rimodulazione degli effetti della pronuncia estendendone la clausola di irretroattività al giudizio *a quo*<sup>22</sup>, rescindendo così il nesso di pregiudizialità tra il giudizio principale e il giudizio di costituzionalità<sup>23</sup>.

In relazione a quest'ultima tipologia di decisioni, si pone poi il problema di assicurare alla Corte un'adeguata informazione preventiva degli effetti che esse potrebbero produrre e, conseguentemente, la scelta degli organi a cui eventualmente affidare la quantificazione e la valutazione di impatto finanziario delle pronunce stesse. Al riguardo, come si dirà meglio appresso, è possibile ipotizzare due soluzioni. Una prima ipotesi potrebbe essere rappresentata dalla reintroduzione nell'ambito dell'organizzazione dello stesso organo di giustizia costituzionale di una

---

<sup>21</sup> Sul punto, cfr., ad esempio, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 3/2016, 14 s.

<sup>22</sup> Come sottolineato da E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 2015, 84.

<sup>23</sup> Come rilevato per primo da M. BIGNAMI, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale* (18 febbraio 2015), in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)).

struttura permanente rivolta all'elaborazione di dati e stime in via preventiva alla decisione, come già previsto nel 1995. Una seconda soluzione potrebbe essere rappresentata dall'utilizzo di organismi esterni di controllo della finanza pubblica (su tutti: Corte dei conti e Ufficio parlamentare di bilancio), sia pure soltanto mediante il ricorso ai *poteri istruttori* di cui è dotata la Corte stessa.

### *3. Poteri istruttori della Corte e valutazione di impatto finanziario*

La prima difficoltà di fronte la quale la Corte si può trovare è costituita dalla incompleta o inesatta descrizione del dato fattuale relativo ai profili economico-finanziari. Ciò accade nei casi in cui siano sottoposti alla Corte un'ordinanza o un ricorso che, pur essendo autosufficienti, non sono adeguatamente formulati sotto il profilo della ricostruzione del contesto economico-finanziario o non sono sufficientemente esplicitati in punto di fatto; o, ancora, rispetto ai quali la Corte dubiti dell'esatta prospettazione o quantificazione delle implicazioni finanziarie.

In queste ipotesi, la prima tecnica a cui la Corte può ricorrere, invero scarsamente utilizzata, è quella dell'esercizio dei poteri istruttori.

Nei rari casi in cui il Giudice delle leggi ha fatto ricorso ai propri poteri istruttori formali (si contano 94 ordinanze istruttorie adottate dal 1956 ad oggi, in rapporto alle oltre 20.000 decisioni)<sup>24</sup>, circa un terzo delle ordinanze hanno avuto ad oggetto questioni finanziarie. Da questo punto di vista, il ricorso ai poteri istruttori è finalizzato a ricostruire il "contesto" economico-finanziario in cui la norma censurata si inserisce e ha trovato applicazione o a valutare l'impatto finanziario di una eventuale pronuncia di accoglimento.

È interessante notare che nei giudizi introdotti in via incidentale la percentuale delle ordinanze istruttorie aventi ad oggetto questioni finanziarie è molto più rilevante (15 su 47 ordinanze in totale) di quella delle ordinanze istruttorie in materia finanziaria adottate nei giudizi instaurati in via principale (2 soltanto su un totale di 23 ordinanze adottate). Ciò si spiega anzitutto alla luce dei caratteri del giudizio in via incidentale come giudizio indisponibile alle parti in cui la Corte, anche nella materia della finanza pubblica, ha ricorso più frequentemente ai poteri istruttori, rispetto ai giudizi in via principale in cui essa, come si desume sempre più spesso dalla lettura delle sentenze degli ultimi dieci anni, può fare accertamenti esaminando i bilanci dello Stato e delle Regioni, o può rivolgersi direttamente alle parti processuali anche durante le udienze al fine di ottenere dati e informazioni rilevanti<sup>25</sup>.

In secondo luogo, la tendenza richiamata si giustifica in ragione di una sorta di presunzione che vige nel giudizio in via principale sulle questioni finanziarie, per la quale, ai fini dell'ammissibilità della questione, ricade sulla Regione ricorrente l'onere di provare con adeguata documentazione finanziaria l'assoluta impossibilità, conseguente all'applicazione delle norme impugnate, di svolgere le funzioni ad essa attribuite<sup>26</sup>.

Occorre nondimeno osservare che la giurisprudenza costituzionale più recente ha fornito qualche maggiore "apertura" circa il ricorso ai poteri istruttori nel giudizio in via principale. Nel corso del giudizio deciso dalla sent. n. 188 del 2016 che ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale,

---

<sup>24</sup> Per un recente approfondimento, cfr. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di M. D'Amico – F. Biondi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 49 ss.

<sup>25</sup> Con riguardo alla c.d. giurisprudenza della crisi, è interessante notare che, dal 2012, sono soltanto quattro le ordinanze istruttorie disposte, di cui una riguarda le conseguenze finanziarie: sul punto, cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 323.

<sup>26</sup> Orientamento confermato dalla Corte dalla sent. n. 26 del 2014 alla sent. n. 84 del 2018.

per violazione di alcuni parametri statutari speciali della Regione Friuli-Venezia Giulia, nonché del principio di leale collaborazione, di alcuni articoli della legge di stabilità per il 2014, recanti previsioni attuative e complementari al meccanismo di riserva del maggior gettito dell'imposta municipale propria (IMU), è stata adottata una delle ultime ordinanze istruttorie della Corte con cui sono state richieste alle parti informazioni e documenti finanziari.

Le norme impugnate disciplinavano l'istituto dell'accantonamento per mezzo del quale poste attive che permangono nella titolarità della Regione sono ad essa sottratte dallo Stato in via temporanea per garantire la partecipazione della Regione stessa al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica sino all'emanazione delle norme di attuazione previste, agli stessi fini, dall'art. 27 della legge n. 42 del 2009. La giurisprudenza costituzionale ha fatto "salva" tale disciplina, sul rilievo che essa determina l'accantonamento "transitorio" di quote di compartecipazioni ai tributi erariali<sup>27</sup>, allo scopo di ridurre per un importo corrispondente il livello delle spese, e quindi può ritenersi distinta dalla "riserva" che, invece, sottrae definitivamente all'ente territoriale risorse che ad esso spetterebbero. Il meccanismo in parola non altererebbe, dunque, il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse previsto dall'art. 119, comma 4, Cost., ai fini dell'erogazione delle prestazioni<sup>28</sup>.

Nel caso deciso dalla sent. n. 188 del 2016, però, la Corte, mediante il ricorso ai poteri istruttori, verificata la corretta rappresentazione dei dati finanziari e dell'andamento dei conti pubblici della Regione ricorrente, accerta la violazione dei parametri statutari speciali sull'autonomia finanziaria e del principio di leale collaborazione, poiché le norme impugnate, nel disciplinare l'IMU, determinerebbero uno spostamento non transitorio ma permanente di risorse in favore dello Stato stabilizzando così nel tempo i previsti accantonamenti che vengono quindi illegittimamente trasformati in riserva dalle norme impugnate. In sintesi, la Corte adotta prima una pronuncia di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, con monito al legislatore<sup>29</sup>, e, successivamente, verificato l'assetto delle relazioni finanziarie tra Stato e Regione mediante il ricorso ai poteri istruttori, una pronuncia di accoglimento<sup>30</sup>.

L'"apertura" della Corte circa il ricorso ai poteri istruttori nel giudizio in via principale in materia finanziaria si consolida e si estende con la sent. n. 197 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due disposizioni della legge della Regione siciliana n. 8 del 2018 rivolte a prescrivere alla Ragioneria regionale di includere nelle "entrate" del bilancio alcuni cespiti non sorretti da idoneo titolo giuridico, così illegittimamente ampliando la capacità di spesa regionale. Nel corso del giudizio definito dalla sentenza in parola la Corte ha adottato un'ordinanza istruttoria volta a richiedere informazioni al Governo e alla Regione per verificare il rispetto dell'adeguato finanziamento dei livelli essenziali di assistenza.

Quella inaugurata dalla sentenza citata appare una tecnica decisoria particolarmente significativa che consente anzitutto alla Corte di garantire il principio di costituzionalità prefigurando ulteriori vizi della legge oggetto del giudizio a seguito dell'espletamento delle attività istruttorie, disposte con un'ordinanza *per la prima volta* allegata alla pronuncia stessa. Si tratta di una soluzione degna di particolare apprezzamento sotto il profilo della *conoscibilità* dell'ordinanza istruttoria, «in quanto essa costituisce la saldatura tra l'oggetto del ricorso e quello che sarà il suo esito», capace di consentire trasparenti valutazioni dell'operato di Stato e Regione e di attivare conseguentemente

---

<sup>27</sup> Cfr. sentt. n. 77 e n. 82 del 2015.

<sup>28</sup> *Ex plurimis*, sentt. n. 198 del 1999, n. 97 del 2013, n. 145 del 2014.

<sup>29</sup> Sent. n. 155 del 2015.

<sup>30</sup> Sent. n. 188 del 2016.

forme di «responsabilità politica» per i soggetti inadempienti nel finanziamento dei livelli essenziali<sup>31</sup>.

Il punto è di particolare rilievo perché il sistema policentrico italiano si è costantemente caratterizzato per la storica dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa: ciò che ha contribuito ad appannare la responsabilità dei diversi livelli territoriali di governo soprattutto nella gestione del servizio sanitario, sicché sarebbe quanto mai necessario individuare strumenti capaci di far valere il principio generale dello Stato costituzionale circa il nesso tra potere e responsabilità, declinandolo nel rapporto tra Stato e autonomie<sup>32</sup>.

In secondo luogo, il ricorso ai poteri istruttori nella sent. n. 197 del 2019 esprime un rafforzamento del *test* di ragionevolezza e proporzionalità a cui da tempo la Corte sottopone leggi statali e regionali circa l'adeguato finanziamento dei livelli essenziali e dei diritti costituzionali. In altre parole, nel momento in cui assicura un'interpretazione rigorosa del precetto dell'equilibrio di bilancio, dichiarando costituzionalmente illegittime le disposizioni di legge regionale che non assicurano risorse "certe" a copertura delle spese previste, al contempo la Corte ribadisce «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa», che «impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l'erogazione di prestazioni», sicché la dialettica tra Stato e Regioni sul finanziamento dei livelli essenziali «dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria»<sup>33</sup>.

Quanto detto – ricorda la Corte – è specificato dall'art. 20 del decreto legislativo n. 118 del 2011 sull'armonizzazione dei bilanci degli enti sub-statali, che pone le «condizioni indefettibili nella individuazione e allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni»<sup>34</sup>, con la conseguenza che Stato e Regioni sono tenuti ad evidenziare i costi dei livelli essenziali di assistenza nei rispettivi bilanci e in quelli delle aziende erogatrici, «tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale»<sup>35</sup>.

È quindi proprio a tutela della *spesa costituzionalmente necessaria* che la Corte, con la sent. n. 197 del 2019, ha fatto ricorso ai poteri istruttori tanto nei confronti della Regione inadempiente quanto nei confronti dello Stato, introducendo significative novità sul piano processuale che conducono ad un *decisum* composito mediante il quale viene riservata a separate pronunce la decisione sulle *altre* questioni promosse aventi ad oggetto la legge regionale siciliana, ma vengono creati i presupposti per possibili censure anche nei confronti del legislatore statale in caso di inadeguato finanziamento dei livelli essenziali.

---

<sup>31</sup> In questo senso, le efficaci considerazioni di G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 1, 2020, 378 ss. (cui appartengono le espressioni virgolettate), il quale saluta con favore la tecnica introdotta dalla Corte con la sent. n. 197 del 2019 in quanto funzionale ad assicurare uno svolgimento maggiormente coerente del giudizio in via principale rispetto agli interessi ad esso sottesi.

<sup>32</sup> Per lo sviluppo di questa tesi, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 382 ss. e 404 ss.

<sup>33</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto", che riprende quanto affermato nella sent. n. 169 del 2017.

<sup>34</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.2 del "Considerato in diritto".

<sup>35</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto", che riprende quanto affermato nella sent. n. 169 del 2017.

4. Il rilievo assunto dall'equilibrio di bilancio in motivazione: la progressiva riduzione dell'area della c.d. discrezionalità del legislatore

Il dato economico-finanziario così individuato in punto di fatto dalla Corte costituzionale può poi influenzare la motivazione delle sue pronunce.

Muovendo dai casi in cui l'art. 81 Cost. è evocato a parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, occorre ricordare che la Corte ha emesso complessivamente circa 380 pronunce in cui è stato evocato a parametro l'art. 81 Cost. e più dei due terzi sono state rese per definire giudizi instaurati in via principale. Ciò dimostra che il principio dell'equilibrio di bilancio impatta più direttamente sui rapporti tra enti territoriali che sulle relazioni intersoggettive<sup>36</sup>. In altri termini, le "strette" dell'accesso in via incidentale, specie in punto di rilevanza delle disposizioni contenute nella legislazione finanziaria, si riflettono sulla scarsa giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio, anche se negli ultimi anni si registra una maggiore "apertura" del Giudice delle leggi in favore dell'ammissibilità di questioni sollevate in riferimento agli artt. 81 e 119 Cost., soprattutto per l'esigenza di assicurare il parallelismo tra funzioni e risorse degli enti sub-statali, e, quindi, l'adeguato finanziamento dei servizi sociali nella perdurante crisi economico-finanziaria<sup>37</sup>. A tale risultato si è giunti anche per il maggiore "attivismo" delle Sezioni regionali della Corte dei conti a presidio dell'equilibrio di bilancio non soltanto in sede di giudizio di parificazione<sup>38</sup>, ma anche in taluni segmenti di procedimenti di controllo<sup>39</sup>, dopo che, invece, era stata per lungo tempo assai poco sfruttato l'accesso alla giustizia costituzionale assicurato dalla sent. n. 226 del 1976 sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo e dell'amministrazione statale<sup>40</sup>.

La tendenza qui cennata, però, si manifesta sempre nella definizione di giudizi di costituzionalità che hanno ad oggetto leggi regionali. Soltanto due delle circa 90 dichiarazioni di illegittimità costituzionale pronunciate dalla Corte in giudizi in via principale per violazione dell'art. 81 Cost. avevano ad oggetto disposizioni di legge statale. Sicché l'art. 81 Cost., specie negli ultimi anni, assieme ai parametri costituzionali sul coordinamento della finanza pubblica e il consolidamento dei conti pubblici (artt. 97, primo comma, 117, comma 3, e 119 Cost.), ha operato prevalentemente come meccanismo di controllo statale dei bilanci regionali<sup>41</sup>. Lo Stato ha dapprima assicurato limiti e vincoli alla spesa delle *proprie* amministrazioni, estendendoli a quelle regionali e locali sotto forma di principi di coordinamento finanziario e di equilibrio "dinamico" della finanza pubblica (inteso, cioè, non soltanto in senso statico, per cui ogni misura di spesa è soggetta all'obbligo della previa copertura, ma anche su un arco pluriennale, tra un esercizio finanziario e quello successivo), e,

---

<sup>36</sup> In questo senso, ad esempio, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri – Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno, G. Scaccia, Napoli, Jovene, 2011, 214 s. e M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, cit., 39 s., che individuano nel giudizio in via principale la sede privilegiata ai fini dell'accesso alla Corte costituzionale nei giudizi che hanno ad oggetto l'art. 81 Cost., ritenendo, l'A. da ultimo citato, che «la problematica del rispetto dell'art. 81 Cost. si ponga nel confronto tra Stato e autonomie, piuttosto che in quello fra privati e P.A. o privati tra di loro».

<sup>37</sup> Cfr., ad esempio, sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016.

<sup>38</sup> Cfr. sentt. n. 181 del 2015; n. 89 del 2017; n. 196 del 2018; n. 138 e n. 146 del 2019.

<sup>39</sup> Cfr. sent. n. 18 e n. 105 del 2019.

<sup>40</sup> Sul punto, cfr. già L. PALADIN, *Intervento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 281. In disparte le questioni sollevate negli ultimi anni dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in relazione a leggi regionali, sul versante statale la sent. n. 226 del 1976 ha avuto un solo "seguito" nella sent. n. 384 del 1991, con la quale è stata dichiarata ammissibile (e fondata) la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni di una legge che disponeva interventi a favore degli enti delle partecipazioni statali, sollevata dalla Corte dei conti in sede di controllo nel corso del procedimento sull'ammissione al visto e alla registrazione di un decreto del Ministro del tesoro concernente variazioni allo stato di previsione della spesa dello stesso ministero.

<sup>41</sup> Così, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 216.

successivamente, ha impugnato davanti alla Corte costituzionale le leggi regionali per contrasto con l'art. 81 Cost., assicurando in tal modo un incisivo sindacato sulle forme di illegittimo ampliamento della capacità di spesa della legge regionale<sup>42</sup>.

Molto spesso, però, la Corte elabora strategie argomentative e talvolta ricorre a peculiari tecniche di giudizio in relazione a questioni inerenti all'equilibrio di bilancio o, più indirettamente, alla finanza pubblica anche quando l'art. 81 Cost. non è evocato a parametro. Osservando in senso diacronico la giurisprudenza costituzionale, deve essere sottolineato come, trovandosi a scrutinare sempre più spesso disposizioni contenute nella legislazione economico-finanziaria, la Corte, in una prima fase, abbia adottato un numero cospicuo di decisioni di inammissibilità, richiamandosi frequentemente alla discrezionalità del legislatore. In altri termini: gli atti normativi di politica economica erano sostanzialmente rimessi alle scelte discrezionali del legislatore, trattandosi di decisioni a contenuto massimamente politico.

In tal modo, la Corte ha valorizzato la responsabilità politica quale motore delle scelte economico-finanziarie, riconoscendo, dunque, ampia discrezionalità, con l'unico limite del necessario rispetto dell'obbligo della previa copertura finanziaria, originariamente stabilito dall'art. 81, comma 4, Cost., per le leggi che comportassero nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio pubblico<sup>43</sup>. La soluzione, di per sé corretta, è ben presto apparsa insoddisfacente in quanto determinava decisioni di inammissibilità in relazione a situazioni normative che la stessa Corte sembrava ritenere incostituzionali, ma che, in caso di pronunce di fondatezza, avrebbero determinato maggiori alterazioni degli equilibri finanziari<sup>44</sup>.

Il superamento di tale originario *self-restraint* si è avviato con la sent. n. 260 del 1990, in cui la Corte ha affermato che il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario non può più costituire il presupposto di decisioni di inammissibilità che si richiamino alla discrezionalità legislativa e che esso invece rappresenta un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali.

Più di recente, con le sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016, la Corte è tornata a chiarire l'oggetto e l'ambito del sindacato di legittimità costituzionale relativo alle scelte allocative e distributive operate dal legislatore, segnando il definitivo superamento della legge di bilancio come legge meramente formale<sup>45</sup> e censurando sotto il profilo del canone della ragionevolezza e della proporzionalità parte delle leggi regionali piemontesi di bilancio per il 2013 e per il 2014, che avevano apportato una consistente riduzione degli stanziamenti per le Province ad invarianza di funzioni ad esse affidate, per la violazione, tra l'altro, dell'art. 3 Cost., in quanto l'irragionevole e sproporzionata riduzione dei trasferimenti determinava una riduzione dei servizi sociali<sup>46</sup>. Le pronunce richiamate, così come la successiva sent. n. 6 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione della legge statale di bilancio per il 2018, nella parte in cui non stanziava risorse adeguate in favore della Regione Sardegna, possono essere ritenute *particolari additive di principio* perché la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di unità

---

<sup>42</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVISECCHI, *Autonomia finanziaria ed equilibrio di bilancio degli enti territoriali*, in *Costituzione e bilancio*, a cura di C. Bergonzini, Milano, FrancoAngeli, 2019, 259 s.

<sup>43</sup> Cfr., tra le tante, sentt. n. 14 del 1964; n. 1 del 1966; n. 126 del 1979.

<sup>44</sup> Al riguardo, di vero e proprio «paradosso di pronunce di inammissibilità [...] per eccesso di fondatezza» ha parlato V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 36. Critico nei confronti delle richiamate decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore anche R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 187 s.

<sup>45</sup> Cfr. sent. n. 10 del 2016, punto n. 2 del "Considerato in diritto", ove si afferma che le leggi di bilancio «producono effetti novativi dell'ordinamento» ed esprimono «scelte allocative di risorse» e, in quanto tali, sono assoggettate al sindacato di costituzionalità.

<sup>46</sup> Cfr., in particolare, sent. n. 10 del 2016, spec. punto n. 6.3 del "Considerato in diritto".

previsionali di base dei bilanci, nella parte in cui non stanziavano risorse sufficienti per il finanziamento dei diritti sociali, rimettendo al legislatore stesso la determinazione del *quantum* da destinare a tali spese costituzionalmente necessarie<sup>47</sup>.

##### 5. Segue: decisioni a contenuto finanziario e tutela dei diritti sociali

Di fronte alla legislazione finanziaria che incide sui diritti sociali, la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato percorsi argomentativi ancor più incisivi al fine di tutelare il nucleo “essenziale” o “incomprimibile” dei diritti affermando che esso determina una *spesa costituzionalmente necessaria*<sup>48</sup>. A questa conclusione si giunge sia aderendo alla teoria assoluta del contenuto del diritto, che ne individua una soglia invalicabile opponibile alla discrezionalità del legislatore<sup>49</sup>, sia privilegiando la teoria relativa del contenuto minimo/essenziale, che tende a determinare il contenuto stesso nel giudizio di bilanciamento<sup>50</sup>. Infatti, il nucleo essenziale del diritto deve ritenersi costituzionalmente garantito o *a priori* in quanto indisponibile al legislatore o *a posteriori* in quanto presidiato nel giudizio di bilanciamento. In questa seconda evenienza, però, si pone il problema dell’eventuale bilanciamento del diritto a prestazione considerato con il precetto dell’equilibrio.

In altre parole, la tecnica del bilanciamento come individuazione del contenuto minimo-essenziale ha determinato oscillazioni nella giurisprudenza costituzionale, poiché è la Corte stessa a stabilire fin dove, di volta in volta, debba estendersi il nucleo essenziale del diritto che può quindi essere utilizzato sia per estendere sia per limitare la tutela. Tale orientamento si manifesta negli argomenti e nelle tecniche a cui ricorre la Corte per decidere questioni sui diritti “costosi”, utilizzati sia per censurare sia per “salvare” la legislazione che realizza il bilanciamento tra tutela del diritto ed equilibrio finanziario<sup>51</sup>.

Negli anni in cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati, dopo aver affermato che la tutela dei diritti a prestazione è condizionata dall’organizzazione e dai mezzi di provvista<sup>52</sup>, la Corte ha progressivamente spostato i termini del controllo sul bilanciamento realizzato dal legislatore in favore dell’equilibrio di bilancio, valorizzando l’argomento delle risorse disponibili<sup>53</sup>. Se guardiamo all’esempio maggiormente significativo

---

<sup>47</sup> Sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016.

<sup>48</sup> Nella giurisprudenza costituzionale più recente, cfr., ad esempio, sentt. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del “Considerato in diritto”; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 117 e n. 103 del 2018; n. 197 del 2019, punti n. 3.1, n. 3.2 e n. 3.3 del “Considerato in diritto”.

<sup>49</sup> Cfr., ad esempio, I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1316 ss., spec. 1325, secondo la quale, alla stregua dei principi di diritto affermati dalla giurisprudenza costituzionale in una determinata fase (sent. n. 240 del 1994), «nessuna esigenza di ordine finanziario può giustificare una violazione del contenuto minimo essenziale dei diritti»; sicché «il legislatore dovrà farsi carico di reperire le risorse necessarie per assicurare a tutti tale minimo»; Id., *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2001, 1115 s.

<sup>50</sup> Cfr. O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1178 ss., spec. 1180 ss., secondo il quale «i diritti sociali acquistano lo status di situazioni soggettive garantite nella misura *discrezionalmente* determinata dal legislatore nel *ragionevole bilanciamento* con interessi costituzionali concorrenti», e 1182 s. (sul difficile bilanciamento tra diritti a prestazione ed equilibrio di bilancio).

<sup>51</sup> In questo senso, ad esempio, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000, 122 ss.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, 200 ss.

<sup>52</sup> Dalla sent. n. 455 del 1990 sino alle sentt. n. 203 del 2016, punto n. 8 del “Considerato in diritto” e n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del “Considerato in diritto”.

<sup>53</sup> In particolare: dalla sent. n. 455 del 1990 alla sent. n. 203 del 2016, punto n. 8 del “Considerato in diritto”.



costituito dalla tutela della salute, il diritto “costoso” per eccellenza, il Giudice delle leggi ha affermato che l’obiettivo della tutela dei diritti sociali può porsi in bilanciamento con il valore della sostenibilità finanziaria, anche quale «necessario presupposto della continuità dell’intervento pubblico nel settore», poiché «il dissesto ulteriore e perdurante del sistema porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute»<sup>54</sup>; sicché, sia pure con i ricordati limiti, la Corte sembra giustificare la contrazione delle risorse in vista di obiettivi di lungo periodo.

Senza qui potersi soffermare sugli articolati percorsi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale, tra gli argomenti richiamati si devono almeno ricordare: il principio di gradualità delle riforme onerose, spesso utilizzato dalla Corte per escludere l’inadeguatezza e l’incompletezza delle norme scrutinate; il contenuto minimo/essenziale del diritto, richiamato, come si è detto, sia per affermare sia per escludere l’incostituzionalità delle norme che determinano lesioni del nucleo essenziale dei diritti.

In definitiva, quando la Corte non aderisce alla teoria assoluta, ma alla teoria relativa del nucleo essenziale, il contenuto incompressibile del diritto rischia di diventare maggiormente poroso e la soglia opponibile alla discrezionalità del legislatore diventa meno invalicabile. Si pone pertanto il problema di assicurare il controllo sul bilanciamento realizzato dal legislatore tra diritto a prestazione ed equilibrio di bilancio: ciò che, in periodo di crisi rischia di rendere meno chiaramente identificabile il contenuto essenziale dei diritti.

Il problema del controllo sul bilanciamento tra diritti e risorse si pone in larga prevalenza per le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, laddove il giudizio di costituzionalità è calibrato sull’eguaglianza rispetto all’individuazione dei beneficiari del contenuto essenziale del diritto. Nondimeno, esso può sorgere anche nei rapporti tra Stato e Regioni limitatamente ai casi di mancata determinazione dei livelli essenziali da parte statale, consentendo in tal modo alla Regione di interferire – per così dire “al ribasso” – con il contenuto essenziale del diritto; o ai casi in cui, in ipotesi, il legislatore statale determinasse il livello essenziale del diritto al di sotto del suo nucleo essenziale, così pregiudicandone la stessa garanzia costituzionale per quanto rimesso alle competenze regionali.

La Corte costituzionale è quindi chiamata a controllare che i diritti, almeno nel loro nucleo essenziale, siano adeguatamente finanziati, perché «è la garanzia dei diritti incompressibili [intesa quale nucleo incompressibile] ad incidere sul bilancio e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»<sup>55</sup>. Si tratta di un’affermazione molto netta e significativa, dopo anni di giurisprudenza costituzionale sui diritti finanziariamente condizionati, anche se occorre precisare – aspetto, questo, trascurato nei numerosi commenti alla sent. n. 275 del 2016 – che la Corte ha svolto le sue pregnanti motivazioni in relazione a disposizioni di legge regionale, mentre, in altre pronunce, si è mostrata assai più cauta quando l’oggetto del giudizio era costituito da leggi statali<sup>56</sup>.

In secondo luogo, l’organo di giustizia costituzionale è chiamato a controllare che nelle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie territoriali sia assicurato un adeguato finanziamento delle funzioni distribuite tra i diversi livelli territoriali di governo per l’erogazione delle prestazioni.

---

<sup>54</sup> In questo senso si può collocare la giurisprudenza costituzionale sul controllo sul bilanciamento tra diritti e risorse: ad esempio, con riferimento al diritto alla salute, dalla sent. n. 416 del 1995 (da cui sono tratte le espressioni virgolettate) alle sentenze della Corte sui piani di rientro dal disavanzo sanitario (cfr., ad esempio, sentt. n. 193 del 2007; n. 94 del 2009; n. 40, n. 52, n. 100 e n. 141 del 2010; n. 123 e n. 163 del 2011; n. 227 del 2015; n. 14 e n. 106 del 2017; n. 199 del 2018) che hanno fortemente limitato le prestazioni erogabili dalle Regioni spostando l’istituto in parola dalla tutela dei diritti all’esigenza di preservare l’equilibrio di bilancio. Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOCSECCI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 387 ss.

<sup>55</sup> Così, sent. n. 275 del 2016, punto n. 11 del “Considerato in diritto”.

<sup>56</sup> Esemplificativa la vicenda relativa ai “tagli” al finanziamento delle funzioni provinciali disposti dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi anni, ripetutamente fatta “salva” dalla Corte, nonostante gli incisivi riflessi sui diritti sociali: tra le tante, cfr. sentt. n. 143, n. 159, n. 176, n. 202 del 2016, n. 205 del 2016; n. 84 del 2018.

In particolare, la Corte ha tentato di preservare la necessaria stabilità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, muovendo dal principio di connessione tra funzioni e risorse ex art. 119, comma 4, Cost., affermando: che la riduzione dei finanziamenti, quando incide sulle prestazioni e sui diritti, deve essere di carattere transitorio e temporaneo<sup>57</sup>; che le proroghe dei limiti al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento perché le ricadute sui servizi erogati devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia piena consapevolezza e assunzione di responsabilità<sup>58</sup>; che, una volta determinati dallo Stato, deve essere assicurato il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, inteso quale *soglia di spesa costituzionalmente necessaria* a meno di pregiudicare l'eguaglianza dei diritti che invece si è scelto di garantire<sup>59</sup>.

## 6. La valutazione di impatto finanziario nel decusum

Un ultimo gruppo di pronunce è costituito dalle sentenze in cui la valutazione economico-finanziaria "entra" nel dispositivo sotto forma di rimodulazione nel tempo della declaratoria di incostituzionalità. In altri termini: la Corte accerta il contrasto tra le disposizioni finanziarie censurate e le norme costituzionali evocate a parametro e, al contempo, limita o esclude che la dichiarazione di incostituzionalità possa spiegare i suoi effetti retroattivi, ritenuti insostenibili per le casse erariali.

Si tratta delle c.d. decisioni di incostituzionalità differita, nelle quali la Corte pur individuando il momento in cui sorge il *vulnus* costituzionale, pospone nel tempo il termine di decorrenza degli effetti delle sue pronunce, differendo il *dies a quo* nel dispositivo della decisione. Tale differimento, quindi, non è legato alla natura del vizio, quanto piuttosto a una valutazione discrezionale da parte della Corte stessa. Sono pronunce in cui l'uso nel dispositivo della formula «dal momento in cui» appare realmente manipolativo, anche se, sino alla sent. n. 10 del 2015, era sempre stato agganciato all'entrata in vigore di una nuova disciplina o al verificarsi di nuove condizioni di fatto. Tali pronunce sono pertanto riconducibili a decisioni di incostituzionalità sopravvenuta<sup>60</sup>.

Con la sent. n. 10 del 2015, invece, la Corte estende la clausola di irretroattività al giudizio *a quo* e rescinde così il nesso di pregiudizialità tra i due giudizi. Dichiarando costituzionalmente illegittima un'addizionale all'imposta sul reddito delle società (Ires) a carico di soggetti che abbiano conseguito per il periodo di imposta precedente un certo volume di ricavi e che operano nel settore petrolifero, la Corte ha accertato la violazione degli artt. 3 e 53 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità in quanto la norma denunciata si traduce in una stabile maggiorazione di imposta

---

<sup>57</sup> Significativa, in questo senso, la sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto"; nonché, tra le tante, sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 6 del 2019, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

<sup>58</sup> Cfr., in particolare, sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

<sup>59</sup> Di particolare rilievo, sotto quest'ultimo profilo, le recenti pronunce che affermano la doverosità del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza (LEA), a cui deve corrispondere «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale» al fine di consentire l'emersione nei bilanci delle priorità allocative per fronteggiare la spesa costituzionalmente vincolata: cfr. sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018. In questo precario contesto, la Corte ribadisce infatti la necessità di procedere alla determinazione e all'aggiornamento dei LEA, perché ciò offrirebbe alle Regioni, «un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile» (sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del "Considerato in diritto"). In altre parole, la mancata determinazione dei livelli essenziali non può precludere l'esercizio della funzione statale di coordinamento finanziario, ma l'aggiornamento dei livelli stessi costituirebbe prezioso punto di riferimento per il finanziamento delle prestazioni. Si vedano anche sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018.

<sup>60</sup> Cfr. sentt. n. 501 del 1988; n. 50 del 1989; n. 1 del 1991.

sull'intero reddito delle società, e, soltanto successivamente, ha effettuato un bilanciamento atipico, o, meglio, ha richiamato l'art. 81 Cost. per modulare gli effetti temporali del *decisum*, adottando una pronuncia di incostituzionalità differita con clausola di irretroattività.

Nello stesso senso è andata la sent. n. 178 del 2015, in tema di sospensione delle procedure negoziali delle dinamiche retributive dei dipendenti pubblici rientranti nel regime della contrattazione collettiva, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale il blocco temporaneo della contrattazione nel pubblico impiego differendo il *dies a quo* della declaratoria di incostituzionalità al giorno successivo alla pubblicazione della sentenza. Dal punto di vista della tecnica decisoria qui in esame, non dissimile appare la già citata sent. n. 188 del 2016, avente ad oggetto norme statali che riservavano all'erario il maggior gettito dell'imposta municipale propria (IMU) applicabile ai comuni, il cui dispositivo, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate «con gli effetti di cui in motivazione», ha limitato gli effetti temporali della pronuncia stessa.

Si tratta di pronunce in cui la Corte guarda esclusivamente agli effetti finanziari, utilizzando la tecnica del bilanciamento in maniera atipica, in quanto rivolta *esclusivamente* a limitare l'impatto delle decisioni sui conti pubblici. In altre parole, le conseguenze sull'equilibrio di bilancio che si sarebbero determinate per effetto di decisioni di accoglimento "secco" hanno indotto i Giudici costituzionali a segnare la netta prevalenza dell'art. 81 Cost. nel *decisum*, sebbene il precetto dell'equilibrio non fosse mai stato evocato a parametro in quei giudizi.

Invece, in altre pronunce, come la sent. n. 70 del 2015, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la norma sulla sospensione della rivalutazione delle pensioni per gli anni 2012-2013, il Giudice delle leggi, pur richiamando le esigenze di contenimento della spesa perseguite dalla disposizione denunciata, ha adottato una pronuncia di accoglimento facendo prevalere nel bilanciamento il diritto alla previdenza<sup>61</sup>. Poiché la norma censurata in quel giudizio disponeva il blocco biennale della rivalutazione delle pensioni (ed aveva quindi già esaurito i suoi effetti), la modulazione temporale degli effetti stessi disposta dalle sentenze sopra richiamate non sarebbe stata tecnica utilizzabile. La Corte, semmai, avrebbe potuto minimizzare l'impatto della pronuncia con un'additiva di principio, rinviando al legislatore la determinazione delle pensioni di importo meno elevato per le quali far valere la rimozione del blocco della rivalutazione effetto del dispositivo di accoglimento<sup>62</sup>.

Le pronunce in cui la Corte si pone il problema della valutazione di impatto finanziario nel *decisum* pongono infine il problema, che qui può essere soltanto cennato, relativo all'introduzione di strumenti di quantificazione preventiva degli oneri finanziari delle sentenze stesse.

A tali fini, come si accennava al par. 2, potrebbe essere anzitutto ripristinato l'apposito Ufficio per la valutazione delle conseguenze finanziarie delle pronunce già a suo tempo istituito nell'ambito del Servizio Studi (e successivamente soppresso), la cui attività di quantificazione degli oneri era funzionalmente dipendente dalla Presidenza della Corte e, quindi, collegata alla formazione del ruolo delle cause (o, in taluni casi, alla nomina del giudice relatore)<sup>63</sup>. Tale opzione è quella che

---

<sup>61</sup> Rivalutando, cioè, il «posto dei diritti», trattandosi di estensione di trattamento maggiormente favorevole che non discende dal principio di eguaglianza, ma dalla violazione di principi costituzionali, in quanto, in questi casi, le «domande di tutela [...] non dovrebbero essere condizionate dalla disponibilità di risorse economiche»: cfr. G. DI COSIMO, *Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica* (3 giugno 2016), in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 5 s. (cui appartengono le espressioni virgolettate).

<sup>62</sup> In questo senso, ad esempio, P. VERONESI, *La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce d'accoglimento (e sulla sorte dell'equilibrio di bilancio) dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 696 s.

<sup>63</sup> Istituito con decreto del Presidente della Corte 29 marzo 1995, n. 8662, sulla base della delibera dell'Ufficio di Presidenza ai sensi dell'art. 17 del Regolamento dei servizi e del personale e denominato «Servizio Studi – Sezione per la documentazione degli oneri finanziari delle decisioni»: al riguardo, cfr. T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri*

appare maggiormente sintonica con i principi di autonomia e indipendenza che sorreggono l'organo di giustizia costituzionale. In alternativa, a parere di chi scrive l'utilizzo agli stessi fini di qualsiasi altro organo, *esterno* all'organizzazione della Corte, dovrebbe essere ricondotto nell'alveo dei poteri istruttori del Giudice delle leggi. Questa soluzione avrebbe anche il pregio di formalizzare la valutazione di impatto finanziario delle pronunce valorizzando il principio di collegialità dell'organo.

Deve essere in ogni caso sottolineato che le funzioni di garanzia del precetto dell'equilibrio affidate a organi di più recente istituzione, come l'Ufficio parlamentare di bilancio, sono rivolte nei confronti di Parlamento e Governo e rispondono a principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea che non sono sovrapponibili alla funzione di assicurare il primato della Costituzione in tutte le sue parti, a cui è invece chiamato l'organo di giustizia costituzionale. In altre parole, se la garanzia obiettiva della costituzionalità dell'ordinamento sotto il profilo dell'equilibrio di bilancio non può fare premio sulla tutela dei diritti costituzionali, la Corte deve poter attivare *in autonomia* gli strumenti di valutazione di impatto finanziario delle proprie decisioni, rischiando altrimenti di irrigidire le esigenze istruttorie e di introdurre forme di dipendenza funzionale da altri organi ai fini della quantificazione degli oneri delle pronunce stesse.

Da questo punto di vista, non convincono le proposte di legge rivolte a irrigidire l'istruttoria e, soprattutto, a istituzionalizzare il ricorso a organi "esterni" (Ufficio parlamentare di bilancio) ai fini della valutazione di impatto finanziario delle sentenze della Corte costituzionale<sup>64</sup>. Per quanto apprezzabile l'intento di affrontare il tema, ormai imprescindibile, delle conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale affidando funzioni istruttorie a un consulente così qualificato, capace di fornire dati e stime degli effetti delle sentenze attendibili e politicamente "neutre" in forza della legittimazione tecnica del *Fiscal Council*, proposte di questo tipo rischiano di rivelarsi inutili qualora intendano utilizzare lo strumento delle ordinanze istruttorie per l'acquisizione di stime e dati finanziari che già, a diritto costituzionale vigente, è nella piena disponibilità dell'organo di giustizia costituzionale<sup>65</sup>, o qualora si limitino a consentire l'utilizzo dell'Ufficio parlamentare di bilancio nella valutazione di impatto finanziario (di cui la Corte può già disporre nell'esercizio dei *propri* poteri istruttori). Queste stesse proposte rischiano di rivelarsi addirittura dannose qualora intendano rendere necessaria e vincolante per l'organo di giustizia costituzionale la valutazione di impatto finanziario svolta da soggetti "esterni" perché, in tal caso, esse si porrebbero in contrasto con i principi di autonomia e indipendenza organizzativa e funzionale del Giudice delle leggi e con i caratteri del processo costituzionale (che presuppongono vincoli deboli alle esigenze istruttorie), rischiando, inoltre, di differenziare la posizione della Corte costituzionale da quella degli altri organi giurisdizionali quanto all'incidenza dell'equilibrio di bilancio sulle pronunce rese.

## 7. Risorse finanziarie, diritti e giustizia costituzionale

L'analisi condotta ha mostrato come, muovendo da una sostanziale indifferenza rispetto all'impatto finanziario delle proprie pronunce, la Corte costituzionale abbia invece progressivamente elaborato strategie argomentative e tecniche decisorie rivolte ad assicurare il

---

*finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Imperia, 12-13 maggio 1995, a cura di P. Costanzo, Torino, Giappichelli, 1996, 269 ss., spec. 275 ss.

<sup>64</sup> Cfr., ad esempio, A.S. n. 1952, XVII legislatura, d.d.l. *Lanzillotta ed altri*.

<sup>65</sup> Come dimostrano l'istruttoria condotta in relazione alla sent. n. 188 del 2016 ai fini della valutazione di impatto finanziario delle norme statali che riservavano all'erario il maggior gettito dell'imposta municipale propria applicabile ai comuni e l'istruttoria disposta *contestualmente* alla sent. n. 197 del 2019, anche *nei confronti* dello Stato, ai fini della verifica dell'effettivo finanziamento dei livelli di assistenza.

controllo di costituzionalità sulle scelte allocative e redistributive del legislatore e, in particolare, sul bilanciamento da esso realizzato tra diritti a prestazione e precetto dell'equilibrio.

Assumendo questa prospettiva, sembra possibile tentare di delineare una sorta di "statuto giuridico" delle risorse da impiegare onde evitare che, in periodo di crisi, i condizionamenti finanziari rischino di rendere meno chiaramente identificabile il "nucleo essenziale" dei diritti sociali. Le risorse destinate al finanziamento del contenuto essenziale dei diritti devono ritenersi indisponibili al legislatore, mentre quelle destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali possono ritenersi costituzionalmente vincolate. La differenza tra le prime (destinate al finanziamento del "contenuto essenziale" del diritto) e le seconde (destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali) può essere così riassunta: il legislatore non potrebbe non destinare le risorse costituzionalmente indisponibili alla tutela del contenuto essenziale del diritto; il legislatore potrebbe invece operare una *indiretta* riduzione delle risorse costituzionalmente vincolate, semplicemente rideterminando al ribasso i livelli essenziali, quale scelta di indirizzo politico, da cui discenderebbe una riduzione delle risorse ad essi destinate.

Quanto detto permette di individuare la soglia di spesa costituzionalmente necessaria nel finanziamento dei diritti che possa consentire, pur senza ammettere alcuna gerarchia di valori costituzionali, di individuare le priorità allocative per Governo e Parlamento valevoli in tempo di crisi economica e di emergenza sanitaria.

Resta il decisivo problema di quanto tali scelte siano sindacabili in sede di controllo di costituzionalità. Nella fase più recente, la Corte costituzionale è arrivata a combinare diverse tecniche decisorie per assicurare il principio di connessione tra funzioni e risorse ai diversi livelli territoriali di governo e, con esso, il finanziamento delle prestazioni sociali, a partire dalla c.d. "doppia pronuncia". A decisioni di inammissibilità o di infondatezza o a sentenze interpretative di rigetto hanno fatto seguito pronunce di accoglimento, al fine di assicurare l'adeguato finanziamento delle funzioni e dei diritti. Esemplificativa, al riguardo, la vicenda dei "tagli" ai finanziamenti delle Province disposti, a invarianza delle funzioni, dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi anni, ripetutamente fatti "salvi" dalla Corte sino alla sent. n. 137 del 2018 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale nella parte in cui non disponeva la riassegnazione delle risorse alle Regioni e agli enti locali subentrati nell'esercizio di funzioni provinciali non fondamentali al fine di garantire l'erogazione delle prestazioni. In tale occasione, la Corte ha fatto ricorso a una pronuncia additiva di principio che, di fronte alla lacuna normativa, ha reso esplicito quanto era stato dedotto in via interpretativa dalle precedenti sentenze<sup>66</sup>. O, ancora, si pensi alle già richiamate pronunce sulle leggi regionali di bilancio piemontesi dichiarate incostituzionali perché non garantivano il finanziamento dei servizi sociali, che, come si è detto, possono essere ritenute *particolari additive di principio* perché la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di unità previsionali di base dei bilanci regionali, nella parte in cui non stanziavano risorse sufficienti per il finanziamento dei diritti sociali, rimettendo al legislatore regionale la determinazione del *quantum* da destinare a tali spese costituzionalmente necessarie<sup>67</sup>.

Alla stessa particolare categoria di *additive di principio in materia di finanza pubblica* può essere ricondotta la sent. n. 6 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione della legge statale di bilancio per il 2018 e per il triennio 2018-2020 nella parte in cui, nelle more della definizione di apposito accordo di finanza pubblica, non riconosce alla Regione autonoma Sardegna adeguate risorse per lo svolgimento delle funzioni ad essa affidate.

---

<sup>66</sup> Sentt. n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018. In dottrina, cfr. V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio* (4 dicembre 2018), in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>67</sup> Sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016.

Alla stregua di quanto detto, ci si dovrebbe chiedere sino a che punto la Corte possa utilizzare tecniche decisorie di questo tipo per estendere il proprio sindacato sulle scelte allocative del legislatore nei casi di inadeguato finanziamento del nucleo incompressibile dei diritti, arrivando quindi a limitare, pur senza sostituirsi ad esse, le scelte discrezionali che si esprimono nella decisione massimamente politica costituita dall'approvazione della legge di bilancio.

Muovendo da questa prospettiva, potrebbe sorgere l'interrogativo in merito all'utilizzo delle tecniche decisorie e argomentative sviluppate negli ultimi anni – secondo le quali, ad esempio, i "tagli" dei finanziamenti regionali sono ritenuti conformi a Costituzione soltanto nella misura in cui vengono comunque garantiti i livelli essenziali – al fine di sviluppare forme di controllo sulle scelte legislative di distribuzione delle risorse in relazione alle «*priorità costituzionali*»<sup>68</sup>.

A tali fini, l'analisi condotta conferma lo sviluppo di criteri argomentativi e di tecniche decisorie sempre più incisive rispetto alle scelte del legislatore. Al riguardo, deve essere però ribadito che il controllo di costituzionalità sull'impiego delle risorse rispetto alle "priorità" indicate dalla tavola dei valori costituzionali trova alcuni limiti di sistema. Tra i diritti e i valori costituzionali da bilanciare non può essere infatti riconosciuto alcun ordine gerarchico, poiché all'interno di ciascuna norma costituzionale sui diritti è tracciabile un nucleo essenziale, ma non è ravvisabile alcuna scala di valori costituzionali. Ne consegue che le priorità allocative delle risorse non possono essere individuate in base ad un predeterminato ordine gerarchico, ma soltanto rispetto al bilanciamento di volta in volta conseguito tra diritti e valori costituzionali.

---

<sup>68</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Scritti in onore di Antonio D'Arena*, Milano, Giuffrè, 2015, 398 ss., che ipotizza il ricorso al giudizio di ragionevolezza per sindacare le decisioni di spesa con sentenze additive o sostitutive al fine di tutelare le priorità indicate dalla Costituzione nella destinazione delle risorse finanziarie, «muovendo dalla distinzione tra destinazioni di fondi *doverose*, *consentite* e *vietate*», nella cui scia F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 2522 s.

EMANUELE ROSSI

La ridondanza, sai, è come il vento...

Considerazioni sui ricorsi regionali nei confronti di atti normativi statali  
nel giudizio in via principale

1. Accolgo con grande piacere l'invito a partecipare agli studi dedicati al maestro e amico Lino Costanzo, cui sono debitore di molti insegnamenti: in primo luogo attraverso i suoi studi, che hanno variato dai temi classici del diritto costituzionale fino ad esplorare le nuove frontiere di esso, sempre con grande rigore e consapevolezza della missione propria del costituzionalista. E poi anche per i fondamentali strumenti che Egli ha messo a disposizione di tutta la comunità scientifica (e non solo di essa): mi riferisco al *Codice di Giustizia costituzionale*, giunto nel 2019 alla dodicesima edizione, e al sito dedicato alla giustizia costituzionale, divenuto mezzo irrinunciabile per realizzare ricerche sulla giurisprudenza della Corte. Tra i molti ulteriori meriti, devo personalmente a lui anche il continuo supporto alla mia carriera, particolarmente intenso nella fase più delicata del concorso per professore associato, della cui commissione Egli faceva parte.

Vorrei perciò partecipare alla gratitudine che in molti gli dobbiamo con una breve riflessione su un tema di giustizia costituzionale che costituisce una delle novità processuali più rilevanti di questi ultimi anni, perlomeno con riguardo al giudizio in via d'azione, e che al contempo si rivela di assai difficile perimetrazione, sia a livello teorico che di applicazione concreta. Mi riferisco alla "teoria" della "ridondanza" sulla quale, negli ultimi anni, si è ampiamente soffermata la dottrina<sup>1</sup>, sulla scorta di una giurisprudenza della Corte che vi ha fatto diffuso riferimento, fino a una decisione del 2019 (la n. 194) che ha fornito ampio materiale di ripensamento. Una teoria (e una prassi) che bene si iscrive nella più ampia categoria dei conflitti costituzionali nei quali, come bene ha espresso lo stesso Costanzo, "attraverso il ricorso alla Corte non ci dedica semplicemente al *petit jeu* della denuncia di un atto viziato, ma più globalmente si mette avanti l'esigenza di tenere indenne la propria quota di potere costituzionalmente garantita"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra i numerosi contributi se ne indicano alcuni: M. D'AMICO, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in R. Balduzzi – P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 217 ss.; F. FURLAN, *I vizi denunciabili*, in *ibid.*, 280; C. SALAZAR, *Politicità e asimmetria nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, in AA. VV., *I ricorsi in via principale*, Milano, 2011, 45 ss.; E. ROSSI, *Parametro e oggetto nel giudizio in via principale: riflessi processuali della caotica produzione normativa statale e possibili rimedi*, *ibid.*, 129 ss.; M. CECCHETTI, *La "ridondanza" tra mitologia e realtà. Vizi deducibili e legittimazione delle Regioni a difendere le proprie attribuzioni costituzionali contro atti legislativi dello Stato*, *ibid.*, 279 ss.; A. GRAGNANI, *Il significato costituzionale della tutela delle competenze e la legittimazione ad agire delle regioni nel giudizio in via principale: prime note*, in *ISSIRFA* (<http://www.issirfa.cnr.it/>) (novembre 2012); D. MONEGO, *L'instabile giurisprudenza costituzionale sui motivi di ricorso per invasione diretta delle competenze regionali*, in *Regioni*, 2012, 237 ss.; C. PADULA, *Vizi procedurali dei decreti-legge e sindacato della Corte costituzionale in sede di giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 2012, 503 ss.; E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la "ridondanza"*, in *Giur. cost.*, 2012, 298 ss.; D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1/2019, 133 ss.; C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2019/II, 376 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Ridondanza "in concreto" e interpretazione conforme a Costituzione del decreto sicurezza nel giudizio in via principale*, in corso di pubblicazione su *Le Regioni*, fasc. 4/2019; D. TEGA, *I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2/2019, 413 ss.; C. CARUSO, *I profili processuali del sindacato in via principale: un giudizio in trasformazione?*, in *Le Regioni*, fasc. 3/2019, 607 ss.; C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, *ibid.*, 737 ss.

<sup>2</sup> P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali*, voce del *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), Milano, 2006, 1273.

2. Come noto, secondo la ormai costante giurisprudenza della Corte, confermata anche dopo la riforma costituzionale del 2001, il Governo è abilitato a far valere nel giudizio in via d'azione ogni tipo di vizio di costituzionalità delle leggi regionali, mentre le Regioni possono ricorrere nei confronti della legislazione statale facendo valere esclusivamente i profili attinenti al riparto di competenze, con l'unica eccezione per quelle questioni che – sebbene riferite a diversi parametri costituzionali – “ridondano” in lesione delle attribuzioni regionali<sup>3</sup>. In sostanza, si fissa una regola (“le Regioni non possono far valere nessun vizio esterno al Titolo V”) e si afferma un'eccezione (la “ridondanza”).

In verità l'ultima parte di tale principio, seppur ormai apparentemente consolidata e tralattivamente richiamata, continua a rimanere abbastanza incerta nella sua reale portata applicativa: e ciò in quanto continua a non essere del tutto definito il concetto di “ridondanza” e, conseguentemente, in cosa si sostanzia l'onere di motivazione che incombe sulle Regioni affinché un loro ricorso (proposto su disposizioni diverse da quelle attributive delle competenze) possa superare il vaglio di ammissibilità.

Si che, come si è suggerito nel titolo, la ridondanza è un po' come il vento, con cui condivide alcuni connotati simbolici: quello di *inconsistenza* (“parlare al v.”; “fatiche gettate al v.”), di *volubilità* (“regolarsi secondo il v. che tira”), ma talvolta anche di *forza rinnovatrice* (un “v. di libertà”) o addirittura *sovvertitrice* (un “v. di rivolta”).

Si pensi, in prima battuta, alle espressioni linguistiche che la Corte utilizza per indicare la ridondanza.

Nelle motivazioni delle varie pronunce che hanno fatto applicazione di detto criterio, esso viene espresso con formulazioni diverse, sì da lasciare ampi margini di incertezza<sup>4</sup>: talvolta si ritiene ammissibile la questione quando la ridondanza produca una *esclusione o limitazione* delle competenze legislative regionali; in altri casi invece si ritiene che le Regioni possono dedurre parametri costituzionali diversi da quelli contenuti nel Titolo V soltanto ove la loro violazione “comporti una *compromissione* delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite”; in altre circostanze si afferma che le Regioni devono motivare in ordine a “*violazioni o menomazioni* delle competenze regionali”, o in ordine alla *lesione* delle proprie sfere di competenza o ancora alla “*vulnerazione* delle attribuzioni costituzionali” ad esse attribuite. In tale ultimo senso, ad esempio, la sentenza n. 151/2017 dichiara inammissibile una questione prospettata con riguardo alla lesione dell'art. 97, primo comma, Cost. (per l'aspetto della garanzia degli equilibri di bilancio delle pubbliche amministrazioni) in quanto la violazione denunciata non è “potenzialmente idonea a determinare una *lesione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni*” (corsivo aggiunto), e queste ultime non hanno “sufficientemente motivato in ordine ai profili di una possibile ridondanza della violazione dei parametri in questione sul riparto di competenze, assolvendo all'onere di indicare la specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Per E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, 2018, 173, “anche in considerazione delle oscillazioni, pure linguistiche, della giurisprudenza costituzionale, non è dato ricavare ad oggi una nozione unitaria di ridondanza, mentre l'elemento più importante da sottolineare è dato dall'atteggiamento in questi ultimi anni maggiormente permissivo della Corte allorché l'impugnazione diretta delle Regioni abbia ad oggetto il sistema delle fonti del diritto”.

<sup>4</sup> Cfr. AA. cit. alla nota prec.; cui *adde*, volendo, A. PERTICI – E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, 152; nonché le ulteriori edizioni degli *Aggiornamenti* fino all'ultima: F. DAL CANTO – E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 201 ss. Per A. GRAGNANI, *Il significato costituzionale*, cit., la stessa espressione “ridondanza” è inadeguata allo scopo per il quale essa è utilizzata, per cui “non sorprende la mancanza di coerenza della giurisprudenza nell'applicazione delle anzidette “categorie”, della quale l'imprecisione terminologica è segno premonitore”.

<sup>5</sup> In senso analogo altre decisioni del triennio, tra le quali possiamo segnalare la sentenza n. 46/2019, che dichiara inammissibile le questioni di costituzionalità sollevate nei confronti dell'art. 3 Cost. in quanto esse “non riguardano



In altri casi, invece, la Corte si accontenta di molto meno, limitandosi a verificare se le norme impugnate siano potenzialmente *incidenti* sulle attribuzioni regionali, con affermazioni che suonano quasi tautologiche: così, tra le ultime, la sentenza n. 101/2018 (che ritiene ammissibili le questioni poste con riferimento agli artt. 81 e 97 Cost. “in quanto è correttamente prospettata la ridondanza della pretesa violazione sulla loro autonomia”) e la sentenza n. 261/2017 (che pure ritiene ammissibile una questione in quanto “le ricorrenti hanno motivato in ordine alla ridondanza del lamentato vizio sulle rispettive attribuzioni costituzionalmente garantite”). Analogamente la sentenza n. 154/2017.

3. Prima di proseguire, occorre considerare che il ricorso alla ridondanza non è episodico, ma ha assunto nel corso degli anni una certa consistenza.

Limitandoci agli ultimi tre anni di giurisprudenza (2017-2019), si osserva come le decisioni complessive che invocano detti parametri siano circa una trentina (su un totale di 79 decisioni emesse su ricorsi regionali): quindi un po' meno della metà, il che evidenzia che l'“eccezione alla regola” è abbastanza diffusa e viene valorizzata dalle Regioni, sebbene l'esito dei ricorsi giunga solo raramente ad una decisione di accoglimento.

L'analisi delle disposizioni costituzionali invocate come parametro nei ricorsi regionali offre un'idea di massima del fenomeno: escludendo l'art. 5 e l'art. 120 (il primo in quanto disposizione richiamata perlopiù *ad abundantiam* e il secondo perché comunque inserito nel Titolo V ancorché non relativo al riparto di competenze), si osserva che l'articolo costituzionale che viene maggiormente invocato dai ricorsi è il 3, nelle varie articolazioni del principio di eguaglianza che esso esprime (eguaglianza formale, ragionevolezza, disparità di trattamento, e così via). Molto raramente tale parametro determina una pronuncia di incostituzionalità riferita esclusivamente ad esso: ciò è avvenuto, però, nella sentenza n. 73/2018, nella quale una regione denunciava una disposizione della legge di bilancio statale che aveva introdotto un meccanismo di definizione agevolata dei procedimenti giudiziari pendenti e riguardanti “il pagamento in favore dello Stato dei canoni e degli indennizzi per l'utilizzo dei beni demaniali marittimi e delle relative pertinenze”, mediante il versamento di una percentuale delle somme dovute. La Regione lamentava la violazione del principio di eguaglianza sotto il profilo della irragionevole differenziazione di situazioni analoghe (vale a dire tra beni del demanio marittimo di proprietà dello Stato o beni in gestione alla Regione speciale): la Corte accoglie tale prospettazione e dichiara l'incostituzionalità della disposizione nella parte in cui non prevede anche i pagamenti effettuati a favore degli enti, diversi dallo Stato, titolari dei canoni e degli indennizzi per l'utilizzo dei beni demaniali marittimi e delle relative pertinenze.

Più frequentemente, invece, il parametro costituzionale contenuto nell'art. 3 Cost. viene invocato insieme ad altri parametri.

Più significativi sono poi i richiami agli artt. 76 e 77 Cost. (per violazione delle disposizioni di delega – anche relativamente ai termini di emanazione del decreto delegato – nel primo caso o per mancanza dei presupposti costituzionali nel secondo)<sup>6</sup>: si tratta di un numero di pronunce abbastanza significativo e che conferma l'impressione altre volte rilevata, e cioè che l'ambito di applicazione della “ridondanza” sia particolarmente da riferire all'assetto delle fonti del diritto, che

---

immediatamente le attribuzioni regionali, mancando, per l'appunto, la prova di una apprezzabile *lesione* di queste ultime” (corsivo aggiunto); nonché la sentenza n. 198/2018, che giunge alla medesima conclusione ritenendo i ricorsi privi “di qualsiasi riferimento alla specifica competenza legislativa che si assume violata e risultando impossibile, dunque, individuare la potenziale *lesione* delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite” (corsivi aggiunti).

<sup>6</sup> Tra le decisioni che prendono in considerazione tali parametri su ricorso regionale si v. le sentenze n. 169 e 261 del 2017; 5, 137, 198 e 247 del 2018; 161, 194 e 195 del 2019.

risulta talvolta penalizzato dal giudizio in via incidentale<sup>7</sup>. Si ricordi, a tale riguardo, l'importante precedente costituito dalla sentenza n. n. 22/2012, in cui il decreto-legge, impugnato con riguardo a dieci diverse disposizioni costituzionali, fu dichiarato incostituzionale in riferimento all'art. 77 Cost., relativamente al procedimento di approvazione della legge di conversione. In particolare, il Giudice costituzionale ritenne che il carattere eterogeneo delle norme inserite in tale sede, rispetto al testo originario del decreto-legge, fosse sintomatico del mancato rispetto dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza.

Altre disposizioni costituzionali che sono state invocate con una certa ricorrenza nel triennio considerato sono l'art. 32 Cost.<sup>8</sup>, l'art. 81 Cost.<sup>9</sup> e ancor di più l'art. 97 Cost.<sup>10</sup> Più sporadici i richiami agli art. 31 (sentenza n. 5/2018), 34 (*id.*), 53 (sentenza n. 17/2018), 11 (sentenza n. 75/2017), 18, 23, 25 e 27 Cost. (tutti nella sentenza n. 195/2019).

Si tratta di numeri che confermano – come detto – l'importanza assunta dalla teoria della ridondanza nei ricorsi regionali: il che giustifica anche l'interesse che la dottrina vi ha dedicato, specie negli ultimi tempi.

4. L'incertezza di espressioni con cui il criterio della ridondanza viene applicato nella giurisprudenza costituzionale, e di cui si è detto nel paragrafo 2, deve essere valutata, così almeno a me pare, in relazione alla sostanza del tema, che indicherei in questo modo. La "teoria della ridondanza" ha un senso se con essa si intende legittimare le Regioni ad agire nelle ipotesi in cui la disposizione statale, pur *non violando alcuna disposizione costituzionale sulle competenze* (o, meglio, indipendentemente da tale violazione, che nel caso ricorra può costituire autonomo motivo di impugnazione), contiene misure che risultano comunque *incidenti negativamente* sulle proprie competenze<sup>11</sup>: in tal caso esse hanno un interesse ad agire (che se non vi fosse l'incidenza negativa non sussisterebbe), che possono far valere nell'ipotesi in cui la disposizione stessa sia potenzialmente lesiva di altre disposizioni costituzionali (non relative al riparto di competenza, cioè)<sup>12</sup>. Se questo è, e così dovrebbe per logica essere, ne consegue che le Regioni, nell'invocare la "ridondanza", non sono tenute a dimostrare alcuna *violazione*, da parte della disposizione impugnata, delle disposizioni sul riparto di competenze: nell'ipotesi in cui esse ritenessero infatti che la normativa statale violasse *anche* i parametri sul riparto delle competenze, esse dovrebbero sollevare su questi ultimi relativa e autonoma questione. Ciò che invece le Regioni dovranno dimostrare è come le disposizioni statali *incidono negativamente* (ancorché legittimamente, in

---

<sup>7</sup> Su tali aspetti v., oltre agli AA. citati alla nota 2, C. PADULA, *Vizi procedurali dei decreti-legge*, cit., 503 ss.; E. LAMARQUE, *I profili processuali della sentenza n. 22/2012 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi 2012 (03.10.12).

<sup>8</sup> Tra queste, le sentenze 154, 169 e 192 del 2017; 5 del 2018 e 195 del 2019.

<sup>9</sup> Sentenze n. 151 del 2017; 5, 101 e 103 del 2018; 233 del 2019.

<sup>10</sup> Tra le altre, sentenze n. 13, 75, 114, 151, 154, 169, 192, 231 del 2017; 5, 17, 75, 79, 101, 103, 137 e 198 del 2018; 195 e 233 del 2019.

<sup>11</sup> Su tali aspetti v. ora, diffusamente, C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, cit. Un significativo parallelo si potrebbe svolgere, al riguardo, con il tipo di lesione che legittima il ricorso alla Corte per conflitto tra poteri, allorché, per usare ancora le parole di P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali*, cit., 1274, "ne derivi nocumento, compromissione o paralisi all'esercizio di una competenza che sia l'espressione di un'attribuzione costituzionalmente protetta".

<sup>12</sup> Con la consueta chiarezza, esprime molto bene questo concetto V. ONIDA, *Intervento*, in AA.VV., *I ricorsi in via principale* cit., 275, per il quale può accadere "che una legge ordinaria, il cui contenuto dispositivo pur si collochi nei limiti di ciò che è consentito dalla Costituzione al legislatore statale, riduca o restringa o vincoli i poteri della Regione, e in questo senso incida sulla sfera dell'autonomia, ma appaia viziata, ad esempio, dalla violazione di una norma sulle fonti, che ridonda, pertanto, in lesione dell'autonomia, nel senso che riguarda il modo o lo strumento attraverso il quale si è realizzato l'effetto restrittivo".

relazione alle disposizioni costituzionali sul riparto di competenze) sulle proprie attribuzioni: senza di che, infatti, non si avrebbe interesse a ricorrere.

Occorre tuttavia, al riguardo, chiarire un punto. L'art. 127 Cost. legittima le Regioni a ricorrere quando una legge o un atto avente valore di legge dello Stato (o di altra Regione) "leda la sua sfera di competenza". Quindi si fa riferimento a una *lesione*: il che sembrerebbe contraddire la ricostruzione che si è appena proposta, oltre a porre in dubbio la stessa giurisprudenza costituzionale sulla ridondanza, che ammette questioni tendenti a denunciare disposizioni "potenzialmente idonee a riverberarsi sulle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite"<sup>13</sup>. Per superare la contraddizione, anche della giurisprudenza costituzionale, credo che si debba invece ragionare sul complemento oggetto della *lesione*, cioè sul concetto di "sfera di competenza". Che non può essere interpretato come "competenze costituzionalmente attribuite" e nemmeno come "disposizioni costituzionali sulle competenze", ma come il complesso di ciò che le Regioni sono chiamate a realizzare nell'ordinamento costituzionale. Occorrerebbe analizzare questo punto più in profondità, ma anche dal punto di vista lessicale l'art. 127 Cost. non fa riferimento alle "materie", come invece, e ripetutamente, l'art. 117 Cost. Inoltre, il termine "sfera di competenza" è utilizzato dalla Costituzione soltanto in due disposizioni: oltre alla presente, nell'art. 97, secondo comma: "Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza". Quindi una legge statale può *ledere la sfera di competenza regionale* anche *senza ledere direttamente una materia* attribuita alla regione dalla Costituzione.

Le Regioni, pertanto, possono ricorrere alla Corte per far valere la violazione di parametri costituzionali "non competenziali" in quanto, per questa via, esse possono aspirare, in caso di accoglimento, a vedere rimossi provvedimenti normativi che *incidono* sulle loro competenze pur senza *violarle*. In tali ipotesi è evidente che si combinano due interessi: quello delle Regioni a produrre l'annullamento di un provvedimento potenzialmente produttore effetti negativi sull'esercizio delle proprie attribuzioni; un interesse generale al rispetto - da parte del legislatore statale - delle disposizioni costituzionali. In sostanza, mediante l'invocazione della "ridondanza", le Regioni, agendo non soltanto per tutelare un interesse proprio<sup>14</sup> ma anche per far valere il rispetto da parte della legislazione statale *di tutte* le disposizioni costituzionali, vengono a svolgere una funzione di "polizia costituzionale"<sup>15</sup> analoga a quella attribuita al Governo nazionale nei confronti della legislazione regionale. Come recentemente ha osservato Falcon, la giurisprudenza sulla ridondanza tende a superare "una ristretta interpretazione della competenza come mera titolarità, per intenderla piuttosto come pretesa all'esercizio delle proprie funzioni in un quadro di complessiva legittimità costituzionale. In questo ruolo, dunque, le Regioni fanno valere il rispetto

---

<sup>13</sup> E che legittima le Regioni ad agire, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale anche nell'ipotesi di una prospettata lesione delle attribuzioni degli enti locali, "indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale" (così, da ultimo, sentenza n. 195/2019). Sul tema della tutela delle autonomie locali davanti alla Corte v. P. COSTANZO, *La tutela delle autonomie locali davanti alle Corti costituzionali*, in G. Rolla (a cura di), *La difesa delle autonomie locali*, Milano, 2005, 147 ss.

<sup>14</sup> Che comunque rimane necessario per legittimare l'interesse a ricorrere. Ed infatti, secondo A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 297, l'apertura della Corte (sulla ridondanza) vale a tutelare maggiormente gli interessi regionali. Secondo E. LAMARQUE, *I profili processuali della sentenza n. 22/2012*, cit., con detta giurisprudenza la Corte mira piuttosto a tutelare il "proprio" interesse a non allargare eccessivamente la possibilità di ricorso regionale (da un lato), ma al contempo a colpire le violazioni costituzionali (quelle relative, appunto, al sistema delle fonti) che con difficoltà o in modo incompleto possono pervenirle mediante il giudizio in via incidentale.

<sup>15</sup> Secondo la celebre espressione di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 248, peraltro riferita al ruolo svolto dallo Stato nei confronti della legislazione regionale. Per C. CARUSO, *I profili processuali*, cit., 638, la regione agirebbe in queste circostanze quale "procuratore della Costituzione".

della costituzione non a titolo di rappresentanza dei propri cittadini, ma come parte sostanziale del proprio diritto all'esercizio della propria competenza"<sup>16</sup>.

Ma perché ciò possa realizzarsi occorre, lo si ribadisce, che tali questioni possano considerarsi autonome da quelle sul riparto di competenze, perché altrimenti le Regioni avrebbero un interesse limitato a ricorrere contro atti normativi statali da ritenere comunque incostituzionali per violazione delle norme sulla competenza<sup>17</sup>: mentre l'interesse regionale sussiste allorché mediante tali censure le Regioni possono sperare di far dichiarare incostituzionale un atto che altrimenti -vale a dire in relazione ai parametri costituzionali sul riparto delle competenze- non lo sarebbe.

La sentenza n. 220/2013 può essere richiamata per fare chiarezza su questo punto. Non tanto in relazione alla prima frase, dove si legge che allorché "il parametro evocato non attiene direttamente al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, è necessario, ai fini dell'ammissibilità, che le norme censurate determinino, nella prospettazione della parte ricorrente, una violazione potenzialmente idonea a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni". Come si è detto, e di dirà, infatti, non è corretto parlare né di *violazione* né di *lesione*. Merita invece sottolineare la frase successiva, in cui si legge che "ciò ovviamente non equivale a ritenere che la censura basata su parametri non attinenti al riparto di competenze sia ammissibile solo se fondata rispetto ad una norma contenuta nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione. La questione infatti, all'esito di uno scrutinio di merito, potrebbe risultare non fondata rispetto ai parametri competenziali, ma essere ritenuta preliminarmente ammissibile proprio per la sua potenziale incidenza su questi ultimi. Solo se dalla stessa prospettazione del ricorso emerge l'estraneità della questione rispetto agli ambiti di competenza regionale – indipendentemente da ogni valutazione sulla fondatezza delle censure – la questione deve essere dichiarata inammissibile". E dunque, se così ha da essere, occorre ritenere ammissibile una questione anche nell'ipotesi in cui essa *non sia fondata* in relazione ai parametri competenziali (e magari non ne prospetti neppure la violazione), purché la disposizione censurata sia "*potenzialmente incidente*" sugli stessi.

La differenza, deve ammettersi, non è di agevole verifica, e tuttavia sul piano logico essa è chiara e merita sicuro consenso.

Ciò tuttavia ha conseguenze sulla valutazione dell'ammissibilità che la Corte deve operare: preliminarmente essa dovrà infatti verificare se la questione possa *incidere sui* – pur *senza violare i* – parametri competenziali, con una doppia alternativa di risultato. Se essa verifica che si tratti soltanto di una "incidenza" e non di una violazione, la questione sarà ammissibile e dovrà essere scrutinata con riguardo ai parametri non competenziali invocati; se invece la Corte valutasse che *non di incidenza* ma di *violazione* si tratti, dovrà esaminare la disposizione sia con riguardo ai parametri non competenziali (sull'ovvio presupposto che la *violazione* contenga in sé anche la *incidenza*) che a quelli competenziali (qualora, ovviamente, essi siano invocati nel ricorso).

Tutto ciò non emerge con particolare chiarezza nella giurisprudenza della Corte, anche in quella più recente, dove si continua a pretendere nei ricorsi regionali una motivazione in ordine alla *lesione* ovvero alla *compromissione* delle competenze regionali (come ad esempio richiedono, ancora da ultimo, le sentenze 13/2017 e 6/2019<sup>18</sup>). In altre decisioni, invece, ci si limita – correttamente - a richiedere una valutazione (o, talvolta, una mera *dichiarazione*) di incidenza negativa: così ad esempio la sentenza 169/2017 ritiene ammissibili le questioni in quanto le stesse "collegano

---

<sup>16</sup> G. FALCON, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, n. 3/2019, 603 ss., spec. 608.

<sup>17</sup> Anche perché verosimilmente la Corte potrebbe ritenere assorbito l'ulteriore parametro, come fa spesso: analogamente D. MONEGO, *L'instabile giurisprudenza*, cit., 250 ss.

<sup>18</sup> Ove si legge che "le Regioni sono legittimate a denunciare la violazione dei parametri riguardanti il riparto di competenze tra esse e lo Stato e possono evocarne altri soltanto ove la loro violazione comporti una compromissione delle attribuzioni costituzionalmente garantite".

eziologicamente le doglianze, formulate in riferimento a parametri estranei al Titolo V della Costituzione, alle pretese lesioni alla propria autonomia”; la sentenza n. 17/2018 afferma che “l’evocazione di parametri estranei a quelli afferenti alla competenza regionale (nel caso trattavasi degli artt. 3, 53 e 97 Cost., ndr) è ammissibile quando esiste – come nel caso in esame – la connessione tra la disciplina del regime agevolativo del tributo e l’effetto che essa produce sulle relazioni finanziarie tra Stato e Comuni, la lesione delle cui prerogative costituzionali la Regione è legittimata a denunciare”; la sentenza n. 5/2018 ritiene sufficiente che le violazioni denunciate “siano potenzialmente idonee a ripercuotersi” sulle attribuzioni costituzionali delle regioni.

5. Quanto sin qui detto, induce a riflettere meglio sulla motivazione dei ricorsi regionali avverso disposizioni normative statali denunciate sotto il profilo della ridondanza. Questi, infatti, presuppongono una doppia motivazione: sia sulla violazione direttamente prospettata (ovvero in riferimento ai parametri costituzionali non competenziali), che sull’incidenza (non della violazione, bensì) della disposizione impugnata sulle competenze regionali. Si potrebbe dire, per essere più chiari, che il primo aspetto riguarda la questione *di merito* su cui la Corte è chiamata a giudicare (es.: il decreto-legge viola o no l’art. 77 Cost.); il secondo, invece, attiene ad un profilo processuale, ovvero di ammissibilità (in quanto consente di valutare la sussistenza dell’interesse a ricorrere).

Anche questo aspetto, tuttavia, non emerge sempre con chiarezza nella giurisprudenza costituzionale, dove si legge spesso una frase, che viene ripetuta tralazientemente, in cui si indicano (correttamente) due condizioni, ma riferite al medesimo punto: “le regioni possono evocare parametri di legittimità costituzionale diversi da quelli che sovrintendono al riparto di competenze fra Stato e regioni solo a due condizioni: che la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a riverberarsi sulle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite e che le regioni ricorrenti abbiano sufficientemente motivato in ordine alla ridondanza della lamentata illegittimità costituzionale sul riparto di competenze, indicando la specifica competenza che risulterebbe offesa e argomentando adeguatamente in proposito” (da ultimo, sentenze n. 13 e 151 del 2017; 79, 137 e 198 del 2018; 194, 195, 198 e 247 del 2019). Mi pare evidente, in tal caso, la potenziale tautologia: se la prima condizione, infatti, è che la disposizione statale sia “potenzialmente idonea a riverberarsi sulle attribuzioni regionali”, tale aspetto dovrà essere motivato, che è esattamente ciò che viene chiesto con la “seconda” condizione.

In ogni caso, queste due “condizioni” indicate dalla Corte sono entrambe riferite alla dimostrazione della ridondanza, mentre il ricorso dovrà motivare non soltanto su tale aspetto (che, come detto, interessa soltanto per l’ammissibilità della questione), bensì anche (e direi soprattutto) sul merito della questione<sup>19</sup>, su cui la Corte è chiamata a giudicare.

Questa doppia esigenza relativamente alla motivazione del ricorso costituisce una significativa differenza tra i ricorsi regionali (nel caso in cui si prospettino questioni di ridondanza) e le ordinanze di rimessione nel giudizio in via incidentale, come la stessa Corte espressamente afferma: “le argomentazioni sul merito delle censure (...) sono necessarie, nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale, *in termini ancora più stringenti che nei giudizi in via incidentale (...)*, a maggior ragione quando si denunci la violazione di parametri costituzionali estranei al Titolo V della Parte seconda della Costituzione, della quale occorre che la parte ricorrente dimostri, e questa Corte verifichi, la ridondanza sulle attribuzioni regionali” (così sentenza n. 192/2017, corsivo aggiunto).

Un’ulteriore precisazione. Anche le pronunce che correttamente fanno riferimento all’incidenza sulle (e non alla lesione delle) competenze regionali, richiedono che la regione dimostri tale

---

<sup>19</sup> Come richiesto dall’art. 19 delle Norme integrative, che impone ai ricorsi di indicare le norme costituzionali che si assumono violate e “l’illustrazione delle relative censure”.

incidenza con riguardo alla violazione, da parte della disposizione impugnata, dei parametri costituzionali non competenziali. Si veda, ad esempio, un passaggio della motivazione della sentenza n. 137/2018, con cui la Corte esamina l'ammissibilità di una questione avente ad oggetto un profilo di illegittimità costituzionale di un decreto-legge impugnato in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost., per insussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza: secondo la Corte, "la ricorrente offre sul punto una adeguata motivazione facendo riferimento alla supposta incidenza della violazione dell'art. 77 Cost. sulla propria potestà legislativa residuale in materia di trasporto pubblico locale. La norma statale impugnata avrebbe, a suo dire, anche l'effetto di vanificare la disciplina contenuta" in una legge regionale che viene richiamata (corsivo aggiunto). Ove è evidente che non è la violazione dell'art. 77 Cost. che incide sulla potestà legislativa regionale, bensì (direttamente) il decreto-legge: ragione per cui la motivazione dovrebbe leggersi nel senso che "la ricorrente offre sul punto una adeguata motivazione facendo riferimento alla supposta incidenza della disposizione impugnata sulla propria potestà legislativa residuale in materia di trasporto pubblico locale".

6. Così ricostruito, seppur per accenni, il quadro di riferimento, merita ora rivolgere l'attenzione alle ultime pronunce della Corte, da cui mi pare potersi ricavare l'esigenza, affermata dalla Corte, che la motivazione sulla ridondanza dia conto dell'incidenza *in concreto* dell'atto impugnato sulle competenze regionali.

Due casi mi sembrano significativi: uno che in qualche modo introduce il tema (e che, continuando la metafora del vento, si manifesta come una *brezza leggera*), ed un secondo che invece fonda su di ciò l'intera, importante, decisione (e che pertanto sembra configurarsi come "*un vento che si abbatte impetuoso*", al pari di quello che gli Atti degli Apostoli descrivono per indicare la Pentecoste).

Il primo caso è costituito da (una parte del)la sentenza n. 79/2018.

La regione ricorrente lamentava l'incostituzionalità di una disposizione della legge di bilancio per il 2017 che, relativamente all'adozione dei piani di rientro per una serie di enti operanti in ambito sanitario, aveva modificato i criteri per la nomina del commissario *ad acta* incaricato della predisposizione, adozione e attuazione del piano di rientro. Secondo la regione, la norma violerebbe i principi di ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui agli artt. 3 e 97 Cost., nonché i principi posti a presidio di un corretto esercizio del potere sostitutivo del Governo ex art. 120 Cost. e il principio di eguaglianza: e sin qui i motivi di supposta incostituzionalità. Quanto invece alla ridondanza sulle proprie competenze, la regione motivava sulla considerazione che "la violazione ridonderebbe poi sull'autonomia regionale ai sensi degli artt. 117, terzo comma, e 119 Cost., in quanto a motivo dell'inefficienza di alcune Regioni non debitamente assoggettate al controllo sostitutivo statale, verrebbero adottate misure restrittive nei confronti di Regioni virtuose come la Regione Veneto (la Regione ricorrente, *ndr*) che, partecipando al livello del fabbisogno sanitario nazionale standard, si vedrebbe privata di risorse attribuite a Regioni inefficienti".

Per la Corte la questione, così prospettata, non è ammissibile, in quanto la regione avrebbe dovuto argomentare "in *concreto* in relazione all'entità della compressione finanziaria lamentata e alla sua *concreta* incidenza sull'attività di competenza regionale" (corsivi aggiunti), mentre nel caso in esame "i lamentati effetti negativi sulle finanze della ricorrente sono generici e congetturali e, conseguentemente, del tutto astratta e immotivata è la pretesa lesione dell'esercizio delle funzioni amministrative regionali". Anche la sentenza n. 151/2017 ha ritenuto inammissibile una censura di violazione dell'art. 81, ultimo comma, Cost., in quanto "la Regione omette di spiegare in che modo si verificherebbe la lesione della propria autonomia finanziaria", che si sarebbe dovuta dimostrare

“attraverso dati quantitativi, dell’incidenza delle riduzioni di provvista finanziaria sull’esercizio delle funzioni”.

Dunque, sembra doversi dedurre, non è sufficiente che la regione dichiari che le disposizioni statali possono incidere sulle competenze regionali, ma occorre invece che tale incidenza sia dimostrata *in concreto* (non quindi in modo *generico o congetturale*) e magari quindi con “dati quantitativi”.

Ma se, come detto, questo passaggio è poco più di una brezza, almeno in considerazione della stringatezza della motivazione e dell’ambito applicativo limitato ad un profilo della questione, ben più consistente è la decisione forse più importante del triennio in ordine alla “ridondanza”: la sentenza n. 194/2019, che potrebbe assumere i connotati di sentenza *leading* in materia. E ciò sia perché affronta espressamente e diffusamente il tema; sia perché dichiara inammissibili tutte le censure proposte nei confronti di un atto normativo statale di sicura rilevanza politica (quale è il decreto-legge n. 113 del 2018, noto come “decreto sicurezza”) e lo fa proprio per insufficiente motivazione in ordine alla (supposta) ridondanza. A ciò si aggiunga che si tratta di una decisione sottoscritta da ben quattro giudici relatori/redattori (oltre al Presidente), il che sembra aumentarne l’autorevolezza di precedente.

Esaminiamo dunque nel dettaglio le diverse questioni che tale pronuncia affronta.

In primo luogo, viene esaminata l’ammissibilità della questione prospettata nei confronti dell’intero decreto-legge, per supposta violazione dell’art. 77 Cost. (per carenza dei presupposti di necessità ed urgenza).

La Corte, dopo aver ritenuto che la motivazione su tale punto sia sufficiente, la ritiene inadeguata invece sul punto della ridondanza, in quanto, come si legge nella sentenza, non è sufficiente che la Regione assuma che “le disposizioni del decreto-legge incidono sull’esercizio delle funzioni proprie delle Regioni nei settori della “tutela della salute”, della “tutela del lavoro”, dell’“istruzione”, della “formazione professionale”, del “governo del territorio”, con riferimento all’edilizia residenziale pubblica, e dell’“assistenza sociale”, nonché sulle corrispondenti funzioni amministrative regionali e locali”. E ciò in quanto, motiva la sentenza, “di fronte a un atto legislativo, quale il d.l. n. 113 del 2018, a contenuto normativo differenziato, che incide su diversi settori dell’ordinamento giuridico, tutti riferibili (...) alla competenza esclusiva dello Stato, la ridondanza del vizio sulle competenze regionali e locali deve essere argomentata in relazione allo specifico contenuto normativo del decreto e alla idoneità dello stesso a obbligare la Regione a esercitare le proprie attribuzioni in conformità a una disciplina legislativa statale in contrasto con norme costituzionali”.

In secondo luogo, la Corte dichiara inammissibili le questioni sollevate nei confronti di una specifica disposizione del decreto-legge (l’art. 1), con cui è stata eliminata la previsione di un permesso di soggiorno per motivi umanitari quale istituto generale e atipico, sostituendola con la possibilità di rilasciare il permesso per una serie di casi speciali.

Le regioni ricorrenti lamentavano che detta sostituzione avrebbe determinato una restrizione dei titoli di soggiorno e la conseguente illegittima esclusione di una quota di persone dal novero della popolazione regolarmente residente sul territorio regionale e beneficiaria delle prestazioni sociali erogate dalle Regioni (e dagli enti locali): in tal modo, sarebbero risultati violati, oltre all’art. 77 Cost., gli artt. 3 e 97 Cost. (ragionevolezza e buon andamento della pubblica amministrazione), l’art. 2 Cost., che garantisce tutela ai diritti fondamentali delle persone; gli artt. 4 e 35 Cost., sul diritto al lavoro; gli artt. 10, 11 e 117, primo comma, Cost. in riferimento al rispetto degli obblighi internazionali ed europei, e in relazione a diversi parametri interposti, nonché “con ricadute, sia pure indirette, sulle competenze concorrenti e residuali delle Regioni in materia di assistenza sociale e sanitaria, di formazione e politiche attive del lavoro, di istruzione ed edilizia residenziale pubblica, oltre che sulle funzioni degli enti locali, in violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, 118 e 119 Cost.”.

La Corte, mediante un'analitica ricostruzione della normativa e dopo aver classificato la disposizione impugnata tra le materie di competenza esclusiva statale ("immigrazione" e "diritto d'asilo"), ritiene che "tutte le censure danno per certo che l'effetto concreto delle disposizioni impugnate sia quello di ridurre il numero dei titolari di un regolare permesso di soggiorno". Tuttavia, prosegue la Corte, "tale motivazione non è sufficiente a dimostrare la ridondanza in concreto sulle competenze regionali, alla luce del dato normativo come sopra illustrato. Gli argomenti addotti dalle ricorrenti si basano sull'assunto indimostrato che il passaggio da un permesso di soggiorno generale e atipico, per «seri motivi di carattere umanitario», a una serie di «casi speciali», comporti di per sé una restrizione della protezione complementare contraria a Costituzione". Ciò però, a parere della Corte, non è adeguatamente motivato, in quanto "l'effettiva portata dei nuovi permessi speciali potrà essere valutata solo in fase applicativa, nell'ambito della prassi amministrativa e giurisprudenziale che andrà formandosi, in relazione alle esigenze dei casi concreti e alle singole fattispecie che via via si presenteranno". E poiché tale applicazione "potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili", se ne deve dedurre "il carattere ipotetico e meramente eventuale delle questioni" e di conseguenza indimostrato "l'illegittimo condizionamento indiretto delle competenze regionali denunciato nei ricorsi". Quindi, conclude la Corte, "le ragioni addotte dalle ricorrenti a sostegno della "ridondanza" non consentono di superare il vaglio di ammissibilità".

Una terza questione riguarda l'art. 12 del medesimo decreto-legge, con cui sono state ridisciplinate le procedure di accoglienza dei richiedenti asilo, riservando i progetti di integrazione e inclusione sociale esclusivamente ai soggetti già titolari di protezione internazionale, ai minori stranieri non accompagnati nonché ai titolari di specifici permessi di soggiorno. A ciò si aggiunge una nuova regolazione del sistema di accoglienza e integrazione.

Secondo le Regioni ricorrenti, tale disposizione risultava in contrasto, oltre che con disposizioni costituzionali attributive di competenza, anche con l'art. 77 Cost., con gli artt. 3 e 97 Cost. (principi di ragionevolezza e buon andamento della pubblica amministrazione); con l'art. 2 Cost., nella parte in cui garantisce tutela ai diritti fondamentali delle persone; con gli artt. 4 e 35 Cost., relativamente al diritto al lavoro; con gli artt. 10, 11 e 117, primo comma, Cost. in riferimento al rispetto degli obblighi internazionali ed europei derivanti da diverse norme interposte.

Sul versante della ridondanza, le Regioni assumevano che l'esclusione dal sistema territoriale di accoglienza dei richiedenti asilo avrebbe "impedito", ovvero "condizionato" l'esercizio delle loro competenze, imponendo loro di esercitare le proprie funzioni in modo costituzionalmente illegittimo, con lesione di parametri appunto non attinenti al riparto delle competenze statali e regionali, nonché "aggravato" sul piano finanziario.

La Corte, dopo aver classificato le misure nell'ambito delle materie di competenza esclusiva statale (in particolare, "diritto d'asilo" e "condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea" di cui all'art. 117, secondo comma, lettera a), Cost.), giudica anche questa questione inammissibile, per la stessa ragione delle precedenti. Dopo aver ribadito che nei casi – come il presente – in cui la disposizione statale rientra in una materia di competenza esclusiva statale "grava sulla Regione ricorrente un onere motivazionale particolare, ossia quello di dimostrare, in concreto, ragioni e consistenza della lesione indiretta delle proprie competenze, non essendo sufficiente l'indicazione in termini meramente generici o congetturali di conseguenze negative per l'esercizio delle attribuzioni regionali", ritiene carente tale "necessario passaggio argomentativo", in quanto i ricorsi "si limitano a postulare un'astratta attitudine delle norme contestate a incidere su ambiti assegnati alla Regione e agli enti locali, ma di tale incidenza non danno conto in maniera che essa possa essere valutata da questa Corte". Da qui "un difetto di motivazione sulla ridondanza delle prospettate censure sulle competenze regionali e degli enti locali".



Anche relativamente all'ipotesi per cui le Regioni, a seguito delle misure introdotte dal decreto-legge, saranno obbligate ad accollarsi nuove spese, la Corte ritiene necessario che i ricorrenti argomentino "in concreto in relazione all'entità della compressione finanziaria lamentata e alla sua concreta incidenza sull'attività di competenza regionale": siccome ciò non è avvenuto, la questione è inammissibile.

L'ultima questione posta dai ricorsi regionali concerne alcune previsioni contenute nell'art. 13 del d.l. n. 113 del 2018, concernenti le modalità di iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale. Anche tali disposizioni, secondo le Regioni, si pongono in contrasto – oltre che con gli articoli della Costituzione relativi al riparto di competenze – con gli artt. 2, 3, 5, 10, terzo comma, 32, 34, 35, 77 e 97 Cost., nonché con alcune norme del diritto dell'Unione europea e di trattati internazionali. Sul piano della ridondanza, le ricorrenti sostengono che tali misure avrebbero una ricaduta indiretta su ambiti di competenza regionale, come conseguenza dell'"inevitabile condizionamento che le disposizioni censurate produrrebbero sulla platea dei destinatari dei servizi previsti dalla normativa regionale a favore dei residenti (dai quali dovrebbero essere esclusi i richiedenti asilo)".

Tuttavia, ancora una volta, la Corte ritiene che la motivazione su tale condizionamento sia carente, in quanto i ricorsi "si limitano a postulare un'astratta attitudine delle norme contestate a incidere su ambiti assegnati alla Regione e agli enti locali, ma di tale incidenza non danno conto in maniera che essa possa essere valutata da questa Corte". Da qui, dunque, "un difetto di motivazione sulla ridondanza delle prospettate censure sulle competenze regionali e degli enti locali, con la conseguenza che, restando impregiudicata ogni altra valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni contestate, le stesse censure non superano il vaglio dell'ammissibilità".

7. Dunque, come può notarsi, la sentenza n. 194/2019 abbatte (come un vento impetuoso, appunto) i ricorsi regionali basati sulla ridondanza delle misure del "decreto sicurezza" sulle competenze attribuite alle stesse Regioni.

Quali considerazioni si possono trarre da tale giurisprudenza?

In primo luogo, deve essere sottolineata la precisazione, contenuta nell'ultima decisione richiamata, circa "la possibilità per le regioni di impugnare per lesione di competenza indiretta anche leggi statali regolanti materie di competenza esclusiva statale (non trasversale)": affermazione che per parte della dottrina ha giudicato come "l'elemento di maggior interesse della sentenza n. 194/2019"<sup>20</sup>.

Sebbene non si tratti, al riguardo, di un elemento effettivo di novità<sup>21</sup>, in ogni caso mi pare pienamente coerente con il modo con cui la Corte ha elaborato il concetto di ridondanza. Il presupposto per la sua applicazione, infatti, come più volte segnalato, è che l'atto statale sia (o possa essere) legittimo dal punto di vista del riparto di competenze, e tuttavia sia contrastante con altre disposizioni costituzionali. Quindi, che sia espressione di una competenza statale, ancorché esclusiva, mi pare senz'altro possibile; né mi pare che tale rilievo aggiunga molto al concetto di ridondanza.

Più in generale, si conferma – a mio avviso, e malgrado il tentativo di maggiore sistemazione prodotto soprattutto nella sentenza n. 194/2019 - che la valutazione sulla ridondanza risenta molto, e fors'anche in misura decisiva, di ciò che la Corte vuole dire (o non dire) sul merito della questione.

---

<sup>20</sup> C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, cit., 379.

<sup>21</sup> Ed in effetti lo stesso C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, cit., 751 ss., indica alcuni precedenti rilevanti, a partire dalla sentenza n. 412/2001 che ha ritenuto ammissibile, e giudicato nel merito, una questione di costituzionalità sollevata da una Provincia autonoma nei confronti di una disposizione che ha introdotto sanzioni penali (relativamente all'attività svolta dal gestore di impianti di trattamento di acque reflue urbane).

Se questo conferma l'“ormai acclarato senso di frustrazione per l'impossibilità di ritrovare una linearità definitoria”<sup>22</sup>, a tale frustrazione credo che ci si debba abituare, senza troppi rimpianti. La sentenza sul “decreto sicurezza” mi pare emblematica. La Corte, infatti, poteva ben diversamente uscire dalle questioni poste dai ricorsi regionali motivando, oltre che sulla non violazione da parte di dette previsioni di disposizioni costituzionali attributive di competenza, anche sull'evidente carenza di interesse regionale. La considerazione – in particolare – che, a seguito del decreto-legge Salvini, gli stranieri in attesa di riconoscimento dello status di cui all'art. 10 Cost. sarebbero diminuiti, e quindi sarebbero state violate le competenze regionali dirette ad assicurare loro assistenza, mi pare argomentazione che ben altrimenti avrebbe potuto indurre la Corte a respingere i ricorsi senza un esame nel merito. E invece la Corte non ha voluto chiudere sbrigativamente la porta, come avrebbe potuto fare, ma si è dilungata in una puntuale ricostruzione sia del merito delle censure che dei loro profili di potenziale incostituzionalità, quasi suggerendo ai giudici di sollevare le questioni qualora in sede applicativa sorgessero degli ambiti di minor tutela. Per questo, la decisione di inammissibilità sulla non adeguata motivazione in merito alla ridondanza appare come una sorta di espediente, un “dire e non dire”, come talvolta avviene nelle decisioni del giudice costituzionale: o, forse, un dire una cosa per farne intendere un'altra.

Ma vi è un altro profilo che mi pare si debba sottolineare su quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale, e che investe la stessa natura del giudizio in via d'azione: la richiesta di una motivazione sulla “ridondanza in concreto”<sup>23</sup>, che mi pare criticabile per almeno due ragioni.

In primo luogo, perché in tal modo si rischia di rendere eccessivamente gravoso l'onere imposto al ricorrente<sup>24</sup>, il quale dovrebbe invece concentrare la propria attenzione sul merito della questione (e, perciò sul presunto contrasto tra la disposizione impugnata e i parametri costituzionali); ma sia soprattutto perché tale incidenza “in concreto” si può spesso valutare soltanto – per definizione – in sede applicativa, e non certamente nei sessanta giorni di vigenza entro i quali è possibile presentare ricorso. Se si seguisse fino in fondo l'orientamento della Corte, come espresso almeno in alcune pronunce, il giudizio in via d'azione sarebbe un giudizio “astratto” nella valutazione di merito, ma “concreto” nella valutazione dell'ammissibilità<sup>25</sup>. Il che, come è evidente, sarebbe contraddittorio e quindi sbagliato.

Né mi pare condivisibile la “motivazione” che la Corte ha fornito, ancora una volta nella sentenza n. 194/2019, sul proprio orientamento restrittivo (peraltro, “a giorni alterni”). In essa si legge che l'obbligo per le Regioni di dare conto, in maniera puntuale e dettagliata, della effettiva sussistenza e della portata del “condizionamento” prodotto dalla norma statale impugnata risponde

---

<sup>22</sup> D. TEGA, *Giudizi su conflitti*, cit., 138.

<sup>23</sup> Interessante è il tentativo operato da F. BIONDI DAL MONTE, *Ridondanza “in concreto”*, cit., la quale ipotizza che il riferimento alla “concretezza” possa essere declinato “in tre accezioni, alternative o concorrenti tra loro: a) la necessità per le Regioni di argomentare con elementi oggettivi, determinati, verificati la lesione di proprie attribuzioni regionali; b) la necessità per le Regioni di riferirsi a circostanze che sono desumibili nella pratica ovvero nella realtà dell'esercizio delle attribuzioni regionali; c) la necessità per le Regioni di argomentare in merito alla portata applicativa delle disposizioni impuginate, anche in termini di effetti e/o conseguenze da queste prodotte”, peraltro ritenendo che “si tratta tuttavia di dati o elementi che, nei termini previsti per la presentazione di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, rischiano di essere difficilmente ottenibili e/o producibili”.

<sup>24</sup> Secondo C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, cit., 761, questa posizione della Corte conduce a “un appesantimento dei requisiti di ammissibilità del ricorso (nei casi di lesione indiretta di competenza) che desta qualche perplessità”.

<sup>25</sup> Così anche A. RAUTI, *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L'importanza (e le incertezze) della sentenza n. 194 del 2019*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it) Rassegna*, 29 febbraio 2020, 21, per il quale risulta davvero singolare da parte della Corte rifiutare le conseguenze della ridondanza “a livello di giudizio astratto di costituzionalità” in quanto “tale scelta accresce le difficoltà definitorie della ridondanza, il suo uso retorico e non lineare, quasi occasionalistico, mentre ci si aspetterebbe una maggiore coerenza soprattutto alla luce della natura di tale istituto, che fuoriesce dai tradizionali confini del giudizio in via d'azione”.

all'“esigenza di evitare un'ingiustificata espansione dei vizi censurabili dalle Regioni nel giudizio in via d'azione e, quindi, la trasformazione della natura di tale rimedio giurisdizionale”. La frase è rivelatrice, e induce a una serie di interrogativi: perché occorre “evitare un'ingiustificata espansione dei vizi censurabili dalle regioni”? Perché la Corte deve preoccuparsi di limitare l'accesso delle Regioni, se la stessa giurisprudenza ha ammesso che si possano invocare anche parametri diversi da quelli attributivi di competenza? Perché, ancora, questa eventuale espansione potrebbe provocare “la trasformazione della natura di tale rimedio giurisdizionale”? Forse si vuole intendere che per questa via si giungerebbe a superare l'“evidente asimmetria” del giudizio in via d'azione<sup>26</sup> e che ciò viene visto come uno “snaturamento” di tale giudizio?

8. Dunque, come si è cercato di dimostrare, la ridondanza ha molte delle caratteristiche simboliche che vengono attribuite al vento. Forte è infatti il suo carattere di *volubilità*, tanto da far pensare che esso non sia casuale ma voluto: come in altre occasioni si è cercato di dire, ciò che pare determinare il comportamento della Corte, di fronte alle varie questioni proposte, sembra essere l'interesse sostanziale ad esaminare e magari censurare comportamenti gravemente scorretti da parte del legislatore, interesse giustamente ritenuto dalla stessa Corte prevalente sul profilo processuale: rispetto ad esso, e perciò a seconda della minore o maggiore gravità della violazione di parametri costituzionali, la Corte sembra modulare l'intensità della propria valutazione sul punto dell'ammissibilità del ricorso regionale, allargando le maglie o restringendole a seconda di come intende procedere sul merito delle censure (ritenendo, in sostanza, che un fine meritevole giustifichi un uso elastico del mezzo)<sup>27</sup>. Fino a giungere addirittura al punto di esaminare nel merito censure chiaramente impostate sul criterio della ridondanza senza neppure darsi carico di vagliarne l'ammissibilità<sup>28</sup>

Per questa ragione, il criterio in esame può essere assimilato anche al significato simbolico di *inconsistenza*: l'analisi della giurisprudenza costituzionale induce a ritenere che si tratti di una porta che la Corte intende lasciare socchiusa ma che nessun criterio riesca a far comprendere (soprattutto alle Regioni) quando essa si vorrà aprire o tenere chiusa. Nondimeno, un qualche sforzo di oggettività (maggiore) sarebbe richiesto, ad evitare il rischio che un utilizzo troppo libero delle regole processuali produca effetti negativi sulla stessa credibilità della Corte: come affermò Pizzorusso, “una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità”<sup>29</sup>.

Ed infine. Non vi è dubbio che il criterio della ridondanza abbia consentito alla Corte di esaminare nel merito questioni che altrimenti avrebbero potuto costituire “zone d'ombra”, intendendosi con esse (a differenza delle “zone franche”) questioni per le quali il sindacato di costituzionalità risulta

---

<sup>26</sup> Secondo C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale*, cit., 384, con le sentenze n. 194 e 195 del 2019 “la Corte pare aver ridotto l'asimmetria esistente fra Stato e regioni nel giudizio in via principale”.

<sup>27</sup> E. Rossi, *Il fine meritevole*, cit., 298 ss.

<sup>28</sup> Si v. ad esempio la sentenza n. 170/2017, in relazione alla quale C. PINELLI, *Accoglimento di un ricorso regionale avverso disposizione non incidente sul riparto di competenze*, in *Giur. cost.*, n. 4/2017, 1615, sottolinea come “pur di togliere di mezzo una disposizione che riteneva palesemente irragionevole, la Corte ha ignorato ogni profilo di ammissibilità della questione, fino a investire di fatto la Regione del potere di promuovere un'anomala azione popolare”. Come osserva anche D. TEGA, *Giudizi su conflitti*, cit., 138, vi sono altre pronunce nelle quali la Corte evita di valutare i profili di ammissibilità per procedere direttamente all'esame del merito delle questioni (e cita, al riguardo, oltre alla sentenza appena indicata, anche le sentenze n. 182, 212, 231 e 247 del 2017).

<sup>29</sup> A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133.

precluso dalle “strette” tipiche del processo incidentale. Tipico è il caso del sindacato di legittimità costituzionale del decreto-legge in relazione ai requisiti richiesti dall’art. 77 Cost.: un profilo che ben difficilmente può formare oggetto di sindacato in via incidentale. Per questo, la ridondanza ha assunto il valore (come il vento, ancora una volta) di *forza rinnovatrice*.

Ma alcune decisioni (e l’ultima considerata in particolare) restituiscono anche l’impressione che la Corte tema anche l’ultima caratteristica che, come detto all’inizio, consente di avvicinare la simbolica della ridondanza a quella del vento, ovvero la potenziale forza *sovvertitrice* di esso, quasi che per tale via si possa giungere, come si legge nella sentenza n. 194/2019, a “un’ingiustificata espansione dei vizi censurabili dalle Regioni nel giudizio in via d’azione” e, quindi, alla “trasformazione della natura di tale rimedio giurisdizionale”<sup>30</sup>. Il rischio che forse la Corte vuole evitare è doppio: da un lato, quello di mettere Stato e Regioni sullo stesso piano nel giudizio di costituzionalità in via principale, facendo in tal modo rientrare dalla finestra (tramite la tecnica della ridondanza) quella “parità delle armi” che la Corte ha voluto far uscire dalla porta, sia prima che dopo la riforma del Titolo V. In secondo luogo, impedire che il giudizio in questione possa essere utilizzato per introdurre – surrettiziamente – un ricorso delle minoranze politiche che, sconfitte in Parlamento, si trovino a essere maggioranza in alcune Regioni<sup>31</sup>.

Vedremo come questa storia proseguirà: “il vento soffia dove vuole e ne senti la voce, ma non sai di dove viene e dove va”<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Anche secondo C. CARUSO, *I profili processuali*, cit., 643 ss., occorre evitare il rischio di “una mutazione genetica del giudizio in via principale: concreto è il rischio che detta attribuzione si trasformi in un giudizio astratto a tutela di valori costituzionali innescato da un’azione diretta a titolarità regionale”.

<sup>31</sup> Su tale possibilità, in termini generali, v. C. PADULA, *Vizi procedurali dei decreti-legge*, cit., 524; C. CARUSO, *I profili processuali*, cit., 626 ss.; con riguardo specifico ai ricorsi che hanno promosso le questioni poi risolte con la sentenza n. 194/2019, D. TEGA, *I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza*, cit., 415 s.

<sup>32</sup> Vangelo di Giovanni, cap. 3 versetto 8.

## I conflitti da atto legislativo e il potere giudiziario: note minime sullo stato dell'arte

Introduzione. – 1. I conflitti su atti legislativi: un breve excursus della giurisprudenza costituzionale. – 2. Il conflitto sollevato dal potere giudiziario: una *conventio ad excludendum*? – 2.1. Gli spunti della dottrina per “offrire una strada” ai giudici. – 3. Il conflitto deciso dalla sent. n. 229 del 2018, tra peculiarità del caso di specie e principi di portata generale. – 3.1. le peculiarità del ricorrente: il pubblico ministero, un organo “sfuggente”. – 3.2. la perentorietà nell’affermare la *ratio* dei conflitti tra poteri. – 3.3. dal ruolo dei conflitti all’ammissibilità del conflitto sollevato dal pubblico ministero. – 3.3.1: la differenza tra autorità giudicante e autorità requirente: problemi aperti ... – Conclusioni.

### Introduzione

Nell’avviarsi alle conclusioni della voce *Conflitti costituzionali*, pubblicata nel *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Sabino Cassese, il Professore Pasquale Costanzo, nell’ultimo paragrafo intitolato “*Alcuni problemi aperti*”, si concentrava su alcuni specifici conflitti tra poteri, individuando quelli aventi ad oggetto gli atti legislativi come i primi meritevoli di attenzione<sup>1</sup>.

Correva l’anno 2006, epoca in cui – salvo alcune eccezioni - le “luci della ribalta” erano per altri tipi di conflitti: basti pensare, a mero titolo esemplificativo, da un lato, al consolidamento che attraverso una nutrita giurisprudenza ex art. 68, comma 1, Cost.<sup>2</sup>, raggiungevano i principi in tema di insindacabilità dei parlamentari, e dunque tra libertà della politica e le ragioni del diritto, affermatasi soprattutto a partire dalla svolta del 2000<sup>3</sup>; dall’altro, a conflitti inediti, come quello sorto tra il Capo dello Stato e il Ministro della giustizia in materia di grazia, che veniva definito proprio in quell’anno, con la sent. n. 200, ma che aveva suscitato un ampio dibattito in dottrina già dalla sua fase di ammissibilità<sup>4</sup>.

Eppure, si diceva, già allora lo Studioso che qui onoriamo, non che la cosa sorprenda, riconosceva al conflitto su atto legislativo un particolare peso specifico nello sviluppo della realtà ordinamentale, come peraltro le recenti vicende relative ai tentativi, tramite questo, di far valere i vizi in procedendo della legge, dimostrano<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 1277

<sup>2</sup> Cfr., *ex multis*, E. MALFATTI, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino 2008, 331 ss.; M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica*, in V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino 2005, 288 ss., in part. 321 ss.; G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 93 ss., in part. 111 ss.;

<sup>3</sup> G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta: l’insindacabilità dei parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale*, in Id., (a cura di), *Le Camere nei conflitti*, Torino 2002, 199. G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova 2003, 124 ha visto nell’istituto della insindacabilità, soprattutto dopo la soppressione dell’autorizzazione a procedere, il terreno sul quale “si sono maggiormente ‘scaricate’ le tensioni tra organi parlamentari e uffici giudiziari”.

<sup>4</sup> Per una riflessione “preventiva” sulla pronuncia, cfr. R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotta – P. Veronesi (a cura di), *La grazia contesa: titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, Atti del Seminario di Ferrara, 24 febbraio 2006, Torino 2006. Vedi anche M. SICLARI, *La grazia e i conflitti tra poteri*, in *Pol. dir.*, 3/2005, 451 ss.; R. ROMBOLI, *La concessione della grazia tra Capo dello Stato e Ministro della Giustizia*, in *Il Foro it.*, 2005, I, 11, 2919 ss.

<sup>5</sup> È stata appena depositata l’ord. n. 60 del 2020, con la quale la Corte, richiamandosi anche alla precedente ord. n. 17 del 2019, ha dichiarato inammissibile il conflitto tra poteri sollevato da alcuni deputati, in proprio, in qualità di membri di Gruppi parlamentari e anche di Presidenti di questi, contro la legge n. 160 del 2019 (“Legge di bilancio 2020”), volto a contestarne l’iter di approvazione. L’ambito, come ben noto, si connota per una delicatezza estrema andando a incastrarsi lungo quegli spazi angusti e minati che tracciano la linea di confine tra il diritto e la politica con l’auspicio di preservare da un lato la superiorità di principi e regole costituzionali, dall’altro quella congenita flessibilità del processo

L'occasione è dunque proficua per fare il punto sul tema, anche perché tra alcuni (di quei "problemi aperti" permane quello relativo alla possibilità che un tale tipo di conflitto possa – e a quali condizioni – essere sollevato dagli organi appartenenti al potere giudiziario, dal momento che quest'ultimo, come vedremo a breve, è sembrato essere destinatario di regole diverse rispetto ad altri poteri dello stato<sup>6</sup>.

### 1. I conflitti su atti legislativi: un breve excursus della giurisprudenza costituzionale

Se si guarda alla giurisprudenza costituzionale, è sulle condizioni che legittimano la sollevazione del conflitto su atto legislativo, più che sulla sua teorica configurabilità<sup>7</sup>, che si sono registrati gli andamenti più oscillanti, tali da rendere piuttosto complessa un'opera di sistemazione della stessa giurisprudenza secondo criteri definiti e uniformi. Proviamo a tracciare brevemente le linee essenziali del percorso. Tre, come noto, sono i passaggi fondamentali da cui occorre muovere. Sono trascorsi più di trent'anni da quando la Corte, con la pronuncia n. 406 del 1989, chiudeva la porta al conflitto su atto legislativo, senza girare tuttavia la chiave, dando per certi versi forma alla c.d. "residualità" dell'istituto<sup>8</sup>: l'inciso "in linea di principio", infatti, lasciava intendere la possibilità di scenari futuri di segno diverso<sup>9</sup>. E, infatti, una prima svolta si registrò con la decisione n. 161 del

---

politico parlamentare in risposta alle peculiari dinamiche della rappresentanza politica. In tema, cfr. M. MANETTI, *I limiti della politica nel diritto parlamentare*, in N. Lupo (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Bologna 2013, 305 ss.; ID., *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in AA.VV., *Decisioni conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Atti del XXV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 29-30 ottobre 2010, Napoli 2012, 3 ss. Sul tema relativo a un efficace sistema di garanzie costituzionali del procedimento legislativo, cfr. tra i più recenti, G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli 2018, in part. 282 ss.

<sup>6</sup> Si veda, *ex multis*, N. ZANON, *Giudici, legislatore e «volontà parlamentare» di fronte alla Corte costituzionale. (In tema di conflitti di attribuzione tra poteri in via incidentale)*, in *Giur. cost.*, 1992, 3286 ss., 3288; F. BIONDI, *Le «regole diverse» alla base dei conflitti fra poteri promossi dagli organi giudiziari*, in *Giur. cost.*, 2000, 1377 ss., 1382. Cfr. anche la ricostruzione di P. VERONESI, *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Profili soggettivi e oggettivi*, in E. Bindi – M. Perini (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Milano 2003, in part. 14-25.

<sup>7</sup> Parla di zona franca della giustizia costituzionale venuta meno S. PARISI, *Parametro e oggetto nei conflitti di attribuzione. Pluralismo comprensivo e conflitti costituzionali*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2007, 51 ss., in part. 87.

<sup>8</sup> Ed infatti per R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto» contro le leggi?*, in *Giur. cost.*, 1999, 3919 ss., 3920, la 406 ha messo in risalto "la natura più intima del conflitto di attribuzione: l'essere uno strumento residuale della legalità costituzionale, disponibile ogni qual volta non vi siano altri mezzi per difendere la linea di confine che la costituzione rigida pretende di tracciare tra ciò che è protetto dal diritto e ciò che è lasciato al libero gioco della politica"; vedi poi, ID., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996. Cfr. anche C. DE FIORES, *La «tormentata» ascesa del conflitto di attribuzione su atti legislativi*, in *Giur. cost.*, 1999, 3928 e P. VERONESI, *Atti legislativi e conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1995, 1379. Secondo M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. Anzon – P. Caretti – S. Grassi, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Firenze, svoltosi il 28-29 maggio, Torino 2000, con argomentazioni che "mettono in luce assai bene la ritrosia della Corte nell'ammettere la possibilità di un proprio sindacato, in sede di conflitto interorganico, su atti ad alto tasso di politicità, che pure, a rigore, potrebbero dare origine a conflitti teoricamente ammissibili; il giudice costituzionale mostra la sua evidente preferenza nei confronti dei meccanismi (meno esposti politicamente) del giudizio incidentale e sembra in tal modo escludere in via definitiva gli atti legislativi dal novero di quelli idonei a configurare un conflitto tra poteri, quanto meno in modo immediato e diretto", 364. Per una ricostruzione anche del dibattito dottrinario, cfr. L. BUFFONI, *Il conflitto di attribuzioni e tra i poteri dello Stato avente per oggetto atti legislativi: lo stato dell'arte in dottrina e giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 2002, 2269 ss.

<sup>9</sup> Una volta che la Corte ha affermato che "in linea di principio, il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato non possa ritenersi dato contro una legge o un atto equiparato" (sent. n. 406 del 1989, 3 del *Considerato in diritto*), la

1995 che, provando a restare fortemente ancorata alla particolare natura dell'atto impugnato, un decreto legge<sup>10</sup>, e a mantenere una certa (pur malcelata<sup>11</sup>) continuità con il suo precedente, soprattutto nell'affermare la primazia del giudizio incidentale quale strumento di controllo delle leggi<sup>12</sup>, aveva dichiarato, tra diversi "se e ma", ammissibile il conflitto<sup>13</sup>. Poco tempo dopo si è giunti alla "grande svolta" compiuta con la decisione n. 457 del 1999<sup>14</sup>, con la quale venne stabilito il

---

dottrina ha subito evidenziato il carattere problematico, appunto, dell'inciso "in linea di principio": secondo A. PISANESCHI, *Conflitto di attribuzioni tra Corte dei conti, Parlamento e Governo*, in *Riv. Corte conti*, 1990, 275 ss., 285, si è trattato di una sorta di *dissent* incorporato; secondo F. MODUGNO – G. D'ALESSANDRO, *Residualità del conflitto fra poteri e sindacato su atti legislativi*, in *Giur. cost.* 2006, 1617, la decisione n. 406, "seppur *per tabulas* sia in via di principio di chiusura rispetto all'ammissibilità del conflitto interorganico su atto legislativi, in realtà pone i presupposti di tutta la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto in seguito ammissibile tale tipo di conflitti", diventando "paradossalmente la decisione che ha consentito l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nella direzione dell'ammissibilità, in ipotesi particolari, del conflitto sugli atti normativi di valore legislativo", Vedi anche P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, Padova 1999, 149. Sulla decisione, cfr. anche S.M. CICCONE, *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, 1869 ss.; P. CIRIELLO, *Corte dei conti e controllo sugli atti di normazione primaria del Governo*, *ivi*, 1875 ss.; A. PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito*, *ivi*, 2172 ss.

<sup>10</sup> Dalle argomentazioni e precisazioni della motivazione appariva chiaro il tentativo di "ridurre al minimo e di ammortizzare l'impatto della decisione sul sistema di giustizia costituzionale", così G. SERGES, *La sindacabilità degli atti legislativi in sede di conflitto tra poteri nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano 1997, 197. Lo stesso A. rileva, però, come le particolarità che condussero la Corte ad ammettere in questo caso il conflitto, al di là delle apparenze, peraltro ben rese esplicite dalla motivazione, non potevano solidamente collegarsi con differenze di ordine formale tra legge in generale e decreti legge, giacché proprio due delle possibili conseguenze che la Corte vede come tipiche del decreto legge, nello specifico, la possibile perdita retroattiva degli effetti e un potenziale e attuale mutamento irreversibile della realtà, possono determinarsi anche in caso di disciplina contenuta in una legge. E allora, sono state, invero, ragioni pragmatiche, "valutazioni di opportunità che realizzano ragionevoli bilanciamenti", riferite nel caso di specie a complessi elementi incidenti in via diretta sul sistema democratico, a far fare il passo alla Corte, 210-216.

<sup>11</sup> Per l'opportunità di un esplicito *revirement* cfr. P. CARNEVALE, *ult. cit.*, 161.

<sup>12</sup> Lo mette in risalto P. VERONESI, *I poteri*, cit., 152.

<sup>13</sup> Sulla n. 161 del 1995, cfr. P. CARNEVALE, *Decreto-legge all'origine di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato? Il sì della Corte costituzionale nella sent. n. 161 del 1995. Spunti di riflessione*, in F. Modugno (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, cit., 143 ss., nonché gli altri contributi *ivi*; A. PIZZORUSSO, *Conflitto di attribuzione nei confronti del decreto-legge e limiti alla par condicio all'esame della Consulta*, in *Il Corr. giur.*, 1995, 822 ss.; A. RUGGERI, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti legge*, in *Riv. dir. cost.*, 1/1996, 251 ss.; E. LAMARQUE, *Propaganda e pubblicità elettorale nella sentenza n. 161 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Dir. infor. e inform.*, 1995, 858 ss. Già a seguito della sentenza n. 161 del 1995 la dottrina osservò che sarebbe stato davvero difficile immaginare situazioni che consentissero ai giudici la sollevazione di un conflitto su atti legislativi, così P. VERONESI, *Conflitto o quaestio? I giudici e la legge che viola la loro competenza*, in *Giur. cost.*, 1997, 2550 ss., 2553. Proprio l'insistere sulle "situazioni particolari" in qualche modo legittimanti il conflitto fece sì, al contrario, che il conflitto in un'occasione poco successiva, fu dichiarato inammissibile, Corte cost., ord. n. 480 del 1995, su cui si veda S. NICCOLAI, *Alla guerra si va come alla guerra*, in *Giur. it.*, 7/1996, 331 ss.

<sup>14</sup> Svolta "impressionante" nelle parole di R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto»*, cit., 3919. Preoccupazioni circa un'eccessiva apertura dei conflitti su atto legislativo furono espressi anche da E. MALFATTI, *Un conflitto interorganico dai risvolti problematici*, in *Foro it.*, 2001, I, 448 ss. Peraltro, tale *revirement* veniva incontro a posizioni espresse da altra dottrina: cfr. F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 755; *Id.*, *Art. 137. Garanzie costituzionali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 465 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 998 ss.; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzione*, Milano 1957; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano 1970, II, 29; L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme*, in *Giur. cost.* 1965, 149; M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, II, Milano 1972, 31 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, II, 1976, 1462; S. CICCONE, *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, 1869 ss.; V. ONIDA, *La legittimazione della Corte dei conti limitata "per parametro" o conflitto di attribuzione?*, in *Giur. cost.*, 1991, 4168; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992, 349 ss.; N. ZANON, *A proposito di un'ipotesi particolare di conflitto fra giudici e legislatore*, in A. Anzon – B. Caravita – M. Luciani – M. Volpi (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 303 ss. Occorre ricordare che già con la

principio, questa volta generale<sup>15</sup>, per cui il conflitto tra poteri è “preordinato alla garanzia dell’integrità della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali (...) senza che (...) si dia alcun rilievo alla natura degli atti da cui possa derivare la lesione”. In conseguenza di ciò, si affermava che la giurisdizione costituzionale sui conflitti, a differenza di quella sulla legittimità delle leggi, il cui ambito è determinato in relazione al tipo di atto assoggettabile al giudizio, “è determinata in relazione alla natura dei soggetti che confliggono”: il conflitto, pertanto, si delinea come giudizio “a garanzia dell’ordine costituzionale delle competenze” a prescindere dalla natura dell’atto cui sia ascrivibile la lesione delle stesse<sup>16</sup>.

Un tale principio, gravido di conseguenze<sup>17</sup>, ha conosciuto tuttavia già nella stessa pronuncia una deroga, che ha assunto un carattere ancor più restrittivo proprio nei confronti dell’autorità giudiziaria, e che ha contribuito a gettare *pro futuro* “il seme dell’incertezza” nella regola di selezione dei casi di conflitto da atto legislativo ammissibili<sup>18</sup>.

## 2. Il conflitto sollevato dal potere giudiziario: una conventio ad excludendum?

Nel momento in cui la Corte ha affermato che il conflitto su atto legislativo deve comunque escludersi “nella normalità dei casi”, laddove il soggetto ricorrente possa denunciare il vizio nell’ambito di quella che rimane la sede principale del giudizio sulle leggi, ovvero il giudizio in via incidentale - ciò che “accade di norma quando l’usurpazione o la menomazione del potere costituzionale riguardi l’autorità giudiziaria nell’esercizio delle sue funzioni” - ha posto nei confronti del giudice uno sbarramento, non poco criticato<sup>19</sup>, all’accesso al conflitto costituzionale: infatti, l’autorità giudiziaria che nel corso di un (suo) giudizio volesse denunciare i vizi di una legge riguardanti la lesione delle sue attribuzioni costituzionali, piuttosto che al conflitto, dovrebbe affidarsi comunque al mezzo ordinario a sua disposizione, ovvero l’incidente di costituzionalità. Poco male, si potrebbe dire, se non fosse che qualche mese dopo la svolta del 1999, la Corte, portando a compimento quanto già detto nella decisione n. 278 del 1997<sup>20</sup>, restringeva ancora il campo di

---

sentenza n. 161 del 1995, la Corte aveva attenuato la “apparente” rigidità della decisione n. 406, ammettendo il conflitto a particolari condizioni. In tema, cfr. N. MACCABIANI, *La legge e gli atti normativi equiparati come «oggetto» di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2002, 2293 ss.

<sup>15</sup> Ancora C. DE FIORES, *La «tormentata» ascesa*, cit., 3929. Vedi anche, criticamente, M. CECCHETTI, *Problemi dell’accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, cit., 365-6.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. n. 457 del 1999, 2 del *Considerato in diritto*. Sulla decisione, cfr. anche E. FRONTONI, *La Corte decide, ma non risolve la difficile questione dei conflitti di attribuzione su atti legislativi*, in *Giur. it.*, 2000, 2004 ss.

<sup>17</sup> Sono note in dottrina le posizioni di chi ha parlato di una Corte che ha spalancato le porte a conflitti da atto legislativo, con una decisione che ha costruito l’ammissibilità del conflitto “su ragioni esclusivamente giuridico-formali”, così A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in A. Anzon (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte e legislatore*, Torino 2001, 83-84. Più di recente, ID., *La metamorfosi e tramonto della «residualità» nei conflitti tra poteri da atto legislativo*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 501 ss., 505, ha specificato che “la residualità sopravvive (...) ma in un senso e con una funzione esattamente rovesciati rispetto alla sua primigenia elaborazione dottrinale”.

<sup>18</sup> G. D’ALESSANDRO, *Un nuovo approdo in tema di conflitti tra poteri e atti legislativi?*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 3007. Osserva C. DE FIORES, *La «tormentata» ascesa*, cit., 3230: “Quello che all’indomani della sent. n. 457, tende caoticamente a profilarsi è solo una «continuità nella discontinuità». Una continuità, cioè, priva di una sua coerenza logico-giuridica, intrinsecamente condizionata da ricorrenti espedienti logico-argomentativi, da ridondanti formule, da insidiose clausole aperte: dalla «ragionevole esigenza di bilanciare la relativa latitudine» dei due ambiti (quello oggettivo e quello soggettivo) nella sent. 406/1989, alla nozione di «situazioni particolari» nella sent. n. 161 del 1995, all’ancora più ampio e controverso riferimento alla «normalità dei casi» contenuto nella sent. n. 457 del 1999”.

<sup>19</sup> *Ex multis*, A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative*, cit., in part. 85 ss.

<sup>20</sup> Nella quale un conflitto su atto legislativo sollevato da un Pretore, nell’esercizio delle sue funzioni di giudice del lavoro, venne dichiarato inammissibile in quanto si chiedeva “di riconoscere al giudice il potere di adire la Corte tramite lo strumento previsto a tutela dell’integrità dell’ambito delle sue competenze costituzionali, quando già dispone della



azione *solo* per il giudice: se è vero, infatti, che già nella giurisprudenza di fine anni Settanta la Corte aveva ancorato la legittimazione al conflitto da parte del potere giudiziario all'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>21</sup>, si deve all'ord. n. 144 del 2000 l'esplicita aggiunta del tassello dell'esercizio *concreto e attuale* della stessa funzione come requisito necessario per poter sollevare un conflitto tra poteri<sup>22</sup>.

Dimodoché, se il conflitto tra poteri, grazie anche alle chiare affermazioni contenute nella sentenza n. 420 del 1995, può essere sollevato da qualunque altro potere dello Stato anche in astratto, purché vi sia l'interesse a ricorrere<sup>23</sup>, e dunque giammai in via preventiva<sup>24</sup>, l'operare la (ulteriore) condizione dell'attualità dell'esercizio della funzione solo nei confronti del giudice<sup>25</sup>, con un approccio peraltro antitetico rispetto a quello che colora i conflitti che lo vedono come soggetto passivo<sup>26</sup>, ha fatto sì che – nella sostanza – all'autorità giudiziaria fosse di fatto precluso il conflitto tra poteri contro un atto legislativo<sup>27</sup>.

La somma dei principi affermati dall'ord. n. 144 del 2000 e dalla sentenza n. 457 del 1999 ha confezionato, rispetto ai conflitti su atti legislativi, una vera e propria *conventio ad excludendum* nei confronti dei giudici: se per sollevare un conflitto il giudice deve trovarsi nell'attuale e concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali, e quindi in un suo giudizio, una volta che è "qui", non potrà che contestare la legge solo attraverso il canale incidentale<sup>28</sup>.

Negli anni a seguire, questa chiusura ha invero operato non solo direttamente nei confronti del potere giudiziario, ma anche nei confronti di quei soggetti che avrebbero (in astratto o in concreto?) potuto trovarsi all'interno di un giudizio dove potere richiedere la sollevazione della questione di legittimità costituzionale della legge. E così, se sono stati ritenuti tutti ammissibili, sul piano

---

possibilità di attivare il giudizio incidentale sulla costituzionalità della legge". Sulla pronuncia, cfr. P. VERONESI, *Conflitto o quaestio*, cit.

<sup>21</sup> Il riferimento è all'ord. n. 87 del 1978 che ha ritenuto inammissibile il conflitto sollevato da un Magistrato di sorveglianza proprio sul presupposto per cui la funzione esercitata dal ricorrente, quella di decidere con ordine di servizio sui reclami dei detenuti relativi alla qualifica lavorativa e alla mercede, non era di tutela giurisdizionale, non essendo sul piano delle garanzie assicurati alle parti mezzi di difesa. In tema cfr. L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Torino 2002, 129 ss.

<sup>22</sup> La di poco precedente ord. n. 22 del 2000 aveva parlato di legittimazione sussistente "limitatamente all'esercizio dell'attività giurisdizionale assistita da garanzia costituzionale": su tale pronuncia, cfr. G. GEMMA, *Conflitti di attribuzione, giudici, organi di autogoverno delle magistrature*, in *Giur. cost.*, 2000, 160 ss. N. MACCABIANI, *op. cit.*, 2326. L. PESOLE, *I giudici ordinari*, cit., 136-138, rileva qui il parallelismo (seppur tendenziale) tra conflitti e giudizio in via incidentale.

<sup>23</sup> Si legge nella sentenza: "Ai fini dell'ammissibilità dei conflitti di attribuzione quel che è richiesto è l'interesse ad agire, la cui sussistenza è necessaria e sufficiente a conferire al conflitto gli indispensabili caratteri della concretezza e dell'attualità, non potendo la Corte essere adita a scopo meramente consultivo, per pronunciarsi, cioè, su astratte formulazioni di ipotesi (cfr. sentenza n. 164 del 1963, sia pur relativa ad un conflitto tra enti)" (2.4 del *Considerato in diritto*). Sul tema dell'interesse ad agire nei conflitti tra poteri, P. VERONESI, *Conflitto tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 3219 ss. (che è anche nota a commento della sent. n. 420 del 1995); vedi anche G.L. CONTI, *L'interesse ad agire nei conflitti fra i poteri dello Stato*, in A. Pizzorusso – R. Romboli – E. Rossi (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino 1997, 54 ss.; A. SAITTA, *In tema di attualità dell'interesse al ricorso nei conflitti tra parlamento e magistratura*, in *Il Foro it.*, 2001, I, 1583 ss.

<sup>24</sup> Trattasi, infatti, di pronuncia "limitrofa" alla n. 144 del 2000, non a caso messe in relazione tra loro, per far emergere la loro contraddizione, da P. VERONESI, *Recenti tendenze*, cit. 16.

<sup>25</sup> P. VERONESI, *Conflitto o quaestio*, cit., 2553, notava infatti la diversa prospettiva qualora i soggetti ricorrenti in conflitto fosse stati poteri estranei al giudiziario.

<sup>26</sup> Secondo le acute osservazioni di P. VERONESI, *Recenti tendenze*, cit., 20 che mette in evidenza la massima astrattezza che sta dietro l'ammissibilità di conflitti proposti avverso atti giurisdizionali, infatti ritenuti ammissibili solo se si contesti la riconducibilità stessa della decisione del giudice alla funzione giurisdizionale e giammai il suo concreto modo di atteggiarsi.

<sup>27</sup> *Ex multis*, ancora P. VERONESI, *Recenti tendenze*, cit., 25.

<sup>28</sup> F. BIONDI, *Le «regole diverse»*, cit., 1380-1.

oggettivo, i conflitti “seriali” proposti dalla Corte dei Conti, sezione controllo, contro atti aventi forza di legge<sup>29</sup>, inammissibili sono risultati i conflitti proposti da un Tribunale perché “è da escludere che possa essere sollevato conflitto quando, come nel caso in esame, la legge detta una disciplina destinata a trovare applicazione in giudizio e che può, proprio nel corso di un giudizio, essere denunciata in via incidentale dal giudice, perché ne sia verificata la legittimità costituzionale”<sup>30</sup>; così come inammissibili sono stati i conflitti sollevati da un Procuratore della Repubblica, visto che la possibilità del giudizio in via incidentale non solo sussisteva in astratto, ma si era poi effettivamente concretizzata (ordd. nn. 16 e 17 del 2013)<sup>31</sup>. Caso quest’ultimo, peraltro, di particolare interesse, nello specifico, anche perché, com’è stato ben evidenziato da autorevole dottrina, la “sostanza vera della controversia” è stata, in entrambi i giudizi costituzionali, la stessa, ovvero “*l’actio finum regundorum* fra potere politico e potere giudiziario”<sup>32</sup>.

Ma anche quando in prima battuta non era coinvolto il potere giudiziario, si è assistito a dichiarazioni d’inammissibilità in virtù dell’esistenza reale o ipotetica di un giudizio (nel quale eventualmente far valere la lesione delle attribuzioni costituzionali). Nell’ord. n. 343 del 2003, ad esempio, il conflitto sollevato da un delegato comunale è stato dichiarato inammissibile a causa dell’esistenza, in concreto, di un giudizio nel quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della legge<sup>33</sup>. A tale criterio ci si è rivolti, da ultimo, nell’ord. n. 9 del 2020, che ha dichiarato inammissibile il conflitto proposto da cinque Consigli regionali avverso un articolo della legge di disciplina del referendum abrogativo<sup>34</sup>. Nella sentenza n. 284 del 2005, la Corte ha

---

<sup>29</sup> Corte cost., pronunce nn. 3, 280 e 573 del 2000; 38 e 139 del 2001 (su cui si vedano le note di F. BERTOLINI, *L’eccesso di delega nel conflitto su atto legislativo: estensione del modello o figura tipica?* e di E. MALFATTI, *La Corte dei conti in conflitto con il Governo: nasce un «superpotere»?* entrambe in *Giur. cost.*, 2/2001, rispettivamente 1132 ss. e 1141 ss.); e 221 del 2002 (su cui, cfr. D. GIROTTO, *Conflitto tra poteri e seguito legislativo: la Corte dei conti difende (per ora) le proprie attribuzioni*, in *Giur. cost.*, 4/2002, 3036 ss.).

<sup>30</sup> Corte cost., ord. n. 211 del 2000.

<sup>31</sup> Si tratta del noto caso Ilva che, risolto con la sentenza n. 85 del 2013, era stato in qualche modo “anticipato” con la proposizione di due conflitti tra poteri sollevati avverso il decreto legge e la sua legge di conversione. Sulle ordinanze di inammissibilità, cfr. A. TURTURRO, *Tornare alla sentenza n. 457/1999: la Corte, sul caso Ilva, trascura le conseguenze pratiche della chiusura al conflitto su atti legislativi*, in *Giur. it.*, 12/2013, 2466 ss.

<sup>32</sup> V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, in *Giur. cost.*, 2013, 1494 ss., in part. 1496.

<sup>33</sup> In sede di commento della decisione, vi è chi ha rilevato come si tratti di un caso che smentisce “l’interpretazione invalsa di uno dei passaggi-chiave della sentenza n. 457, secondo cui l’eccezione colà evidenziata alla regola dell’ammissibilità di conflitti su leggi faceva esclusivo riferimento alla posizione peculiare dell’autorità giudiziaria, la sola obbligata, in quanto tale, a ricorrere, in casi del genere, al diverso rimedio dell’impugnazione incidentale”, così R. PINARDI, *Ancora un conflitto su atto legislativo (ovvero: la legge sul referendum alla luce della modifica dell’art. 132 comma 2 Cost.)*, in *Giur. cost.*, 6/2003, 3589-90. Vedi anche F. BENELLI, *Un conflitto da atto legislativo (davvero peculiare), una decisione di inammissibilità (ricca di implicazioni)*, in *Le Regioni*, 2/2004, 714 ss.

<sup>34</sup> Il conflitto è stato sollevato dai Consigli regionali delle Regioni Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Sardegna e Veneto, in qualità di organi promotori di un referendum abrogativo, avverso l’art. 37, terzo comma, secondo periodo, della legge 25 maggio 1970, n. 352 (Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo), in ragione della mancata adozione di una legislazione che imponga, nell’ipotesi di referendum abrogativo su leggi costituzionalmente necessarie e, in particolare, sulle leggi elettorali di organi costituzionali e di rilievo costituzionale, la sospensione degli effetti del referendum stesso, allorché – attesa la natura non autoapplicativa della normativa di risulta – sia necessario adottare una disciplina attuativa del risultato del referendum idonea ad assicurare la costante operatività degli organi costituzionali e di rilievo costituzionale, e finché tale disciplina non sia approvata. La Corte, nell’ultimo *Considerato*, ha rilevato che “nel caso oggetto del presente giudizio non solo sussiste l’astratta possibilità per i ricorrenti di attivare il rimedio della proposizione della questione di legittimità costituzionale sulla norma oggetto del conflitto, ma tale possibilità i medesimi ricorrenti hanno concretamente esercitato, sollevando, nella veste di promotori, l’eccezione di incostituzionalità della stessa norma nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo”. Nel corso di quest’ultimo giudizio, la Corte ha dichiarato “manifestamente inammissibile (...) l’eccezione di illegittimità costituzionale (...) per difetto di rilevanza. L’eccezione investiva, infatti, il citato art. 37 nell’ipotesi in cui la Corte avesse ritenuto inammissibile la richiesta referendaria per difetto del carattere di auto-applicatività della

affermato il principio per cui il conflitto, nel caso sollevato dal Csm, va dichiarato inammissibile quando vi è la possibilità “almeno in astratto” di attivare il giudizio in via incidentale<sup>35</sup>. Formula, quest’ultima, che già allora fu guardata con un certo sospetto da attenta dottrina, che non mancò di osservare come in ipotesi ogni legge sia passibile di essere sottoposta a una questione di costituzionalità<sup>36</sup>. Ma che, se oggi fosse espressione del criterio risolutivo, non lascerebbe più alcun margine al conflitto, se solo si guarda alla circostanza per cui persino le leggi tradizionalmente considerate zone franche del controllo di costituzionalità, e quindi più inclini eventualmente ad essere impugnate tramite conflitto, le leggi elettorali, in realtà non lo sono più da quando il Giudice costituzionale ha ammesso su di esse il sindacato in via incidentale (sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017)<sup>37</sup>. E difatti, i conflitti proposti di recente contro le leggi elettorali, seppur per motivi diversi rispetto alla residualità, sono stati dichiarati inammissibili<sup>38</sup>. Dimostrazione, ancora una volta, di come, proprio in astratto, la *quaestio* su una legge non possa essere, oggi più che mai, esclusa del tutto<sup>39</sup>.

Tutto ciò – e non è poco - conferma come lo scenario successivo all’importante apertura del 1999 sia stato tutt’altro che di agevole e lineare lettura, oscillando, in fondo, nel “perenne dissidio tra considerazione ‘in astratto’ o ‘in concreto’ della possibilità di attivare un giudizio<sup>40</sup>, generato da una definizione del concetto-chiave di residualità piuttosto indeterminata<sup>41</sup>.

### *2.1. Gli spunti della dottrina per “offrire una strada” ai giudici*

Ben prima di questi approdi giurisprudenziali, si deve alla dottrina il tentativo di esplorare strade che consentissero al giudice quantomeno di non trovarsi chiuso nella strettoia, peraltro a senso unico, costruita dalla Corte e di poter varcare anch’egli la porta del conflitto.

Il problema si è posto soprattutto con riferimento a quegli atti legislativi di carattere generale, in qualche modo lesivi, diciamo così *a priori*, quindi in via preliminare rispetto al corretto esercizio della funzione in concreto, della sfera di attribuzioni costituzionalmente garantite al potere giudiziario (per esempio incidenti sullo *status* o sulla indipendenza dei magistrati)<sup>42</sup>.

---

normativa di risulta. L’aver escluso l’ammissibilità del referendum per una diversa ragione rende, quindi, priva di rilievo l’eccezione di legittimità costituzionale”, Corte cost., sent. n. 10 del 2020, 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>35</sup> In altre occasioni, il conflitto viene negato perché “sussiste la possibilità di prospettare questione incidentale” sulla legge oggetto del ricorso (ord. n. 1 del 2009), ovvero “potendo tale questione essere prospettata nell’ambito di un giudizio” (ord. n. 14 del 2009).

<sup>36</sup> A. CELOTTO, *Una inammissibilità che non persuade* e F. MODUGNO, *In astratto o in concreto?*, entrambi in *Giust. amm.*, 2005, 865 ss. e 867. Recent. A. PUGIOTTO, *La metamorfosi*, cit., 505-6.

<sup>37</sup> Lo nota A. ANZON, *La Corte chiude la strada ad ulteriori forme anomale di accesso diretto al sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1977 ss. 1979.

<sup>38</sup> Corte cost., ordd. n. 384 del 2004, n. 280/2017, nn. 164 e 181 del 2018.

<sup>39</sup> A. PUGIOTTO, *ult. cit.*, 506. Su questi temi, recent. cfr. T. GROPPI, *La Corte e “la gente”: uno sguardo “dal basso” all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC* (<http://www.rivistaaic.it/>), 2/2019, in part. 413.

<sup>40</sup> Così G. D’ALESSANDRO, *Un nuovo approdo in tema di conflitti*, cit., 3006.

<sup>41</sup> A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative*, 86 ss. L’A. è nuovamente tornato sul punto in *Id.*, *Metamorfosi*, cit. Ancora F. BENELLI, *Un conflitto*, cit., 723, in riferimento alla inammissibilità dichiarata dall’ord. n. 343 del 2003 afferma che “l’esistenza di un giudizio in cui possa essere sollevata la questione in via incidentale non ritrae più il limite alla promuovibilità del conflitto, l’eccezione alla regola, ma diviene – in caso negativo – la condizione stessa dell’azione, l’unica porta per introdursi nella paratia che impedisce ai conflitti tra poteri dello Stato di andare a occupare lo spazio riservato ai giudizi sulla legge. Si torna, in altre parole, dal piano del principio a quello dell’eccezione, secondo lo schema di un sistema di giustizia costituzionale incentrato intorno al sindacato incidentale, dove il conflitto da atto legislativo diviene la via percorribile solo nel caso in cui rappresenti l’estremo e unico rimedio per dare luce a stigmatizzabili zone d’ombra di controllo costituzionale”.

<sup>42</sup> N. ZANON, *Giudici, legislatore*, cit., 3297.

Pur a fronte di un risalente indirizzo della giurisprudenza costituzionale ritenuto comunque non particolarmente indicativo<sup>43</sup>, attenta dottrina, nella piena consapevolezza del problema posto da menomazioni che i giudici dovessero lamentare rispetto a leggi che non stanno ancora applicando al loro caso, perché incidenti su aspetti preliminari al corretto esercizio della loro funzione in concreto<sup>44</sup>, ha teorizzato l'ipotesi dello strumento del conflitto tra poteri da sollevarsi, però, in via incidentale<sup>45</sup>.

In altri termini il giudice, qualora volesse contestare alla legge, non già la violazione di un qualsiasi parametro costituzionale, quanto la violazione della propria sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita, lo potrebbe fare, ma soltanto all'interno di un giudizio: qui, infatti, riuscirebbe ad avvertire l'effettiva portata lesiva delle proprie attribuzioni costituzionali da parte della legge e, sempre che la questione relativa alla competenza si ponga in termini di pregiudizialità rispetto a quella principale dedotta in giudizio<sup>46</sup>, ben potrebbe, piuttosto che sollevare la *quaestio* di legittimità, proporre il conflitto tra poteri. Effetto che consentirebbe al giudice di difendere le proprie attribuzioni costituzionali, ritenute lese dall'atto legislativo, attraverso la costituzione in Corte.

La diversa ipotesi, astrattamente configurabile, di un'azione contro una legge, a tutela della sfera di attribuzioni costituzionalmente garantite della magistratura, da parte di un "giudice qualunque", cioè non nell'esercizio concreto della sua funzione all'interno di un processo, è stata invece respinta per due ordini di ragioni: da un lato, le difficoltà per un giudice qualunque di argomentare la concreta lesione derivante da una legge generale e astratta farebbero assumere al rimedio le sembianze di un conflitto virtuale o ipotetico; dall'altro, consentire a un singolo giudice di assumere astrattamente la qualità di rappresentante di tutto il potere giudiziario (nel caso, contro il potere legislativo), metterebbe in crisi la teoria del potere giudiziario come potere diffuso<sup>47</sup>.

Al contrario, altri, hanno ritenuto che se un conflitto contro un atto legislativo può nascere all'interno di un giudizio, allora vuol dire che quella stessa legge incide innanzitutto e prima sul giudizio e solo poi sulle attribuzioni costituzionali. Ragion per cui, pur riconoscendo come, al di là delle ovvie distinzioni formali, sul piano sostanziale non vi sia una grossa differenza tra un giudice che, nel corso di un suo giudizio, per lamentare la violazione delle sue sfere di competenza, decida di sollevare un conflitto piuttosto che una *quaestio*, ha ritenuto comunque preferibile il ricorso alla soluzione incidentale<sup>48</sup>.

La stessa dottrina, invece, ha riconosciuto come nella diversa ipotesi di una legge che va a incidere direttamente e astrattamente sulla funzione giurisdizionale, e non dunque sui giudizi,

---

<sup>43</sup> In particolare, cfr. le ordd. nn. 39 del 1968 e 51 del 1971.

<sup>44</sup> N. ZANON, *A proposito*, cit., 309.

<sup>45</sup> In una sorta di "ibridazione" tra i due istituti che però sarebbe apparente: la struttura sostanziale sarebbe tipica del conflitto, laddove il procedimento per la sua prospettazione si avvarrebbe della tecnica dell'incidente di costituzionalità, N. ZANON, *Giudici*, cit., 3308. In senso critico, S. GRASSI, *Conflitti costituzionali, ad vocem*, in *Dig. Discipl. pubbl.*, Torino 1989, 386. Vedi anche G.U. RESCIGNO, *Sull'inaffidabilità del conflitto incidentale tra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1968, 517 ss.

<sup>46</sup> N. ZANON, *A proposito*, cit., 314. Si veda anche M. BIGNAMI, *Note intorno alla legittimazione attiva della magistratura nel conflitto fra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1992, in part. 611.

<sup>47</sup> N. ZANON, *A proposito*, cit., 315: "non il giudice qualunque potrebbe infatti sollevare conflitto contro il Parlamento, ma solo il giudice che quella legge si trovi ad applicare in un giudizio, sperandone la portata lesiva delle proprie attribuzioni costituzionali".

<sup>48</sup> A. PISANESCHI, *Ancora a proposito del rapporto tra giudizio incidentale e conflitto di attribuzioni*, in *Giur. cost.*, 3/1998, 1750 ss., in part. 1751. Più avanti è comunque specificato che la soluzione del conflitto viene scartata perché anche se quest'ultimo si dovesse ritenere incidentale, non lo sarebbe il giudizio, oggetto del quale sarebbero solo le reciproche attribuzioni delle parti; perché impugnare nel corso di un giudizio una legge, cioè un atto generale, porterebbe il giudice non già a tutelare una sua competenza in relazione al caso concreto, quanto l'intera magistratura, non agendo pertanto come potere diffuso; infine, osservando come il conflitto costringerebbe comunque la Corte a soluzioni drastiche e non a mediare interessi come avviene di solito nel giudizio in via incidentale, 1752-3.

proprio il conflitto elevato a tutela delle attribuzioni giurisdizionali staticamente intese, rimarrebbe l'unico strumento attivabile, agendo, pertanto, come strumento di chiusura<sup>49</sup>.

Entrambe le tesi, quando hanno optato per il conflitto, ne hanno sottolineato le peculiari caratteristiche, funzionali e strutturali, che lo distinguono dal giudizio in via incidentale, e che lo rendono la sede naturale preposta alla tutela dell'integrità degli ambiti di competenza assegnati dalla Costituzione<sup>50</sup>: il giudizio si concentra su un *fatto* ed è finalizzato alla soluzione di una controversia concreta, laddove il giudizio sulle leggi, caratterizzandosi come giudizio su norme, ha natura più oggettiva<sup>51</sup>. Da qui le ulteriori conseguenze per cui da un lato, solo il conflitto legittima il ricorrente a richiedere direttamente l'annullamento dell'atto impugnato – nel caso, la legge –, laddove nel giudizio incidentale il rimettente si limita a prospettare un dubbio di costituzionalità, dall'altro (sempre) solo nel conflitto l'autorità giudiziaria avrebbe l'occasione di costituirsi in giudizio, e dunque difendere in prima persona le proprie attribuzioni costituzionali<sup>52</sup>.

La posizione della giurisprudenza costituzionale, invero, si è mantenuta pressoché costante nel ritenere ammissibile il conflitto su atto legislativo al verificarsi delle due condizioni della lesione diretta dell'ordine costituzionale delle competenze e della non esistenza di un giudizio nel quale, dovendosi la norma di legge applicare, possa essere sollevata la questione di costituzionalità (così espressamente, sent. n. 221 del 2002<sup>53</sup>), senza peraltro risolvere una volta per tutte, come visto, il dissidio tra possibilità in astratto o in concreto di attivare un giudizio.

Tirando le somme di questa ricostruzione, giurisprudenziale e dottrina, si mette chiaramente in luce l'alto profilo costituzionale delle questioni emerse: natura e ruolo del conflitto tra poteri; le complesse dinamiche che si attivano attorno a questo e in particolare in rapporto al giudizio in via incidentale; dinamiche che, a cascata, si riflettono sul ruolo stesso del sistema di giustizia costituzionale; concezione del potere giudiziario soprattutto per quel che concerne il senso della sua "diffusività" come viatico per rivolgersi al Giudice dei conflitti<sup>54</sup>.

### *3. Il conflitto deciso dalla sent. n. 229 del 2018, tra peculiarità del caso di specie e principi di portata generale*

Alla luce di quanto sin qui rapidamente ripercorso, di particolare interesse è la posizione assunta di recente dalla Corte in merito a un conflitto su atto legislativo proposto da un Procuratore della Repubblica la cui ammissibilità, dapprima dichiarata in sede di deliberazione con ord. n. 273 del 2017,

---

<sup>49</sup> A. PISANESCHI, *op. et loc. ult.*. Vedi anche *Id.*, *I conflitti di attribuzione*, cit., 216.

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 139 del 2001.

<sup>51</sup> L. PESOLE, *I giudici ordinari*, cit., 47.

<sup>52</sup> N. ZANON, *A proposito*, cit., 311, che parla di soluzione "maggiormente coerente rispetto alla natura della controversia, e funzionale ad una migliore tutela delle competenze dei singoli giudici e della Magistratura nel suo complesso". L'A., riferendosi alla decisione n. 18 del 1989, rileva che in questo caso la Corte fu chiamata a pronunciarsi su un insieme di questioni di legittimità costituzionale della legge n. 117 del 1988 in tema di responsabilità civile dei magistrati, tutte vertenti sulla pretesa lesione, operata dalla legge, della sfera di indipendenza costituzionalmente attribuita alla Magistratura.

<sup>53</sup> D. GIROTTO, *Conflitto tra poteri e seguito legislativo: la Corte dei conti difende (per ora) le proprie attribuzioni*, in *Giur. cost.*, 4/2002, 3036 ss.

<sup>54</sup> F. BIONDI, *Le «regole diverse»*, cit., 1379, ricorda come rispetto a una «diffusività» del potere giudiziario intesa quale titolarità in capo ai singoli organi giudiziari delle medesima quota di attribuzione costituzionale oppure anche come capacità di ogni singolo giudice di rappresentare tutti gli altri, cambi e non di poco lo scenario rispetto alla proponibilità del conflitto tra poteri: nel primo caso, il conflitto può essere ammesso solo qualora il giudice difenda l'esercizio della sua funzione giurisdizionale; nel secondo, anche a tutela della funzione giurisdizionale astrattamente o staticamente intesa.

è stata poi confermata, unitamente alla decisione nel merito del conflitto, con sentenza n. 229 del 2018<sup>55</sup>, nella quale è rintracciabile una sorta di riconsiderazione del concetto di residualità.

Il ragionamento portato avanti dalla Corte si esprime in un virtuoso *mix* fatto di attenzione alla peculiare specificità del caso da cui origina il conflitto e di principi di carattere più generale che finiscono con l'operare sul piano del sistema di giustizia costituzionale nel suo complesso.

### 3.1. le peculiarità del ricorrente: il pubblico ministero, un organo "sfuggente"

Il caso, appunto: il conflitto su atto legislativo<sup>56</sup> è stato sollevato da un Procuratore della Repubblica in ragione della particolare capacità della norma di rango primario di incidere in maniera indiscriminata su tutte le attività investigative<sup>57</sup>, menomando quindi le attribuzioni costituzionalmente riconosciute dagli artt. 109 e 112 Cost., dunque le attività di indagini funzionali all'esercizio dell'azione penale.

È noto come all'interno del nostro ordinamento, il pubblico ministero sia figura molto delicata, tanto vitale per la tenuta del sistema costituzionale, al punto da esprimere al meglio la continua comunicazione e rigenerazione reciproca tra costituzione dei diritti e costituzione dei poteri<sup>58</sup>, tanto sfuggente<sup>59</sup>, nel suo risultare difficilmente collocabile, essendo in fondo "troppo vicino al giudice per essere considerato parte e troppo vicino alle parti per essere considerato giudice"<sup>60</sup>.

Non a caso, la consolidata giurisprudenza costituzionale lo ha privato tanto della legittimazione

---

<sup>55</sup> Sulla pronuncia, G. LEO, *La Corte costituzionale sulle prerogative del Pubblico Ministero in merito alla diffusione di informazioni concernenti investigazioni in atto*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 7 dicembre 2018; L. VESPIGNANI, *La legge del conflitto. Riflessioni circa i conflitti di attribuzione su atti legislativi a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 2018*, in *Rivista AIC* (<http://www.rivistaaic.it/>), 4/2019, 325 ss.; se si vuole, G. LANEVE, *I rapporti tra Pubblico ministero e polizia giudiziaria dinanzi la Corte costituzionale: una prima (e per nulla marginale) questione relativa ai conflitti tra poteri su atto legislativo...*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2019.

<sup>56</sup> Nello specifico l'art. 18, comma 5, del d.lgs n. 177 del 2016, nella parte in cui prevede che «[e]ntro il medesimo termine, al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale».

<sup>57</sup> in ragione dell' "ambito applicativo di estesa diffusione" della norma, «destinata a trovare indiscriminata applicazione nella totalità dei casi di inoltro di notizie di reato» da parte della polizia giudiziaria

<sup>58</sup> Vedi sempre M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss.

<sup>59</sup> Ampiamente, sul punto, N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996; ora, più recent., N. Zanon – F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2014, 225 ss. Si veda anche A. PIZZORUSSO, *Problemi costituzionali di una riforma del Pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 1966, 81 ss.; E. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/1963, 398 ss. Se si vuole, cfr. G. LANEVE, *I rapporti tra Pubblico ministero e polizia giudiziaria*, cit., *passim*.

<sup>60</sup> R. ROMBOLI, *Introduzione al tema: l'azione penale e il ruolo del pubblico ministero*, in A. Pace – S. Bartole - R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli 2010, 114. Secondo M. MANETTI, *Funzioni e statuto del Pubblico ministero*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno Annuale dei costituzionalisti*, Padova 22-23 ottobre 2004, Padova 2008, 176, guardando alla natura oggettiva delle funzioni si coglie la collocazione ubiqua del p.m., che scorre da un estremo all'altro del *continuum* che va dalla polizia alla giurisdizione, che lega la ricezione della *notizia criminis* al processo, e che passa per la ricostruzione del fatto e per la sua qualificazione giuridica in vista dell'azione penale". F. PINTUS, *Giudici e pubblico ministero nell'ordinamento e nella dialettica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2/1993, 165, ha parlato del pubblico ministero come figura "alla disperata ricerca di un'identità istituzionale e di una collocazione precisa nell'ordinamento".

alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale<sup>61</sup> (non essendo, infatti, un giudice<sup>62</sup>), quanto della possibilità, in qualità di soggetto del giudizio *a quo*, di eventualmente costituirsi nel giudizio davanti alla Corte costituzionale (non essendo, la sua posizione, assimilabile a quella delle parti)<sup>63</sup>. Occorre su quest'ultimo profilo osservare come le granitiche posizioni del Giudice costituzionale non siano mutate neanche a seguito del nuovo Codice di procedura penale che, intervenendo in maniera significativa sulle funzioni del pubblico ministero, ne ha riplasmato la stessa figura avvicinandola maggiormente, in senso sostanziale e formale, a quella della parte processuale<sup>64</sup>.

Si tratta, in definitiva, di un "soggetto fortemente penalizzato" nell'accesso al giudizio di costituzionalità<sup>65</sup>.

Al pubblico ministero, però, è stato riconosciuto, a partire da importanti pronunce datate 1993<sup>66</sup>, quindi in un periodo molto delicato della nostra storia politico-istituzionale<sup>67</sup>, la qualifica di organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere giudiziario cui appartiene, in quanto titolare diretto ed esclusivo, ai sensi dell'art. 112 Cost., dell'attività d'indagine finalizzata all'esercizio (obbligatorio) dell'azione penale<sup>68</sup>. Ragion per cui "esclusivamente quando agisce a difesa dell'integrità della competenza inerente all'esercizio dell'azione penale (...) in ordine alla quale è fornito di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere", al pubblico ministero è attribuita la legittimazione alla sollevazione del conflitto tra poteri. È importante sottolineare come quelle competenze siano state riconosciute in capo alla Procura della Repubblica<sup>69</sup>, in qualità di organo

---

<sup>61</sup> A nulla sono valsi i suggerimenti della dottrina in direzione dell'accoglimento di una nozione sostanziale di giudice (e di giudizio), ai limitati fini del processo costituzionale, tale per cui estendere la legittimazione a sollevare le eccezioni di costituzionalità a soggetti chiamati ad applicare la legge in posizione di indipendenza dagli altri poteri dello Stato e di imparzialità rispetto alle parti interessate: cfr. 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*, cit., 679 ss., in part. 724 ss.

<sup>62</sup> *Ex multis*, sentt. nn. 40 del 1963, 415 del 1995. M. CHIAVARIO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, ha parlato di una riforma del processo penale che "ha voluto i giudici «più giudici» ed il pubblico ministero meno confondibile con essi", 211.

<sup>63</sup> *Ex multis*, sentt. nn. 375 del 1996 e 262 del 2009. In tema, cfr. N. ZANON, *L'impossibile costituzione del pubblico Ministero nel giudizio in via incidentale*, in *Giur. cost.*, 4/1995, 2504 ss. Più recentemente, anche per un riepilogo delle posizioni espresse in merito dalla dottrina, cfr. S. PANIZZA, *L'autorità giudiziaria*, in R. Romboli, *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 85 ss., in part. 104 ss.; M. E. BUCALO – R. DI MARIA, *Sulla inammissibilità della costituzione del P.M. nel giudizio incidentale: il processo costituzionale fra vecchie e costanti preclusioni e (ipotesi di) nuove aperture*, in G. Serges (a cura di), *I modelli processuali nella giurisprudenza costituzionale, Atti del seminario svoltosi a Roma il 12 novembre 2009*, Torino, 2010, 229 ss.

<sup>64</sup> N. ZANON, *L'impossibile*, cit., 2507. G. U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il Pubblico ministero*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., 150 ricorda che nell'esercizio dell'azione penale il p.m. incontra regole particolari che fanno di lui una parte speciale.

<sup>65</sup> S. PANIZZA, *ult. cit.*, 105 nota come "l'ambivalenza di fondo" del pubblico ministero, all'interno della vicenda processuale che si snoda dal giudizio principale a quello davanti alla Corte, ha finito "per dar vita a un soggetto fortemente penalizzato sul piano delle facoltà ad esso riconosciute"; anche M. E. BUCALO – R. DI MARIA, *op.cit.*

<sup>66</sup> Il riferimento è ai tre conflitti sollevati nel corso del 1993 da Procure della Repubblica contro le Camere di appartenenza di alcuni deputati per questioni inerenti l'autorizzazione a procedere ex art. 68, comma 2, Cost., dichiarati ammissibili (ordd. nn. 263/264/265 del 1993, su cui vedi nota di richiami e osservazioni di R. ROMBOLI, in *Il Foro it.*, I, 1993. 2073), poi decisi con sentt. nn. 462/463/464 del 1993 (cfr. A. PISANESCHI, *La improcedibilità dei conflitti tra Procura di Milano e Camera e Senato*, in *Giur. cost.*, 6/1993, 3788).

<sup>67</sup> Per una ricostruzione, cfr. G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari 1996, in part. 77 ss.; e le riflessioni di G. AMATO, *Un Governo nella transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio*, in *Quad. cost.*, 3/1994, 355 ss.; A. BARBERA, *Transizione alla democrazia maggioritaria? Riflessioni in due puntate*, *ivi*, 373 ss.; E. CHELI, *Riflessi della transizione nella forma di governo*, *ivi*, 392 ss.;

<sup>68</sup> Cfr. le osservazioni di G. SILVESTRI, *Relazione*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, in part. 224-225.

<sup>69</sup> In qualità di "organo dell'ufficio del pubblico ministero, che, nell'ambito del principio di soggezione soltanto alla legge, è abilitato a decidere con pienezza di poteri e senza interferenze di sorta da parte di altre istanze della pubblica

dotato di autonomia e indipendenza, giacché non soggetto a un potere di natura gerarchica da parte del Procuratore generale, se non, al più, di carattere “esterno”<sup>70</sup>.

### 3.2. la perentorietà nell'affermare la ratio dei conflitti tra poteri

La Corte sviluppa in maniera piuttosto approfondita il punto dell'ammissibilità e lo fa tenendo ben presente la particolarità del caso, sul quale però torniamo fra un attimo. Prima, infatti, è opportuno concentrarsi sullo snodo centrale dal quale passa la soluzione positiva del profilo dell'ammissibilità, nel quale confluiscono la natura del conflitto tra poteri, in generale, e, in particolare, quella del conflitto su atto legislativo, attraverso una netta distinzione, sul piano *funzionale* e *strutturale*, operata rispetto al giudizio in via incidentale.

Il Giudice costituzionale è perentorio nel ribadire che la *ratio* sottesa al conflitto è quella di “garantire l'integrità della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri dalle disposizioni costituzionali”; che, conseguentemente, esso si fonda in primo luogo sulla *natura* dei soggetti che confliggono e sulle *competenze costituzionali* che essi difendono in giudizio, non assumendo, invece, valore decisivo la particolare natura dell'atto che si assume eventualmente come lesivo; ancora, che, come tale, il conflitto si sostanzia in un giudizio tra parti che, quand'anche abbia ad oggetto un atto di natura legislativa, “resta necessariamente e strettamente ancorato (...) alla verifica del rispetto delle relative sfere di attribuzioni dei poteri in contrasto, e quindi delle sole disposizioni costituzionali relative al rapporto tra questi ultimi”<sup>71</sup>. Tutto questo, assume la Corte, distingue nettamente il conflitto tra poteri dal sindacato in via incidentale: in quest'ultimo caso, infatti, si ha a che fare con un giudizio che, originando sempre da un caso in cui sono in discussione situazioni soggettive, è volto alla verifica, attraverso un controllo di natura oggettiva e astratta, della conformità o meno a Costituzione delle fonti di rango primario, in riferimento a qualsiasi parametro così come invocato dal giudice *a quo*. Ancora, insistendo sempre su queste differenze tra i due tipi di giudizio, ne vengono in rilievo altre due: nel caso in cui oggetto di entrambi sia un atto legislativo, già la sua semplice esistenza può essere sufficiente ad esprimere una immediata capacità lesiva delle attribuzioni di un potere dello Stato, e dunque aprire le porte del conflitto, laddove nel giudizio incidentale è sempre necessaria una sua applicazione<sup>72</sup>; solo il conflitto, essendo rimesso all'esclusiva volontà del soggetto-potere che ritiene di essere stato leso nelle sue attribuzioni costituzionali, e qualora ne ricorrano i presupposti soggettivi e oggettivi, ha il dono della

---

accusa in ordine allo svolgimento delle indagini finalizzate all'esercizio dell'azione penale”, sent. 462 del 1993, 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>70</sup> La Corte parla dell'esistenza, invero, di “una serie di limiti e di interventi di carattere esterno, volti a garantire l'effettività e la completezza degli adempimenti connessi all'esercizio delle funzioni devolute all'organo inquirente”, sent. n. 462 del 1993, 3 del *Considerato in diritto* (v. anche la ivi richiamata sent. n. 88 del 1991). In tema, cfr., recent. P. GAETA, *L'organizzazione degli uffici di procura. Note sull'evoluzione dell'indipendenza “interna” del pubblico ministero: verso una gerarchia funzionale*, in *Quest. Giust.*, 18 dicembre 2019; M. BIGNAMI, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, *ivi*, 1/2018. N. Zanon – F. Biondi, *Il sistema costituzionale*, cit., 258, dove si afferma che “non può correttamente parlarsi di vincoli gerarchici tra i diversi uffici del pubblico ministero, in base ai rapporti di sorveglianza e di avocazione affidati al Procuratore Generale presso la Corte di Appello”. In generale, sull'ordinamento interno degli uffici del pubblico ministero, cfr., *Id.*, 252 ss.; AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano 1994; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, in part. 96 ss.; S. LEONE, *L'ufficio del pubblico ministero tra gerarchia e impersonalità: simul stabunt simul cadent.*, in *Quad. cost.*, 2006, 554; U. TERRACINI, *Ancora sulla funzione del Pubblico Ministero*, in *Dem. dir.*, 3/1961, 416 ss.; A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nei conflitti tra poteri*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 166, ripreso poi da A. PISANESCHI, *La improcedibilità dei conflitti*, cit., 3789.

<sup>71</sup> Corte cost., sent. n. 229 del 2018, 2.2. del *Considerato in diritto*.

<sup>72</sup> In particolare, le riflessioni di P. VERONESI, *Conflitto tra poteri*, cit. 3921.



immediatezza della tutela, che invece spesso è costretta a vedersi frustrata dai passaggi e dai tempi tipici del giudizio in via incidentale.

### *3.3. dal ruolo dei conflitti all'ammissibilità del conflitto sollevato dal pubblico ministero*

Ora, tenendo fermo il criterio di residualità, che vuole esperibile il conflitto in assenza di un giudizio incidentale, con tutte le criticità sul punto prima ricordate, è come se la Corte, sollecitata dalla specificità della questione dedotta, abbia tradotto quell'impianto di principi in una "regola" per il caso in cui in contestazione vi sia, appunto, un atto legislativo.

Essa consiste nel ritenere che non sia "la mera configurabilità di un giudizio nel quale la disposizione può trovare applicazione a ostacolare l'ammissibilità del conflitto", bensì "deve trattarsi di un giudizio in cui il soggetto (o meglio: il potere dello Stato), che ha ritenuto di lamentare la lesione della propria sfera di attribuzioni (...), avrebbe la possibilità di proporre l'eccezione di legittimità costituzionale. Deve cioè trattarsi di un giudizio in cui quel soggetto sia o possa essere a tutti gli effetti parte"<sup>73</sup>.

Già qui c'è un primo assestamento del concetto di residualità<sup>74</sup>, volto a evitare interpretazioni troppo estensive e tali da portare a ritenere inammissibile un conflitto su atto legislativo purché vi sia un giudizio all'interno del quale quella legge può trovare applicazione. Si afferma in maniera chiara che perché un giudizio possa far scattare la residualità, e dunque escludere un conflitto tra poteri, deve quantomeno essere un giudizio tra le cui parti vi sia il potere che lamenta la lesione. In caso contrario, quest'ultimo dovrebbe affidare la tutela delle proprie attribuzioni costituzionali alla volontà di un altro soggetto, quello che è (o potrebbe essere) parte del giudizio, il quale dovrebbe eccepire una questione di legittimità costituzionale sulla legge, la cui rilevanza e non manifesta infondatezza dovrebbero a loro volta essere vagliate dal giudice. Una tutela siffatta, venendo a dipendere da volontà future ed eventuali, comunque non direttamente attribuibili al soggetto (potere) che ritiene di aver subito una lesione nelle proprie attribuzioni, si porrebbe in contrasto con la *ratio* dell'istituto del conflitto costituzionale, il cui scope è, per quanto già detto, la tutela immediata e diretta della sfera di attribuzioni costituzionali.

Una siffatta "regola" applicata alla specificità del caso, è già in grado di offrire alla Corte la soluzione in favore dell'ammissibilità del conflitto sollevato dal Procuratore della Repubblica. A ben guardare, infatti, da un lato il particolare ruolo ordinamentale del pubblico ministero e, dall'altro, il peculiare oggetto della legge in contestazione, che ha a che fare con la disciplina dei rapporti interni, anche di tipo gerarchico, del corpo di polizia, hanno impedito o reso quantomeno davvero altamente improbabile che lo stesso pubblico ministero potesse essere *parte* in un giudizio nel quale poter proporre poi la *quaestio*. Verosimilmente, infatti, gli unici casi di giudizi la cui risoluzione dipenda dall'applicazione dell'art. 18, comma 5, del d.lgs n. 177 del 2016, nei quali dunque possa essere assicurata la rilevanza di una (eventuale) eccezione di costituzionalità, sono i procedimenti disciplinari a carico degli appartenenti alla polizia giudiziaria, come dimostra peraltro il caso risolto in primo grado dal giudice amministrativo<sup>75</sup>, citato dalla Corte, e oggi ancora in attesa della

---

<sup>73</sup> Corte cost., sent. n. 229 del 2018, 2.2 del *Considerato in diritto*. E, infatti, nella sentenza n. 284 del 2005, la stessa Corte motivò nel senso dell'inammissibilità del conflitto proposto dal CSM nei confronti di un decreto legge e di una legge, "non solo riferendosi alle varie ipotesi in cui sulle disposizioni impugnate avrebbe potuto essere sollevata una questione di legittimità costituzionale in via incidentale, ma anche precisando che si trattava sempre di giudizi comuni nell'ambito dei quali «il Consiglio superiore può far valere le proprie ragioni».

<sup>74</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Metamorfosi*, cit., 507.

<sup>75</sup> TAR Lazio, sez. I-quater, sent. n. 7147 del 2018.

pronuncia da parte del Consiglio di Stato<sup>76</sup>. Giudizi, questi ultimi, nei quali il pubblico ministero non ha assunto, non potendolo fare, il ruolo di parte.

In sintesi, la posizione del pubblico ministero, che già di per sé non è mai un giudice, capace dunque di adire autonomamente la Corte, è nel caso di specie ancor più “aggravata” dall’impossibilità di essere parte, e quindi di poter anche solo sollevare l’eccezione nel corso di un giudizio comune. Ecco che, dunque, la specificità del caso disegna un quadro nel quale il pubblico ministero, che in qualità di potere dello Stato ritiene di essere stato leso nelle sue attribuzioni da un disposto legislativo, non ha alternative rispetto alla proposizione del conflitto costituzionale<sup>77</sup>.

L’esigenza, sottesa all’intero ragionamento portato avanti dalla Corte, che è quella di apprestare in termini di effettività la tutela delle attribuzioni costituzionali, impone di offrire al potere una occasione di tutela, e dunque riconoscere l’ammissibilità del conflitto che non può essere negata “in ragione della sola natura dell’atto in ipotesi lesivo (quello con valore legislativo) nonché in ragione della eventuale, futura, configurabilità, su quell’atto, di un giudizio in via incidentale”.

### 3.3.1. *la differenza tra autorità giudicante e autorità requirente: problemi aperti...*

La Corte poi, quasi a voler ulteriormente sottolineare questa posizione di svantaggio rispetto al giudizio sofferta dal pubblico ministero, aggiunge che “solo l’autorità giurisdizionale giudicante, e purché nell’esercizio delle proprie funzioni, ha la sicura potestà di attivare effettivamente, promuovendolo d’ufficio, il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale”; quindi, “solo in relazione ad essa, non già invece in relazione all’autorità giudiziaria requirente, potrebbe in via di principio esser predicato il rispetto del requisito della cosiddetta residualità del conflitto su atto avente valore legislativo”.

Si tratta di affermazione che, a dire il vero, si presta a diverse letture che qui si offrono in maniera rapida e quindi sicuramente meritevoli, in prospettiva, di ben altri approfondimenti.

In prima battuta, pare ulteriormente tesa a restringere l’operatività del criterio di residualità, destinato di fatto ad insistere sulla la sola autorità giudicante, in quanto, all’interno del giudizio, è l’unica titolare della disponibilità effettiva della *quaestio* sulla legge. Dunque, l’unica che ha sempre un’alternativa effettiva alla sollevazione del conflitto, diversamente dall’autorità requirente che, già nel caso di specie è fuori *dal* giudizio, ma anche qualora fosse parte di *un* giudizio, potrebbe solo sollecitare la stessa autorità giudicante attraverso un’eccezione di legittimità costituzionale sulla quale, ancora quest’ultima, avrebbe l’ultima parola.

Può significare questo, in qualche modo superando anche il precedente della sent. n. 284 del 2005, che persino lo stare *dentro* un giudizio possa non essere sufficiente all’applicazione della residualità, potendo comunque la parte processuale, a differenza dell’autorità giudicante, limitarsi alla proposizione della *quaestio*? Quindi, in ipotesi, un’apertura anche verso la possibilità di ritenere ammissibile un conflitto sollevato da un potere che all’interno di un giudizio sia (solo) una parte? Uno sguardo alla recentissima ordinanza n. 9 del 2020, in cui il conflitto, non sollevato da un organo appartenente al potere giudiziario, è stato dichiarato inammissibile perché esisteva un giudizio in cui il soggetto poteva far (e ha peraltro fatto) valere la questione, dimostra che per ora non sembra essere questo l’indirizzo giurisprudenziale. Certo, però, ipotizzando un prossimo conflitto sollevato da un pubblico ministero non già, come nel caso risolto dalla sent. n. 229 del 2018, “fuori” da un

---

<sup>76</sup> Dal sito della *Giustizia Amministrativa* (<http://www.giustizia-amministrativa.it/>), risulta proposto appello, n. 201807889.

<sup>77</sup> Viene così posto rimedio ad alcune disfunzioni ordinarie, cfr. A. TURTURRO, *op. cit.*, 2469-70. In questo senso, altrove si è parlato di “residualità in termini di effettività”, cfr. G. LANEVE, *I rapporti tra Pubblico ministero e polizia giudiziaria*, cit., 20.

giudizio, ma al suo interno, non è da escludere che quella affermazione possa creare qualche problema, proprio in relazione all'eventuale applicazione del criterio di residualità.

Per altro verso, vi è chi ha fatto notare come, invero, quella piena disponibilità della *quaestio*, che la Corte riserva alla sola autorità giudicante, in realtà non sia neanche di quest'ultima, dovendo anch'essa dipendere dalla volontà di *un altro soggetto*, ovvero colui che dovrà preventivamente incardinare un giudizio<sup>78</sup>.

Anche il giudice, quindi, non può disporre pienamente, di suo, della *quaestio* fino a quando non saranno altri soggetti a incardinare innanzi a lui un giudizio. Come nel caso di specie, il pubblico ministero, fuori dal giudizio, avrebbe affidarsi eventualmente alla volontà di una delle parti per eccepire la *quaestio* di legittimità sulla legge, e quindi per tutelare la sua posizione, così il giudice deve affidarsi alla volontà di un altro soggetto che instauri il giudizio: solo così potrà disporre (in pieno) della *quaestio*.

Ma allora, se giustamente, il principio che discende dalla *ratio* del conflitto tra poteri è evitare che la tutela della propria sfera di attribuzioni costituzionali sia affidata alla volontà di altri, quanto vale per il pubblico ministero nel caso di specie, e cioè l'ammissibilità del conflitto da questi proposto, ben potrà valere anche in futuro per l'autorità giudicante, fuori dal giudizio<sup>79</sup>, aprendo così le porte a un definitivo (e auspicato) superamento della residualità<sup>80</sup>.

Lo stesso Autore, tuttavia, parla al futuro, pienamente consapevole che al momento l'autorità giudicante continua ad essere osservata nel *concreto esercizio* delle sue funzioni, nel rispetto di quanto stabilito, e finora mai smentito, nell'ord. n. 144 del 2000. Proprio qui può venire in rilievo un'ulteriore lettura, forse più *soft*, di quella distinzione tra autorità giudicante e requirente, che sono organi entrambi appartenenti allo stesso potere, ma con posizioni decisamente diverse<sup>81</sup> anche nella forma di tutela di cui possono avvalersi quando sono nell'esercizio delle loro funzioni: la prima, infatti, ha la piena disponibilità della *quaestio* (quindi una reale alternativa al conflitto), laddove l'autorità requirente ben può svolgere il *proprium* della sua funzione, ovvero le attività investigative funzionali all'esercizio dell'azione penale, prima di rivolgersi a (e a prescindere da) un giudice, e dunque, tecnicamente, anche fuori da un giudizio.

### *Conclusioni*

In sede di commento della sentenza n. 457 del 1999, nella quale già vi furono affermazioni piuttosto nette volte alla distinzione del conflitto tra poteri dal giudizio in via incidentale, attenta dottrina notò come l'aver poi previsto l'esclusione del conflitto una volta che la legge fosse denunziabile in via incidentale, significava "dissolvere, quasi d'incanto, il meritorio sforzo" teso appunto a "demarcare nettamente la linea di confine esistente tra i due giudizi, al fine di evitare ogni indebita sovrapposizione fra i due istituti"<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> A. PUGIOTTO, *Metamorfosi*, cit., 509-10.

<sup>79</sup> A. PUGIOTTO, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>80</sup> L'Autore vede nel superamento della residualità la soluzione ad alcune contorsioni processuali cui i giudici oggi ricorrono: in particolare, la sollevazione di un conflitto su atti applicativi di una legge al fine di chiedere alla Corte la autorimessione della *quaestio* sulla stessa e le pratiche, ricorrenti, di conflitti travestiti da *quaestio*, cfr. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 511.

<sup>81</sup> Si rinvia a N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 4, secondo cui "non sembra possibile ritenere che, per Costituzione, al pubblico ministero debbano essere inevitabilmente assicurate tutte le medesime garanzie attribuite dalle restanti disposizioni del titolo IV a tutti i 'magistrati': rispetto alle norme costituzionali generali sui magistrati, le norme sul pubblico ministero si pongono infatti in rapporto di specialità, o di eccezione a regola, sicché l'estensione al pubblico ministero delle garanzie in parola è condizionata alle scelte del legislatore ordinario".

<sup>82</sup> C. DE FIORES, *La «tormentata» ascesa*, cit., 3929.

Sono trascorsi più di vent'anni e il conflitto tra poteri su atto legislativo ripropone, in un contesto profondamente diverso, e dunque con forme e sfumature differenti, temi che esprimono la stessa sostanza di fondo, che interroga tanto il delicato equilibrio tra i poteri, quanto l'accesso alla giustizia costituzionale. Ambiti, questi ultimi sulla cui interdipendenza non occorre dilungarsi ma che attraversano, entrambi, in un'epoca di enormi trasformazioni, anche costituzionali, complessi processi di ridefinizione.

Sia sufficiente, riguardo al primo, guardare alla continua tensione tra potere politico e potere giudiziario che, tradizionalmente già terreno d'elezione dell'istituto dei conflitti tra poteri, potrebbe ad esempio trovare, nell'ipotesi in cui fossero ritenuti ammissibili anche i conflitti su atto legislativo proposti da organi del potere giudiziario a tutela statica delle loro attribuzioni, nuove occasioni di tensione, con conseguente ulteriore esposizione politica della Corte; per quel che riguarda il secondo, va sottolineata la logica sempre più paradigmatica dell'agire complessivo del sistema di giustizia costituzionale secondo criteri improntati alla effettività della tutela, tesa a evitare il formarsi anche sporadico di zone d'ombra<sup>83</sup>, cui la stessa sentenza n. 229 del 2018, *coté* conflitti tra poteri, si ispira.

Starà alla Corte stessa ricercare, anche qui, un ragionevole punto di equilibrio che si serva anche, ma certamente non solo, di quella originaria flessibilità del conflitto tra poteri che, nel suo rifuggire quasi ontologicamente<sup>84</sup> da ogni rigido inquadramento giuridico-formale che possa in qualche modo fissarne entro schemi predefiniti i confini e il campo di azione<sup>85</sup>, si connota per un approccio, non interamente, ma squisitamente pragmatico, volto cioè continuamente a plasmare la sua funzione di riequilibrio della legalità costituzionale a seconda del caso specifico che deve essere risolto<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Si leggano le parole del Presidente Lattanzi, in occasione della Relazione annuale del 2018, 6, laddove, pur in riferimento al sindacato incidentale, afferma come "il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali" non debba trasmodare "in un improprio strumento deflattivo del contenzioso", cercando "piuttosto di favorire il giudizio costituzionale".

<sup>84</sup> A differenza del conflitto tra Stato e Regioni, che per il solo fatto di avere una predefinizione tassativa dei soggetti legittimati (a cui va aggiunto un dato normativo *ex art.* 39 della legge n. 87 del 1953 che esprimeva il concetto di invasione di competenza), ha fornito maggiori certezze rispetto al conflitto tra poteri, *ex multis* cfr. F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione*, cit., 721; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano 1985, 239.

<sup>85</sup> P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali*, cit., 1272; P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 39, per il quale i conflitti "risultano difficilmente arginabili entro schemi preconfezionati; appena li si conia questi finiscono per poi essere nuovamente superati dalla giurisprudenza e dalla prassi. Sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello dell'oggetto, si ricava dunque l'impressione di un'assai scarsa stabilità dei concetti ed istituti via via elaborati in materia. L'origine di questa apparente inafferrabilità è probabilmente lontana e trova fondamento anche nella stringatezza della disciplina sui conflitti"; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, in part. 274.

<sup>86</sup> Acutamente G. SERGES, *La sindacabilità*, cit., 218, ha osservato che "è (...) dalla stessa Costituzione, con le sue «zone grigie» e con i suoi spazi vuoti che rinviano alla futura interpretazione l'opera di costruzione dei confini e dei rapporti tra poteri, che discende l'insopprimibile infondo, che discende esigenza di non ingabbiare il giudizio sui conflitti in concetti dai contorni esattamente definiti, che finirebbero per compromettere il ruolo di garanzia finale e di chiusura del sistema".

ANTONIO RUGGERI

**Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni:  
le aporie di una costruzione giurisprudenziale *in progress* e a geometria variabile\***

SOMMARIO: 1. I rapporti tra le Corti: un quadro soggetto a continuo rifacimento e connotato da opacità delle linee di svolgimento in esso tracciate, ovverosia le frequenti e incisive, seppur non sempre immediatamente visibili, manipolazioni da parte del giudice costituzionale dei materiali normativi evocati in campo dai casi. – 2. La “riscrittura” della Carta costituzionale *ope juris prudentiae* e le tre più salienti novità introdotte al piano dei rapporti interordinamentali. – 3. La mutua incidenza culturale che le Corti si fanno e la sua ricaduta in sede di salvaguardia dei diritti: le convergenze e divergenze degli orientamenti e la tendenza manifestata da ciascuna Corte a considerare la Carta di cui è istituzionalmente garante idonea ad assicurare sempre il massimo *standard* di tutela. – 4. Le tecniche difensive poste in essere dal giudice costituzionale al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee: in particolare, la scissione operata tra diritto convenzionale vigente e diritto vivente e la discontinuità d’indirizzo segnata dall’ultima giurisprudenza costituzionale, nel segno di un marcato “riaccentramento” dei giudizi. – 5. L’attivazione dell’arma dei “controlimiti” e l’avocazione al sindacato della Consulta di ogni caso in cui essi si considerino violati: le indicazioni date dalla giurisprudenza, specie ad opera di Corte cost. n. 269 del 2017, e la loro critica. – 6. Il costo che la Consulta ha dovuto pagare per riaffermare la *primauté* della Costituzione e la ... *propria*: lo scostamento dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità e il conseguente, insopportabile innalzamento del tasso di politicità di questi ultimi.

*1. I rapporti tra le Corti: un quadro soggetto a continuo rifacimento e connotato da opacità delle linee di svolgimento in esso tracciate, ovverosia le frequenti e incisive, seppur non sempre immediatamente visibili, manipolazioni da parte del giudice costituzionale dei materiali normativi evocati in campo dai casi*

Confesso che man mano che viene alla luce una nuova pronuncia di questa o quella Corte si rinnova in me il dubbio in merito ai riflessi che essa può avere al piano dei rapporti tra le Corti stesse, se gli equilibri perennemente precari che tra esse si intrattengono ne abbiano uno spostamento, se sì quale ne sia la entità o la valenza, infine quali scenari potrebbero prefigurarsi per l’immediato futuro. Il vero è che il quadro complessivo appare connotato da fluidità ed opacità degli elementi costitutivi e la stessa cornice in cui esso s’inscrive tende peraltro a dimostrarsi alquanto flessibile, sì da consentire ai rapporti suddetti di potersi svolgere e radicare anche in campi materiali dapprima non esplorati. Insomma, è come una partita di calcio tra squadre di prima grandezza, che si rinnova ogni volta con esiti incerti, rendendosi quindi assai problematico stabilire chi vincerà il campionato o la coppa, con la differenza che nel calcio la singola partita può finire in parità mentre il campionato o la coppa vede sempre un solo vincitore, laddove quando i giocatori sono le Corti al tirar delle somme potrebbero non esserci né vincitori né vinti, ed anzi – come tenterò di mostrare – proprio quest’esito è quello auspicabile.

Stante lo spazio ristretto disponibile, guarderò ai rapporti suddetti specificamente dall’angolo

---

\* *Testo rielaborato di un intervento svolto alle Giornate di studio, organizzate in occasione del settantesimo compleanno di P. Costanzo, su Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell’informazione, Genova 24-25 ottobre 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato. Ringrazio di cuore Lara Trucco per avermi offerto l’opportunità di concorrere con questo mio piccolo contributo ad onorare P. Costanzo, valoroso collega e amico carissimo.*

visuale della Corte costituzionale e della sua giurisprudenza, limitandomi solo a qualche cenno, assolutamente necessario, ai punti di vista delle Corti europee ed a quello dei giudici nazionali, specificamente soffermandomi, quanto a questi ultimi, su quello fatto proprio dal giudice della nomofilachia. Un angolo visuale, il primo, peraltro – come si diceva – mobile, continuamente cangiante, sì da rendersi problematico e forse pure obiettivamente sterile e forzoso il tentativo di fermarlo e di darne una nitida ed esaustiva rappresentazione che, come in una foto, fatalmente risulterebbe “mossa” e tutt’al più consentirebbe a fatica di riconoscere i lineamenti dei soggetti ritratti.

La Consulta (e, *mutatis mutandis*, anche le altre Corti) ha molti volti o, se si preferisce dire altrimenti, molte maschere con cui copre il proprio volto, in ragione della posta in palio e del contesto (nella sua più larga accezione: politica, economica, sociale in genere) in cui la singola vicenda processuale s’inscrive e svolge.

Volendo ridurre al massimo (e sia pure col costo di far luogo ad un’analisi assai approssimativa e semplificativa rispetto ad una realtà invece ricca di sfaccettature ed internamente composita), due sono gli ambiti di esperienza maggiormente coltivati, in ciascuno dei quali peraltro è fatto uso di più “maschere”: quello dei rapporti di diritto interno, in ispecie con gli operatori politico-istituzionali e con gli organi di garanzia (tra i quali, per ciò che è qui di specifico interesse, i giudici), e l’altro dei rapporti interordinamentali (e, tra questi, appunto quelli con le Corti europee). In entrambi, la tattica alla quale la Consulta sembra assai di frequente fare ricorso è quella dello *stop and go*, peraltro applicata a seconda delle circostanze in forme assai diverse e con effetti parimenti diversi. Bastone e carota, insomma. Il punto è però che non sempre la Corte si presenta avvertita del fatto che la tattica stessa può in alcuni casi dimostrarsi un *boomerang*, ritorcendosi contro chi l’ha lanciato senza che neppure si renda conto di essere dallo strumento colpito. È vero, però, che la Corte ha col tempo maturato il convincimento che una sua precedente linea di condotta non aveva centrato il bersaglio, sì da indurla a mutare registro: della qual cosa abbiamo numerose testimonianze in entrambi i versanti lungo i quali i rapporti suddetti hanno svolgimento<sup>1</sup>.

Il versante interno non può essere ora battuto; va tuttavia osservato che i versanti in parola non sono affatto rigidamente separati, intersecandosi e intrecciandosi variamente lungo il loro percorso: esattamente come due linee che alle volte scorrono parallele, altre appaiono divergenti, altre ancora – e questo qui importa adesso rilevare – invece convergenti, venendo a toccarsi dapprima in un punto e di poi in altri. È importante non fermarsi alle apparenze che, alle volte, come negli effetti ottici danno luogo ad immagini ingannevoli e deformanti. Ad es., non è vero (o, meglio, non è sempre vero) che, laddove la Corte faccia luogo alla caducazione di un testo di legge, applichi per ciò stesso una sanzione a carico degli organi della direzione politica cui esso si deve<sup>2</sup>, così come quando rigetta la questione non è sempre vero che offra avallo alla decisione politica racchiusa nel testo fatto salvo. Un siffatto modo di vedere le cose semplifica invero una realtà assai più composita, fluida, sfuggente, com’è avvalorato dalla circostanza per cui non di rado le manipolazioni maggiormente incisive sono – come si sa – proprio quelle che si hanno per via sotterranea, che si

---

<sup>1</sup> Così, solo per fare i primi esempi che vengono in mente e che cadono nel campo di esperienza qui specificamente coltivato, per ciò che attiene alle tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, in relazione alle quali un momento di svolta è stato segnato – come si sa – dalla 170 del 1984, oppure, sempre nello stesso ambito di esperienza, con riferimento alla facoltà, dapprima dalla Consulta negata e poi riconosciuta a se stessa in merito all’uso dello strumento del rinvio pregiudiziale e, infine, quanto al modo di assicurare protezione alla Carta di Nizza-Strasburgo avverso lesioni ad opera di norme di legge, laddove ricorrano le condizioni di cui alla sent. 269 del 2017.

<sup>2</sup> ... secondo una nota ricostruzione teorica patrocinata da T. MARTINES in più scritti, tra i quali l’ormai “classico” *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, 280 ss. (sul pensiero di M. sul punto si può, se si vuole, vedere il mio *Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis - A. Ruggeri - G. Silvestri - L. Ventura, Giuffrè, Milano 1998, 259 ss.).

“mascherano” appunto, trincerandosi dietro innovativi (e però pure talvolta temerari) utilizzi degli strumenti d’interpretazione<sup>3</sup>, portati ad esasperate affermazioni, tanto più rilevanti e gravide di implicazioni nei casi in cui hanno ad oggetto gli stessi parametri nei giudizi di costituzionalità. In congiunture siffatte, la Corte, in buona sostanza, “riscrive” – com’è stato rilevato dalla più avvertita dottrina<sup>4</sup> – i testi normativi, i termini cioè della questione. È vero che altro sono le manipolazioni delle disposizioni (in specie, le addizioni o sostituzioni operate a carico degli atti giudicati) ed altra cosa le manipolazioni della loro sostanza normativa per via d’interpretazione, quali si hanno perlopiù<sup>5</sup> a mezzo di pronunzie di rigetto, secondo la comune opinione prive di efficacia generale<sup>6</sup>. Se però si guarda alla sostanza dell’operazione di volta in volta posta in essere, tralasciando il dato pure di non secondario interesse degli effetti riconducibili alle singole pronunzie per il tipo cui appartengono<sup>7</sup>, ci si avvede che il tasso di creatività o “normatività” da esse espresse può essere non minore in decisioni pure valevoli unicamente per il caso cui si riferiscono<sup>8</sup>.

Molti esempi possono farsi a conferma di quest’assunto. Sta di fatto che, per ragioni varie legate al contesto in cui le singole vicende processuali s’inscrivono e svolgono, la Corte si è non poche volte trovata costretta a piegare i canoni che stanno a base dei suoi giudizi in funzione dell’obiettivo avuto di mira, tanto nel segno dell’avallo offerto ai decisori politici ed agli operatori istituzionali in genere quanto pure nel segno opposto della sanzione somministrata a carico degli atti o comportamenti da essi posti in essere<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> ... tra i quali uno speciale e crescente rilievo ha via via assunto quello della interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni (a Costituzione, a diritto internazionale, a diritto sovranazionale), nonché nella varietà degli effetti ad esse conseguenti.

<sup>4</sup> Ricordo qui solo un denso commento di A. MORRONE ad una nota pronunzia della Consulta (*La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 8 ottobre 2003); molti altri esempi però, possono ovviamente farsi a tappeto, per l’intero campo costituzionale nel quale si sono radicate e vanno senza sosta crescendo e rinnovandosi numerose e incisive modifiche tacite della Carta (indicazioni di recente in M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro 8-9 giugno 2018, *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), nonché, pure *ivi*, nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018).

<sup>5</sup> Non possiamo, ovviamente, neppure escludere che le manipolazioni di questa seconda specie si abbiano anche a mezzo di decisioni di accoglimento; la Corte, però, vi fa ricorso soprattutto al fine di salvare i testi, sia pure col costo di stravolgerne il contenuto.

<sup>6</sup> In altri luoghi mi sono dichiarato avverso l’accoglimento di siffatta opinione; non faccio tuttavia ora neppure un cenno al mio punto di vista, rigettato da dottrina e giurisprudenza correnti.

<sup>7</sup> È chiaro che non è la stessa cosa che una decisione valga per tutti ovvero unicamente per l’autorità remittente; non si sottovaluti, tuttavia, l’effetto di trascinamento che si accompagna soprattutto ad alcune decisioni, ogni qual volta si assiste al consolidamento del punto di diritto enunciato dalla Consulta grazie all’affermazione di una vera e propria consuetudine interpretativa che venga a formarsi lungo il solco tracciato dal giudice costituzionale. Della qual cosa si ha riscontro soprattutto con riferimento a questioni di ordine istituzionale, quali quelle sopra in via esemplificativa indicate in nt. 1.

<sup>8</sup> Di sentenze “normative” del giudice delle leggi un’accreditata dottrina ha discusso – come si sa – unicamente con riferimento ad alcune specie di decisioni (per tutti, G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss., e C. PANZERA, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013); come si viene dicendo nel testo, però, a me pare che, se si guarda all’operazione di rifacimento della sostanza normativa espressa dalle leggi stesse, se ne ha traccia, seppur molte volte non vistosa, anche in decisioni di altra specie.

<sup>9</sup> Solo un paio di esempi al riguardo, al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo. E, dunque, si consideri la giurisprudenza in tema di atti normativi del Governo di grado primario, con specifico riguardo ai decreti-legge, considerati sindacabili – come si sa – unicamente in caso di “evidente mancanza” dei presupposti fattuali che ne giustificano l’adozione; il che – come mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi – equivale ad ammettere che, laddove la mancanza vi sia senza nondimeno che risulti “evidente”, non se ne potrebbe avere l’annullamento. La

## 2. La “riscrittura” della Carta costituzionale ope juris prudentiae e le tre più salienti novità introdotte al piano dei rapporti interordinamentali

Al piano dei rapporti interordinamentali<sup>10</sup>, la “riscrittura” del parametro costituzionale si è avuta praticamente a tappeto, non lasciando immuni dall’opera riconformativa della giurisprudenza neppure gli angoli più reconditi del campo materiale in cui i rapporti medesimi si impiantano e svolgono.

Tre, a mia opinione, le novità di maggior peso; e dalle stesse, come si tenterà di mostrare, discendono i più salienti sviluppi delle relazioni che il giudice costituzionale intrattiene con le Corti europee per un verso, coi giudici comuni per un altro.

La prima è data dall’avallo generosamente offerto a talune scelte politico-normative di fondo poste in essere dal legislatore e aventi di mira il rifacimento della struttura dell’ordinamento, piegata all’obiettivo di dare un certo assetto ai rapporti interordinamentali, segnatamente a quelli con le Comunità europee prima e, quindi, con l’Unione europea. Scelte che, ad opinione di molti di noi, hanno dato l’avvio ad un vero e proprio *processo costituente europeo*, tuttora in corso, dagli indefiniti connotati e dagli esiti parimenti incerti. Non è, anzi, da escludere – come si è altrove osservato<sup>11</sup> – che gli esiti stessi non si avranno, nel senso che, a differenza di ciò che solitamente accade nelle esperienze degli Stati, laddove il processo costituente o riesce a pervenire a compiuta maturazione dando vita ad un nuovo ordine costituzionale ovvero fallisce e spiana dunque la via alla restaurazione dell’ordine preesistente, il processo costituente europeo potrebbe invece restare in una condizione permanentemente *in progress*.

Sta di fatto che, al fine di spianare la via alla costruzione dell’edificio (comunitario prima e di poi) eurounitario, la Corte ha – come si è fatto notare in altre sedi – convertito la norma di valore, di cui all’art. 11, in norma sulla produzione giuridica, portando all’effetto di “decostituzionalizzare” la Costituzione, di renderla cioè cedevole davanti alla legge comune di esecuzione dei trattati e, per mano di questa, nei riguardi dell’intero diritto sovranazionale, sia originario che derivato. In realtà, la Costituzione dichiara, sì, soggetta a limiti la sovranità dello Stato ma nulla dice in merito al modo con cui essi possono concretarsi; ciò che, a parer mio, avrebbe dovuto stabilirsi con legge costituzionale, proprio perché l’oggetto della stessa è il valore fondante la Repubblica (art. 1), con

---

qual cosa porta ad una innaturale contrazione o, diciamo pure, ad una vera e propria sofferenza del parametro costituzionale. E ancora si pensi alla discussa (e discutibile) giurisprudenza in materia elettorale, che a giudizio di molti ha comportato il sacrificio della rilevanza, immolata sull’altare di un sindacato che a tutti i costi si voleva svolgere su leggi foriere di guasti politico-istituzionali gravissimi [indicazioni di vario segno, tra i molti altri, in AA.VV., *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss., nonché nei contributi che sono in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 12/2018, 19 settembre 2018, ed *ivi*, part. S. LIETO, *Legge elettorale e controllo di costituzionalità. Ovvero: quando il fine giustifica (sempre?) i mezzi*].

Altri esempi ancora, specificamente riguardanti il tema oggetto di questo studio, saranno fatti a momenti.

<sup>10</sup> Ha di recente fatto il punto sulle aperture della Carta al riguardo E. CANNIZZARO, *I valori costituzionali oltre lo Stato*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, Firenze 18 maggio 2018, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2018; una rivisitazione dei lavori della Costituente può, poi, vedersi in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss., e P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 63 ss.

<sup>11</sup> Da ultimo, nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, cit., § 6, spec. in nt. 72.



la sola fonte, cioè, abilitata ad “inventare” fonti provviste di forza parimenti costituzionale<sup>12</sup>.

Il vero è che, per ragioni storico-politiche a tutti note, non c’erano al tempo dell’avvio della costruzione europea e, forse, non ci sono neppure oggi da noi (e a differenza di ciò che si è avuto in altri ordinamenti) le condizioni per l’adozione di una *Europaklausel* a mezzo delle procedure di cui all’art. 138 e ci si è trovati pertanto costretti a ripiegare sugli strumenti ordinari di normazione<sup>13</sup>. Uno (e, forse, proprio il più rilevante) caso in cui *il fine giustifica il mezzo*: affermazione, questa, che nella sua obiettiva crudezza può avere (ed in effetti ha) un senso al piano politico ma che non può (o non potrebbe...) averne alcuno in uno Stato costituzionale, laddove le forme hanno valore di sostanza e richiedono di essere scrupolosamente osservate<sup>14</sup>.

La seconda novità è stata introdotta di recente, con la sent. n. 238 del 2014, per ciò che attiene al versante dei rapporti tra norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale e norme di diritto interno in genere e costituzionali in specie. I profili di maggior interesse ai fini dello studio che si viene facendo sono al riguardo due: *a*) il riconoscimento che l’oggetto del sindacato di costituzionalità può esser dato da norme prodotte non soltanto da *atti* ma anche da *fatti* di normazione (nella circostanza, la norma interna di adattamento automatico nei riguardi della norma internazionale); *b*) il riconoscimento che la Consulta fa a se stessa della competenza a conoscere *in via esclusiva* di ogni forma di violazione dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale, pur laddove – si faccia caso – la norma che se ne renda responsabile sia da considerare radicalmente nulla-inesistente.

Come si vede, per entrambi i profili lo scostamento dai canoni processuali è vistoso: quanto al primo, la deroga è *per tabulas* nei riguardi della lettera dell’art. 134 della Carta; per il secondo, per vero, si può discutere, come in effetti si discute, in merito alla eventualità che la Consulta sia adita pur laddove l’atto e/o la norma oggetto della questione risultino sospetti – come ha fatto notare una sensibile dottrina<sup>15</sup> – di *anticostituzionalità* (e non di mera *incostituzionalità*), ovvero sia considerino afflitti da *invalidità di tipo forte*<sup>16</sup>. Ammettiamo pure che ciò possa aversi, malgrado la lettera dell’art. 136, facendo riferimento alla perdita di efficacia *pro futuro* lasci intendere che

---

<sup>12</sup> Secondo l’aureo insegnamento di una non dimenticata dottrina (sopra tutti, V. Crisafulli), nessuna fonte può istituire fonti concorrenziali a se stessa, trasmettere cioè ad esse la propria forza (una succinta ma densa riflessione sul punto è ora in G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, cit., in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2018, spec. al § 3). Questa regola, tuttavia, non può valere al piano costituzionale, proprio perché ad esso non può darsi alcun atto espressivo di potere costituito provvisto di forza maggiore. Questa stessa è, a mio modo di vedere, la ragione per cui la disciplina del procedimento di formazione di una fonte non può che aversi, a rigore, per mano di fonte sovraordinata ovvero anche di altra fonte purché allo scopo espressamente abilitata da fonte superiore. Ancora una volta, tuttavia, la regola non può valere per il piano costituzionale; e lo stesso art. 138, superandosi il noto “puzzle” di rossiana memoria, può, sì, essere oggetto di una nuova disciplina ad opera degli stessi atti da esso regolati, sempre che – come si è fatto da tempo notare – venuti alla luce nel rispetto dei canoni ai quali pure essi innovino, con effetti che, logicamente e positivamente, non possono che aversi per il futuro (in argomento, v., di recente, F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all’articolo 138 della Costituzione. L’esperienza repubblicana*, ESI, Napoli 2014, e, dello stesso, ora, *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell’art. 138 Cost.*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., e P. CARNEVALE, *L’art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, cit., in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2018).

<sup>13</sup> Palesemente inadeguato il riferimento fatto agli obblighi comunitari nel l. c. dell’art. 117, così come novellato nel 2001, laddove avrebbe dovuto farsi luogo ad una più articolata disciplina, seppur – conformemente alla sede in cui è iscritta – essenziale, facendosi quindi rimando per i suoi opportuni svolgimenti a leggi comuni e ad altri atti ancora di normazione, quali i regolamenti parlamentari.

<sup>14</sup> Giusta, pertanto, la risoluta affermazione di una sensibile dottrina secondo cui “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini” (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant’anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

<sup>15</sup> A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

<sup>16</sup> ... secondo una formula caldeggiata da R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

l'effetto prodotto dalle decisioni di accoglimento sia di annullamento (e non già di mera dichiarazione di nullità-inesistenza) e che perciò ci si debba rivolgere alla Corte unicamente laddove ricorrano le condizioni per l'eventuale annullamento stesso. Ebbene, ugualmente non potrebbe escludersi il caso che la inesistenza in parola sia rilevata da ciascun operatore (e, dunque, anche dal giudice comune), senza bisogno che allo scopo sia evocata in campo la Consulta. Insomma, quando pure non si reputi superato dall'orientamento della Corte il disposto di cui all'art. 136, di certo se ne fa un singolare utilizzo con effetti d'immediata evidenza al piano dei rapporti coi giudici comuni, il cui ruolo risulta vistosamente contratto, secondo quanto peraltro si vedrà ancora meglio a breve, riferendo di un'esperienza di particolare rilievo sul terreno delle relazioni interordinamentali.

La terza novità è data dalla "copertura" benevolmente offerta alla legge cost. del 2001 con cui è stato riscritto l'intero Titolo V e, tra l'altro, introdotto al l.c. dell'art. 117 il riferimento al limite degli obblighi internazionali dotandolo di generale valenza<sup>17</sup>. Ed è superfluo qui rammentare che proprio su questa novità ha fatto leva la giurisprudenza, ormai corposa, relativa alla CEDU, con riflessi anche in relazione ad altre Carte dei diritti (quale la Carta sociale europea, su cui si è avuta una importante pronuncia recente del giudice delle leggi, la sent. n. 120 del 2018, le cui implicazioni di ordine istituzionale non sono ancora state, a mia opinione, fino in fondo indagate<sup>18</sup>).

Per vero, la Consulta si è sforzata di ridimensionare, almeno in una certa misura, la novità suddetta, i cui effetti dirompenti sono stati subito colti da una sensibile dottrina<sup>19</sup>, argomentando che non già di una deroga al modello costituzionale si trattava bensì della sua mera integrazione. Se, però, si conviene sulla lettura in passato comunemente invalsa (e – si faccia caso – accreditata dalla stessa giurisprudenza) dell'art. 10 della Carta, secondo cui i trattati internazionali (*rectius*, le leggi che vi danno esecuzione) sono, in punto di astratto diritto, derogabili da leggi comuni sopravvenienti, pur con alcune note eccezioni<sup>20</sup>, ed allora appare invero assai arduo dimostrare che la previsione del nuovo art. 117, l.c., non urti con un principio fondamentale dell'ordinamento e, perciò, non sia affetta da invalidità ("forte" o "debole" che sia)<sup>21</sup>.

Se le cose stanno così come qui sono viste e assumendo dunque che l'assetto dei rapporti interordinamentali risulti *quodammodo* "pietrificato" dal sistema di cui agli artt. 10 e 11, nel loro comporsi in unità coi principi fondamentali restanti, in un solo modo si potrebbe giustificare l'operato della Corte: assumendo che abbia dato il proprio, decisivo concorso all'affermazione di un fatto "costituente" mirante all'obiettivo di assoggettare l'ordine interno all'intero ordine internazionale (e non soltanto a quella sua parte risultante da norme non scritte ovvero da norme scritte dotate di esplicito e puntuale richiamo in Costituzione). Un'autentica rivoluzione copernicana, insomma, che ha offerto un puntello formidabile ai valori di pace e di giustizia tra le Nazioni. Proprio qui, forse, sta l'appiglio di cui si dispone a giustificazione della svolta posta in essere nel 2001, assumendo cioè che la norma iscritta nel nuovo art. 117 goda di "copertura" in un principio fondamentale, quello appunto dell'art. 11, dal quale riceverebbe l'abilitazione a derogare all'art. 10, principio il primo in tesi prevalente in sede di "bilanciamento" col secondo.

---

<sup>17</sup> Dapprima, come si sa, esso riguardava unicamente le leggi regionali, non pure quelle dello Stato.

<sup>18</sup> Tra i primi commenti, v. S. STURNIOLO, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora "socchiusa" per la Carta sociale europea*, e G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, entrambi in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), rispettivamente, 13 luglio e 20 settembre 2018.

<sup>19</sup> V., part., M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001.

<sup>20</sup> ... e, segnatamente, con riguardo ai Patti con la Chiesa, ai trattati relativi alla condizione dello straniero in Italia e ai trattati "comunitari".

<sup>21</sup> Per la lettura in parola, dunque, i riferimenti fatti alle fonti menzionate in nt. prec. concreterebbero rotture costituzionali rispetto alla regola, a finalità esclusiva, enunciata nell'art. 10, l.c., alle quali non potrebbero aggiungersene altre per mano del legislatore di revisione, essendo la regola stessa stabilita da un principio fondamentale dell'ordinamento.

Due obiezioni, tuttavia, possono farsi ad un siffatto argomentare.

La prima è che lo stesso Costituente ha a suo tempo considerato adeguato il “bilanciamento” effettuato in sede di definizione complessiva del quadro delle relazioni tra diritto internazionale e diritto interno, giudicando dunque armonico ed appagante il modo con cui i principi di cui agli artt. 10 e 11 si compongono in sistema.

La seconda è che, ad avviso della stessa Consulta (ma non di molti suoi critici, nella cui schiera anch’io mi annovero<sup>22</sup>), sarebbe improprio il riferimento all’art. 11 in relazione alla CEDU e ad altri documenti internazionali diversi da quelli “comunitari”, venendo pertanto smentita in partenza l’idea della possibile “copertura” da esso offerta a fonti internazionali pattizie diverse da quelle che nominativamente godono dello scudo costituzionale.

*3. La mutua incidenza culturale che le Corti si fanno e la sua ricaduta in sede di salvaguardia dei diritti: le convergenze e divergenze degli orientamenti e la tendenza manifestata da ciascuna Corte a considerare la Carta di cui è istituzionalmente garante idonea ad assicurare sempre il massimo standard di tutela*

È interessante notare che l’assoggettamento dell’ordine interno a quello internazionale (e sovranazionale) non equivale – come invece ancora oggi molti ritengono –, per ciò solo, ad un sacrificio a carico di norme e relativi istituti di diritto interno, tutt’altro! Se infatti questa vicenda la si riguarda dal punto di vista del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali, ci si avvede subito che è proprio grazie all’apertura nei riguardi della Comunità internazionale e di ordinamenti sovranazionali (per ciò che qui specificamente importa, dell’Unione europea) che i diritti ne hanno avuto complessivamente un sicuro guadagno, al di là delle riserve che naturalmente possono legittimamente aversi nei riguardi di questa o quella pronuncia dell’una o dell’altra Corte europea e persino di interi loro indirizzi. Rivista però questa vicenda nel suo insieme, al tirar delle somme la Carta costituzionale ne è uscita arricchita e resa ancora più salda proprio nelle sue previsioni di maggior spessore culturale e di più elevata valenza positiva, i principi, a partire da quelli componenti – piace a me dire – la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità della persona umana).

La giurisprudenza europea è ormai, per fortuna, entrata in circolo, è stata ed è ininterrottamente soggetta a continua metabolizzazione<sup>23</sup>, concorrendo in cospicua misura alla rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali, alla loro integrazione e, dunque, alla loro sempre più larga capacità inclusiva e qualificatoria dell’esperienza, specie in relazione ad alcune tra le più spinose ed avvertite questioni di diritto costituzionale<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Riferimenti, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 92 ss. e 138 ss.

<sup>23</sup> Ne danno sicura conferma i frequenti richiami che ad essa sono fatti nelle aule giudiziarie, un tempo invece del tutto assenti.

<sup>24</sup> Ne sono state date, ancora di recente, numerose testimonianze in occasione delle XI Giornate di studio su *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018; è sufficiente, però, anche solo scorrere i commentari alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo venuti di recente alla luce per avere subito riprova della poderosa costruzione eretta dalle Corti europee in seno alla quale trovano ospitalità e protezione diritti vecchi e nuovi [v., dunque, almeno *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016, e AA.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017. V., inoltre, utilmente, AA.Vv., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti ed E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018, e, con specifico riguardo alla Carta dell’Unione ed alla sua implementazione nell’esperienza per mano della Corte di giustizia, L. TRUCCO, *Carta dei diritti*

È vero, ovviamente, anche l'inverso; e la stessa giurisprudenza, costituzionale e comune (ma soprattutto, se non altro a motivo della sua maggiore visibilità, la prima<sup>25</sup>), ha modo di avviare ed orientare in varia misura ed intensità i processi interpretativi delle Carte non nazionali dei diritti, quali prendono corpo presso le Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti<sup>26</sup>.

Non si sta, ovviamente, ora a dire in quale verso si indirizzano i più significativi flussi di materiali culturali (se in quello ascendente ovvero nell'altro discendente), anche perché siffatte verifiche richiedono di essere fatte sopra un terreno scivoloso, trattandosi appunto di apprezzare quali sono stati (e sono) i maggiori condizionamenti culturali nei riguardi degli indirizzi di questa o quella sede in cui si amministra giustizia.

Il "dialogo" – come è d'uso chiamarlo – prende peraltro forme assai varie la cui complessiva connotazione non è sempre chiaramente visibile e d'immediata sistemazione teorica. Alle volte è "tabulare", esplicito, facendosi le Corti puntuali richiami: somiglia, insomma, a quanto avviene al piano in cui si svolgono le vicende della normazione nel tempo, con riguardo ai casi di abrogazione nominata; altre volte, però, il riferimento è tacito, rimane cioè sommerso, sicché è solo la perizia dello studioso che può portare a far emergere l'influenza di fatto avutasi da parte dell'uno nei riguardi dell'altro indirizzo giurisprudenziale.

Di tutto ciò, com'è chiaro, possono aversi adeguati ragguagli solo attraverso studi approfonditi sul campo, anzi sui campi materiali, attraverso il raffronto tra le soluzioni di merito apprestate per i singoli casi, viste anche nella loro proiezione diacronica, per il modo cioè con cui si sono avute correzioni o integrazioni di precedenti pronunzie da parte di una stessa Corte per effetto delle indicazioni venute da altre Corti.

Il "dialogo" intergiurisprudenziale, poi, non è fatto solo di riferimenti a finalità costruttiva, di

---

*fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*<sup>4</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 379 ss.; A.-O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017; AA.VV., *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, a cura di A.M. Carmona Contreras, Aranzadi, Cizur Menor 2018].

<sup>25</sup> Anche la seconda, tuttavia, ha modo di far sentire variamente la propria voce, avvalendosi peraltro di canali un tempo sconosciuti (tra i quali, ad es., quello aperto da protocolli d'intesa tra le più elevate espressioni della giurisdizione, ordinaria ed amministrativa, e la Corte EDU).

<sup>26</sup> Un ruolo di centrale rilievo è al riguardo da riconoscere alle c.d. tradizioni costituzionali comuni, fatte oggetto – come si sa – di originali ed incisive rielaborazioni da parte della Corte dell'Unione ma non estranee al *modus operandi* della Corte di Strasburgo: vuoi per effetto dei richiami che quest'ultima fa alla giurisprudenza della Corte lussemburghese e vuoi pure per i riferimenti che si hanno alle tutele nazionali, fatte oggetto di frequenti ed ampî raffronti che lasciano quindi il segno nella interpretazione della Convenzione [sulle tradizioni in parola, tra gli altri, v. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", overosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; v., inoltre, utilmente, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea* (<http://www.dirittounioneuropea.eu/>), *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017. Infine, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2018/II, 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 11/2018, 23 maggio 2018].

riferimenti cioè nei quali la giurisprudenza di Corti diverse da quella richiamante è utilizzata a rinforzo di una tesi servente i diritti e le complessive esigenze del caso; non rari sono, infatti, altresì i riferimenti a finalità distruttiva, coi quali cioè si dichiara che un certo orientamento di altra Corte non possa trovare accoglienza. La qual cosa poi, come in un gioco di specchi, può riflettersi a carico della Carta di cui quell'orientamento è interprete e garante<sup>27</sup>.

Gli scontri e i conflitti hanno, nondimeno, essi pure molti volti o forme espressive: vi sono quelli che vengono portati allo scoperto, in specie avvalendosi dell'arma dei "controlimiti"<sup>28</sup>, e vi sono gli altri che nella sostanza vi sono ma che sono abilmente mascherati a mezzo di tecniche decisorie raffinate ed incisive e però utilizzate talora in modo improprio. Dal mio punto di vista, sono proprio questi i casi di maggior interesse teorico. Davanti al *pressing* esercitato da altre Corti, il giudice costituzionale tenta di smarcarsi come può; solo che lo fa – per restare nella metafora calcistica – alle volte sgomitando, facendo fallo. Il punto è che la partita tra le Corti non ha – per fortuna<sup>29</sup> – un arbitro col fischietto: ciascuna di esse, dal proprio punto di vista, si pone quale prim'attore sulla scena, *superiorem non recognoscens*, disponibile a dar spazio alle suggestioni che vengono dalle Corti restanti unicamente laddove ritenute concilianti col proprio punto di vista, alla luce dei principi di base dell'ordinamento di appartenenza.

La partita così rischia di non finire mai, esattamente come in un gioco di *ping pong* in cui nessuno sbaglia mai un colpo; o, meglio, le singole partite hanno un inizio ed una fine ma poi possono sempre venirne alla luce altre, dando modo a tutti gli operatori di rimettere a punto i propri precedenti orientamenti, se del caso rifinirli e perfezionarli ovvero rivederli, anche a fondo. Il pregio, la cifra identificante del "dialogo" sta proprio in ciò: nella sua strutturale attitudine a prolungarsi, trasformarsi, riassetarsi.

Non posso qui fare alcun riferimento ad indicazioni di merito, vale a dire a singole vicende processuali nel corso delle quali si è assistito a convergenze sopravvenute, dopo iniziali ed anche gravi e marcati dissensi, o all'opposto a divergenze conseguenti ad un anteriore periodo di sia pur relativa quiete. Mi preme piuttosto mettere in evidenza le tecniche difensive alle quali il nostro tribunale costituzionale ha fatto, specie nella più recente esperienza, ricorso, nell'intento di recuperare una centralità di ruolo che temeva essersi appannata per effetto dei raccordi diretti instaurati dai giudici comuni con le Corti europee, grazie ai quali gli uni e le altre si erano in considerevole (e, agli occhi della Consulta, eccessiva) misura rafforzati.

*4. Le tecniche difensive poste in essere dal giudice costituzionale al fine di smarcarsi dal pressing delle Corti europee: in particolare, la scissione operata tra diritto convenzionale vigente e diritto vivente e la discontinuità d'indirizzo segnata dall'ultima giurisprudenza costituzionale, nel segno di un marcato "riaccentramento" dei giudizi*

È interessante notare che le tecniche difensive alle quali si fa qui cenno si differenziano notevolmente tra di loro a seconda che si svolgano, rispettivamente, sul terreno dei rapporti tra

---

<sup>27</sup> Non infrequenti – come ha, ancora di recente, mostrato una sensibile dottrina (G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., spec. 800 ss., e, dello stesso, già, *The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1343 ss.) – sono i "conflitti di convergenza", quali si hanno quando si condividono i medesimi principi ma li s'intende in modi diversi.

<sup>28</sup> ... secondo quanto si è fatto – come si sa – in *Taricco*.

<sup>29</sup> Se, infatti, vi fosse, la "Supercorte" di cui si viene ora dicendo, essa si porrebbe, a conti fatti, quale il vertice di un sistema piramidale alle cui basi si dispongono le altre Corti, commutandosi e snaturandosi fatalmente in un *potere costituente permanente* sia dei singoli ordinamenti che delle relazioni tra gli stessi.

CEDU e diritto interno e su quello dei rapporti tra quest'ultimo e il diritto (ieri comunitario e oggi) eurounitario. La Corte tiene nettamente distinti i rapporti in parola e, per vero, da un certo punto di vista ciò appare giustificato se si tiene ferma la premessa per cui il diritto eurounitario dispone di forza costituzionale per effetto della "copertura" offerta dall'art. 11 della Carta, forza di cui invece, a giudizio della Consulta<sup>30</sup> (e dei suoi benevoli *laudatores*), non è dotata la Convenzione, al pari di qualunque altra Carta internazionale dei diritti, considerata – come si sa – fonte "subcostituzionale".

Non intendo qui riprendere neppure in sunto gli argomenti addotti a giustificazione di questa sistemazione che mi sembra bisognosa di essere criticamente ripensata sia nelle sue basi metodiche che, di conseguenza, negli svolgimenti teorici. Senza allargare ora l'esame all'intero diritto sovranazionale e circoscrivendo l'attenzione alla sola Carta di Nizza-Strasburgo, mi limito solo ad osservare che discriminare nel trattamento Carte dei diritti esclusivamente a motivo della loro provenienza fa a pugni con la loro comune natura di documenti – come la stessa Consulta li ha qualificati in una sua discussa (e discutibile) pronuncia, la 269 del 2017 – "tipicamente costituzionali". Immaginare, insomma, che si dia una gerarchizzazione tra Costituzioni *in senso materiale* è cosa che – se posso esprimermi con franchezza – non ha né capo né coda.

V'è di più. Proprio i documenti dei quali qui importa dire, la CEDU e la Carta dell'Unione, che si disporrebbero a gradi diversi della scala delle fonti, ribaltano poi siffatto ordine dichiarando il secondo di voler essere inteso alla luce del primo<sup>31</sup>, salvo nondimeno il caso che risulti acclarata l'attitudine della Carta suddetta ad innalzare, in una vicenda processuale data, il livello della tutela apprestata al diritto o ai diritti in campo<sup>32</sup>.

Ora, il "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela<sup>33</sup>, portato fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni e finendo dunque col coinvolgere la stessa Costituzione, presuppone – com'è evidente – l'abbandono di qualsivoglia scenario d'impostazione formale-astratta delle fonti e dei loro rapporti, implica cioè che si trapassi lo schermo della *fonte* e si punti diritto alla sostanza in essa racchiusa, si guardi cioè alle *norme* ed alle loro mobili combinazioni secondo i casi ed alla luce dei valori. Ecco perché – non mi stancherò di ripetere – la scelta è di campo, di metodo, tra una ricostruzione d'ispirazione formale-astratta ed una d'ispirazione assiologico-sostanziale. Ritenerne innestabile la seconda nella prima, così come opina la Consulta (già a partire dalla sent. n. 348 del

---

<sup>30</sup> ... secondo l'indicazione data dalla giurisprudenza inaugurata nel 2007, cui si è dietro fatto cenno.

<sup>31</sup> In argomento, ora, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano 2018, 65 ss.

<sup>32</sup> È singolare – come si è fatto altrove notare – questo andare in avanti e all'indietro del processo interpretativo, secondo quanto stabilito dall'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo, la quale richiede, sì, come si è rammentato, di essere intesa alla luce della CEDU; solo che, una volta che ci si dovesse avvedere che l'esito in tal modo raggiunto porterebbe ad un abbassamento del livello della tutela apprestata ai diritti rispetto a quella che la Carta è da sola in grado di offrire, ebbene si dovrebbe tornare indietro e rileggerla facendo a meno del riferimento alla Convenzione. Insomma, di ogni disposto della Carta stessa possono darsi, in astratto, due interpretazioni tra le quali occorre scegliere non per ciò che ciascun disposto oggettivamente dice bensì in forza di un criterio assiologico-sostanziale che orienta e illumina il percorso interpretativo.

<sup>33</sup> ... sul quale una crescente dottrina va, da varî punti di vista, appuntando l'attenzione (riferimenti in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3; sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, ora, G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.Vv., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, cit., 97 ss., spec. 114 ss.; pure *ivi* si è, ancora di recente, dichiarato in senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone del massimo *standard* R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, 170 ss., del quale v., ora, anche *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*).

2007), ovverosia immaginare che esse possano reciprocamente integrarsi e comporsi in unità, è cosa impossibile, per la elementare ragione che, come in un buco nero, la seconda opzione finisce col fagocitare ed annullare la prima.

Il vero è che le Carte dei diritti sono chiamate ad una quotidiana, sana competizione ad offrire sul mercato dei diritti la migliore mercanzia e possono farlo attraverso la giurisprudenza che vi dà voce, le fa valere e garantisce.

Proprio qui è, dunque, la radice da cui si alimentano talune “invenzioni” di ordine tecnico-processuale cui le Corti hanno fatto e fanno senza sosta luogo.

La Consulta – come si viene dicendo – teme fortemente il *pressing* delle Corti europee e si regola dunque di conseguenza.

Con riferimento ai rapporti con la Corte di Strasburgo, un particolare rilievo va attribuito alla scissione operata dal nostro giudice delle leggi tra il diritto convenzionale vigente e quello vivente. La Corte si fa premura di ripetere più volte che la Convenzione va intesa così come la intende la sua Corte; e, però, precisa che la giurisprudenza convenzionale vale unicamente nella sua “sostanza” o – come si è chiarito nella notissima sent. n. 49 del 2015 – laddove si sia in presenza di un indirizzo interpretativo “consolidato” ovvero di una decisione-pilota, all’indirizzo stesso assimilabile<sup>34</sup>. Si fatica, nondimeno, a capire quale sia il fondamento di siffatta contrapposizione e sovrapposizione del diritto convenzionale vigente rispetto a quello vivente, quale si avrebbe in difetto di un indirizzo siffatto.

La Corte così spiana la via a non infrequenti scostamenti della giurisprudenza comune e – si faccia caso – della stessa giurisprudenza costituzionale rispetto alla giurisprudenza convenzionale. Una indicazione, dunque, quella che dà la Corte con la pronuncia appena richiamata, che valorizza e responsabilizza il ruolo del giudice comune ma, più ancora e in ultima istanza, il proprio<sup>35</sup>.

Si consideri, infatti, lo scenario che potrebbe prefigurarsi dando seguito all’indicazione stessa: il giudice dovrebbe rivolgersi alla Consulta, lamentando la sospetta violazione della Carta costituzionale (rammento, in ogni sua norma e non soltanto nei principi fondamentali<sup>36</sup>) da parte della Convenzione ovvero di quest’ultima da parte della legge, unicamente laddove il conflitto risulti inevitabile alla luce degli indirizzi “consolidati” suddetti; in difetto di questi ultimi, il giudice avrebbe il campo libero per prospettare originali interpretazioni del diritto convenzionale, anche in deroga nei riguardi delle indicazioni date dal giudice di Strasburgo. Senonché l’ultima giurisprudenza sembra aver complicato ulteriormente il quadro, introducendo un elemento di discontinuità nell’indirizzo della Consulta fin qui invalso.

Tre notazioni vanno al riguardo fatte sul punto, sia pure con la rapidità imposta a questo studio.

La prima è che la giurisprudenza sembra da ultimo voler irrigidire i rapporti tra le Carte (e le Corti)

---

<sup>34</sup> In argomento la letteratura a commento è ormai assai nutrita: per un quadro di sintesi ed una messa a punto, v., di recente, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 159 ss. e 171 ss.; adde, ora, L. CASSETTI, *L’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo*, relaz. alle Giornate su *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit., in *paper*.

<sup>35</sup> E però chi di arma ferisce, di arma perisce; e la Corte sembra non avvedersi del fatto che il criterio dell’indirizzo “consolidato” potrebbe essere un domani trapiantato dal piano dei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale a quello dei rapporti col diritto eurounitario, a ruoli invertiti, specificamente laddove la Corte dell’Unione sia chiamata a far valere il rispetto dell’art. 4.2 TUE e debba pertanto far riferimento agli orientamenti dei giudici nazionali (specie, ma non solo, costituzionali) al fine di stabilire quali siano e come siano fatti i principi di struttura degli ordinamenti nazionali (maggiori ragguagli sul punto nel mio *Incontri e scontri tra Corte di giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 21/2017, 8 novembre 2017, spec. al § 3).

<sup>36</sup> La Corte sembra tuttavia trascurare il dato, su cui si è invitato altrove a fermare l’attenzione, per cui in considerazione di ciò di cui la Convenzione, al pari di ogni altra Carta dei diritti, tratta e per il modo con cui ne tratta (a mezzo di enunciati a maglie larghe e in più punti larghissime), il confronto è naturalmente sollecitato a farsi con norme della Costituzione espressive di principi fondamentali o, come che sia, da queste “coperte”.

a fronte della fluidità e flessibilità che è propria del criterio dell'indirizzo "consolidato". La sent. n. 43 del 2018, riprendendo uno spunto già presente in precedenti decisioni (e, segnatamente, in Corte cost. n. 150 del 2012), offre l'opportunità al giudice comune di rivolgersi subito alla Consulta, pur in presenza di una singola pronuncia (e non di un indirizzo "consolidato") che costituisca un "*novum*" rispetto alla giurisprudenza pregressa<sup>37</sup>. V'è da dire che, nella circostanza, il *novum* in parola si deve ad una decisione della Grande Camera; resta, dunque, da verificare – cosa che potrà farsi solo nei prossimi sviluppi della giurisprudenza – se ciò si considererà valevole anche con riguardo a pronunzie delle Sezioni.

È interessante, poi, osservare il diverso trattamento riservato alla giurisprudenza convenzionale: ora giudicata non autenticamente o incondizionatamente prescrittiva (secondo la tesi dell'indirizzo "consolidato", per il caso appunto che quest'ultimo non si abbia) ed ora invece *quodammodo* assimilata ad una vera e propria fonte del diritto, sollecitandosi i giudici remittenti ad una nuova valutazione della rilevanza, esattamente come si è soliti fare in presenza di uno *ius superveniens*<sup>38</sup>. La qual cosa, poi, potrebbe per la sua parte essere indicativa di un orientamento, ad oggi solo embrionalmente e timidamente espresso, volto a riconoscere carattere tendenzialmente generale alle pronunzie della Corte di Strasburgo (quanto meno laddove avvalorate e "consolidate" da una pronuncia della Grande Camera), accorciandosi – come si vede – per quest'aspetto la distanza che le separa dalle decisioni della Corte dell'Unione.

Il vero è, però, al tirar delle somme, che alla luce dell'ultima giurisprudenza non si può dire in partenza quando il diritto convenzionale di matrice giurisprudenziale sia vincolante e quando non lo sia. Sta di fatto che la 43 spiana la via alla remissione alla Consulta di questioni che, alla luce del criterio dell'indirizzo "consolidato", non avrebbero motivo di pervenirle.

Per l'aspetto ora considerato, la decisione s'inscrive in un quadro connotato da una marcata tendenza al "riaccentramento" delle questioni originate da conflitti tra diritto convenzionale e diritto interno, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

Il quadro resta, nondimeno, fluido e appannato, dal momento che il criterio dell'indirizzo consolidato non è certamente messo per intero da parte, sì da potersi considerare ormai superato, ma solo temperato.

Non è poi inopportuno rilevare che, in forza del criterio suddetto, nell'ipotesi seppur remota di conflitto tra il diritto convenzionale di matrice giurisprudenziale e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, la questione può dunque essere definita dal giudice comune con la tecnica dello scostamento dal primo. Di contro, i conflitti tra i principi suddetti e il diritto eurounitario vivente richiedono – come si vedrà – di essere comunque portati alla cognizione della Consulta.

La seconda notazione è, poi, di ordine preliminare, di fondo; e riguarda il fondamento stesso della scissione tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale. Non si capisce, invero, la ragione del diverso

---

<sup>37</sup> Sul significato di questa ambigua etichetta, tra i molti altri, v. A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 13 marzo 2018; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 17/2018, 12 settembre 2018, spec. 20 ss.; R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice "a quo" in un pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sent. 269/2017*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 861 ss.; v., inoltre, R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 825 ss.

<sup>38</sup> Faccio qui richiamo a taluni rilievi già presenti nel mio commento alla 150 del 2012, dal titolo *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2012 (12 giugno 2012).



rilievo assegnato, a quest'ultimo se ad esserne artefice è, rispettivamente, la Corte di Strasburgo ovvero quella di Lussemburgo.

Né varrebbe al riguardo opporre che esso si deve al diverso grado che, a giudizio della Consulta, sarebbe da riconoscere in capo alle Carte di cui le Corti stesse sono garanti. Ammesso pure (ma, come si è veduto, non concesso) che la Carta dell'Unione abbia nella scala delle fonti quale ricostruita in ambito interno un posto più elevato della Convenzione, perché mai questo dovrebbe tradursi in una diversa *intensità* del vincolo discendente da siffatti documenti "tipicamente costituzionali", nel loro farsi diritto giurisprudenziale, a carico dei giudici e degli operatori in genere? Il grado di una fonte è una cosa, la sua prescrittività (attraverso la giurisprudenza che vi dà voce) un'altra; e quest'ultima non viene meno sol perché una fonte si situa in un grado più basso della scala gerarchica.

La terza notazione riguarda il modo con cui, a stare alla giurisprudenza costituzionale, dovrebbero risolversi le antinomie tra Convenzione e Costituzione. In passato (in specie, fino a Corte cost. n. 311 del 2009) la Consulta aveva al riguardo accreditato l'idea secondo cui siffatta specie di antinomia avrebbe richiesto l'obbligatorio passaggio attraverso una pronuncia di annullamento della legge di esecuzione della Convenzione "*nella parte in cui...*".

A far data dalla decisione suddetta, però, ciò non è più detto espressamente, tanto da risultare avallata l'ipotesi, in altri luoghi affacciata<sup>39</sup>, secondo cui anche le antinomie in parola, al pari di quelle tra diritto eurounitario e diritto interno, avrebbero potuto risolversi con la tecnica della "non applicazione" della norma recessiva, in alternativa alla soluzione traumatica dell'annullamento della legge di esecuzione<sup>40</sup>.

Questa ipotesi sembra ora ricevere nuova linfa dalla decisione con cui è stato chiuso il caso *Taricco*, la 115 del 2018, nella quale si rileva che il paventato superamento dei "controlimiti" da parte del diritto eurounitario comporterebbe l'obbligo per i giudici comuni di adire la Consulta ma quest'ultima poi non dovrebbe risolvere l'antinomia con la caducazione della legge di esecuzione "*nella parte in cui...*", facendo piuttosto luogo direttamente alla "non applicazione" della norma sovranazionale incostituzionale: dunque, non quest'ultima quale conseguenza dell'annullamento bensì la stessa facendo a meno di questo<sup>41</sup>.

Sappiamo che la "non applicazione" è tecnica bisognosa di essere azionata, in primo luogo e in alternativa al ricorso al sindacato della Consulta, dai giudici comuni e dagli operatori in genere. Qui, la stranezza è data dal fatto che essa si ha ma solo dopo e per effetto di una pronuncia del giudice costituzionale, senza nondimeno conseguire ad un annullamento della norma da "non applicare" ma solo al mero accertamento della violazione della Costituzione.

---

<sup>39</sup> ... a partire dal mio *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.Vv., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, Pisa 4-5 giugno 2010, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss. Sul trapianto della soluzione invalsa al piano dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno a quello dei rapporti che quest'ultimo intrattiene con la Convenzione, v. anche A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 3027 in nt. 9.

<sup>40</sup> Traumatica sì ma più per le apparenze che per la sostanza: presentando, infatti, l'annullamento carattere relativo alla singola norma incompatibile con la Costituzione e colpendo dunque la legge di esecuzione unicamente "*nella parte in cui...*", in un caso e nell'altro si avrebbe poi, a conti fatti, la "non applicazione" della norma stessa. Ad esser pignoli (e volendo seguire sul punto una pur discussa e discutibile indicazione della Consulta), semmai si potrebbe dire che, nell'un caso (di annullamento), si avrebbe la "disapplicazione" della norma, quale conseguenza della sua acclarata invalidità, nell'altro la sua mera "non applicazione". Nella pratica, tuttavia, le cose non mutano.

<sup>41</sup> Ho rappresentato questo mio pensiero già in *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2018/III, 488 ss.

5. *L'attivazione dell'arma dei "controlimiti" e l'avocazione al sindacato della Consulta di ogni caso in cui essi si considerino violati: le indicazioni date dalla giurisprudenza, specie ad opera di Corte cost. n. 269 del 2017, e la loro critica*

Nella decisione finale su *Taricco*, così come (e più ancora) nella sent. 269 del 2017, la Consulta sembra risolutamente escludere che in caso di antinomie determinate da invalidità in senso forte di questa o quella norma, interna o sovranazionale che sia, il giudice comune possa considerarsi abilitato a rilevare *motu proprio* la giuridica inesistenza della norma stessa, senza per ciò dover chiamare in campo la Consulta affinché ne dia il riscontro. Quando poi ad essere violata è una norma della Carta di Nizza-Strasburgo sostanzialmente coincidente con una norma della Costituzione, quale che sia il tipo d'invalidità e malgrado la riconosciuta attitudine della norma sovranazionale ad essere portata ad immediata applicazione, ugualmente ad avviso del giudice costituzionale sarebbe obbligata la soluzione del ricorso al sindacato del giudice stesso.

Come sappiamo, la Corte ha finito – *bon gré mal gré* – col prendere consapevolezza del fatto che per effetto dell'appartenenza dello Stato alle Comunità prima e quindi all'Unione discendono vincoli penetranti per gli operatori di diritto interno, peraltro incidenti su campi materiali di esperienza via via sempre più estesi, conformemente all'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale<sup>42</sup>. In buona sostanza, l'unico modo per sottrarsi è quello di azionare l'arma dei controlimiti. Per vero, in giurisprudenza se n'è fin qui fatto un uso obiettivamente parco e cauto<sup>43</sup>, anche se di recente, da noi come altrove<sup>44</sup>, si è assistito a scontri anche assai aspri, dei quali *Taricco* dà emblematica testimonianza. Proprio facendo leva sui "controlimiti" la Corte ha messo in atto un'accorta manovra

---

<sup>42</sup> Possono vedersene chiaramente illustrate le tappe più salienti in P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione eurounitaria: dall'idea d'Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*<sup>4</sup>, cit., 23 ss.; v., inoltre, utilmente, AA.VV., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Giappichelli, Torino 2017.

<sup>43</sup> Anche questa – a dirla tutta – è una stranezza, perlomeno per l'aspetto teorico-giuridico, sol che si ponga a raffronto questa vicenda con quelle usualmente ricorrenti in ambito interno. Singolare è, cioè, la circostanza, già in altri scritti rilevata, secondo cui, mentre quotidianamente si assiste a norme di leggi e fonti in genere nazionali giudicate incompatibili con questo o quel principio fondamentale (a partire – come si sa – da quello di eguaglianza), di contro le norme sovranazionali sembrano immacolate, perfette, sempre concilianti rispetto ai principi. La spiegazione è invece piana per l'aspetto politico-istituzionale, non volendosi contrastare l'avanzata del processo d'integrazione europea se non appunto in casi eccezionali; ed anche da qui si ha, dunque, conferma del tasso assai elevato di politicità insito, più ancora che nelle singole pronunzie della Consulta, nell'indirizzo complessivo da esse composto.

<sup>44</sup> Sui casi di resistenza anche a muso duro manifestata in altri ordinamenti avverso alcune decisioni della Corte eurounitaria, v. O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz - C. Alcoberro Llivina, Intersentia, Cambridge 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi - C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 460 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. alla sez. I del cap. II, e, da ultimo, R. MASTROIANNI, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, V ss. Con riferimento, poi, alla giurisprudenza della Corte EDU, v., di recente, A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 851 ss. e, da ultimo, i contributi alle XI Giornate su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit.

allo scopo, per un verso, di tamponare l'“aggressività”<sup>45</sup> della Corte di giustizia e, per un altro, di ridimensionare in rilevante misura il ruolo dei giudici comuni, strumentalmente piegato alla riaffermazione della centralità di posto della Consulta quale primo ed indiscusso protagonista della salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, del primato della Costituzione.

La partita – va subito detto, a scanso di ogni possibile equivoco – appare ancora aperta, anzi agli inizi, ed incerto ne è dunque l'esito. All'attacco sferrato con la 269 del 2017 la Corte dell'Unione e i giudici nazionali (in ispecie per bocca della Cassazione) hanno prontamente reagito a colpi di fioretto, abilmente portati nei punti più deboli del corpo dell'avversario.

La Consulta ha finalmente compreso, risvegliandosi da un annoso letargo, che il versante da battere è quello che unisce la Corte dell'Unione ai giudici comuni attraverso la via del rinvio pregiudiziale. E così, per un verso, ha ammesso già da alcuni anni a questa parte di poterne fare uso diretto e, per un altro verso, avocando a sé la competenza a conoscere di ogni violazione dei principi di base dell'ordinamento costituzionale, ha dato ad intendere di puntare a circoscrivere i casi in cui i giudici comuni potranno avvalersene ogni qualvolta siano in gioco i diritti congiuntamente e in modo non dissimile riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo e dalla Carta costituzionale.

Molti commentatori della 269 ne hanno dato una lettura nel senso che d'ora innanzi verrebbe meno la obbligatoria precedenza della pregiudizialità “comunitaria” ed anzi si avrebbe un vero e proprio ribaltamento dell'ordine in cui essa si pone rispetto alla pregiudizialità costituzionale<sup>46</sup>. Se questa ipotesi fosse attendibile (o, diciamo meglio, dovesse essere avvalorata dalla giurisprudenza a venire), è chiaro che potrebbero crescere i casi in cui sarebbe la Consulta ad investire per prima la Corte dell'Unione in via pregiudiziale.

Non credo, come dirò a momenti, nella premessa e sarei molto ma molto cauto circa la conseguenza.

Quanto alla prima, già in altri luoghi ho dichiarato di non vedere neppure un rigo nella 269 a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità. Di contro, in essa si ribadisce che il giudice comune può *in ogni tempo* avvalersi dello strumento del rinvio: la novità sta, dunque, nel fatto che d'ora innanzi potrà scegliere a quale pregiudizialità dare la precedenza; solo che, laddove dovesse rivolgersi al giudice dell'Unione dopo aver adito la Consulta, ad avviso di quest'ultima potrebbe – a quanto pare – farlo solo *per profili diversi* da quelli indicati nella questione di legittimità costituzionale.

È evidente l'intento avuto di mira dal giudice costituzionale con questa (indebita) limitazione, che è quello di parare il rischio – fin dove possibile – di entrare in rotta di collisione con la Corte dell'Unione.

Si faccia caso: in una circostanza siffatta, non è tanto in gioco un vero e proprio conflitto tra giudicati (in accezione formale-astratta), dal momento che, ove il verdetto della Consulta dovesse essere di accoglimento, verrebbe meno ogni ragione per il giudice comune d'interpellare la Corte di giustizia. A quest'ultima, ci si potrebbe rivolgere nel caso opposto, che la pronuncia sia di rigetto, la quale tuttavia, per il modo con cui se ne ricostruiscono usualmente la natura e l'efficacia, sarebbe

---

<sup>45</sup> ... per riprendere un termine adoperato, sia pure in altro contesto teorico-ricostruttivo, da una sensibile dottrina (part., O. POLLICINO, in molti scritti, tra i quali, in forma organica, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010).

<sup>46</sup> *Ex plurimis*, G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: preupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955 ss.; più di recente, v. R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*

inidonea a produrre la cosa giudicata, nulla ostando dunque a che la Corte costituzionale, nuovamente adita, muti se del caso orientamento (magari convertendo il precedente rigetto in un accoglimento).

Il problema però – com'è chiaro – non è di forma ma di sostanza; e la Consulta vuole comunque evitare di trovarsi nella spiacevole situazione di vedere una propria decisione contraddetta da una decisione del giudice eurounitario. È vero che quest'ultimo sarebbe comunque chiamato a pronunciarsi sulla Carta dell'Unione e dal punto di vista dell'Unione stessa; e però, poiché in tesi le due Carte hanno contenuti sostanzialmente coincidenti, la divergenza degli orientamenti delle due Corti risulterebbe *per tabulas*. Tra l'altro – si faccia caso – proprio la coincidenza in parola potrebbe risultare *ex post* smentita dalla interpretazione della Carta eurounitaria fornita dal giudice di Lussemburgo, pur laddove a quest'ultimo ci si dovesse rivolgere – come vuole la Consulta – *per profili diversi* da quelli posti a base della questione di costituzionalità, risultando pertanto in radice delegittimata la pronuncia del nostro giudice delle leggi.

Per questa stessa ragione, sarei – come dicevo – cauto prima di affermare a cuor leggero che la Consulta profitterà della (supposta) precedenza necessaria della pregiudizialità costituzionale per avvalersi con una certa frequenza e continuità dell'arma del rinvio<sup>47</sup>; se, infatti, la risposta non dovesse poi essere quella attesa e gradita, la Corte interpellante si troverebbe in una situazione di oggettivo imbarazzo e potrebbe dunque avere difficoltà a smarcarsi dal *pressing* del giudice lussemburghese. Potrebbe – è vero – sollecitare i giudici comuni a farlo ma questo obbligherebbe a battere la via di una restituzione degli atti alle autorità remittenti o di una pronuncia di rigetto “forzato” nel merito, magari facendo ricorso ad originali ed innovative reinterpretazioni dei materiali normativi di causa<sup>48</sup>.

Come si diceva, però, né la Corte dell'Unione né i giudici comuni sono rimasti indifferenti al punto di diritto fissato nella 269<sup>49</sup>: l'una Corte soprattutto in *Global Starnet* e la Cassazione in alcune sue importanti decisioni hanno chiaramente denunciato come arbitraria ogni possibile limitazione nell'uso del rinvio. Ad oggi è sul punto pendente – come si sa – una questione di costituzionalità sollevata dalla seconda sez. civ. del giudice della nomofilachia (n. 3831 del 2018) nella quale è risolutamente richiesta una “precisazione” sul punto (in buona sostanza, è sollecitato un chiaro *dietrofront*), accompagnata dalla minaccia di fare subito applicazione diretta di norme della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*, qualora la Corte di giustizia, interpellata in via pregiudiziale, dovesse dare indicazioni che avvalorino l'ipotesi dell'antinomia con norme di diritto interno (finemente argomentate sono, poi, nello stesso senso, due importanti decisioni della Cass., sez. lav., nn. 12108 e 13678 del 2018<sup>50</sup>).

V'è però di più. Non è infatti senza significato che ad oggi pochissime siano le questioni di costituzionalità presentate dopo la 269 nelle quali è fatto richiamo *anche* a norme della Carta dell'Unione ma *in nessun caso* – dico *nessuno*, al di fuori ovviamente di quello di cui alla ord. n. 3831, sopra cit. –, salvo che non sia incorso in errore, è stata lamentata la violazione di una norma della Carta stessa sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione; si è, sì, prospettata la lesione di plurimi disposti delle due Carte ma non di disposti sovrapponibili. La qual cosa lascia

---

<sup>47</sup> ... fermo restando che, ovviamente, ben altra è la frequenza stessa laddove dello strumento facciano uso i giudici comuni, a motivo del loro carattere plurale e della diffusione capillare nel territorio della Repubblica, rispetto a quella che vi ricorra la Consulta.

<sup>48</sup> In ogni caso, anche in circostanze siffatte, il rischio del sostanziale conflitto con la Corte dell'Unione non verrebbe, ovviamente, fugato.

<sup>49</sup> La qual cosa, peraltro, ben si comprende sol che si tenga a mente il carattere conflittuale, di chiusura, nei riguardi del diritto sovranazionale e dei suoi interpreti e garanti che trasuda da tutti i pori della decisione in parola (similmente, ora, E. CANNIZZARO, nella chiusa del suo *I valori costituzionali oltre lo Stato*, cit.).

<sup>50</sup> Vi si richiama anche A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 1° ottobre 2018.

francamente interdetti. È, dunque, un caso che non si sia avverata la condizione posta dalla Consulta con la decisione suddetta? Il fatto che sia stata lamentata la lesione di disposti della Carta dell'Unione non coincidenti con disposti costituzionali può (o, meglio, deve) essere interpretato come implicito riconoscimento del loro carattere non *self-executing*, visto che le norme che posseggono siffatto carattere possono (e devono) essere portate alla Consulta unicamente in caso di coincidenza con norme della Costituzione?

Ferma e vigorosa è, poi, stata, per comune riconoscimento, la riaffermazione della centralità di posto della Consulta nel sistema di garanzia giurisdizionale dei diritti e della Costituzione in genere nella pronuncia finale su *Taricco*. Il punto è che l'obiettivo è tuttavia preso di mira a mezzo di tecniche argomentative eccessive nei toni e discutibili nella sostanza.

La Corte avrebbe potuto – come da più di un commentatore rilevato – limitarsi a prendere atto con soddisfazione della sostanziale revisione del proprio originario punto di vista operata dalla Corte dell'Unione. Vincente si è, infatti, rivelata la tecnica posta in essere col riferimento fatto dalla Consulta nell'ord. n. 24 del 2017 di rinvio pregiudiziale al principio di legalità quale componente di una tradizione costituzionale comune<sup>51</sup>: una tecnica, dunque, che, a conti fatti, convertiva un bilanciamento interordinamentale in uno intraordinamentale<sup>52</sup>, mostrandosi alla Corte dell'Unione che, in realtà, ad essere minacciato non era un principio peculiare ed esclusivamente proprio dell'ordinamento italiano bensì appunto un principio comune agli Stati e, per ciò stesso, costitutivo di un principio generale dell'Unione.

La Consulta, invece, qui sposta il bersaglio dalle tradizioni comuni alla identità costituzionale dello Stato, non facendosi cura neppure di evidenziare come un principio espressivo della seconda possa, quanto meno nel suo “nucleo duro”, entrare a comporre le prime<sup>53</sup>.

In realtà, c'è modo e modo d'intendere la identità costituzionale e il suo porsi in rapporto con l'identità dell'Unione<sup>54</sup>. La Corte avrebbe potuto rivendicare la salvaguardia di un principio

---

<sup>51</sup> Sull'atto di rinvio della Consulta è piovuta una messe di commenti (per tutti, v., almeno, AA.Vv., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit.; AA.Vv., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano 2017; i contributi al forum su *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 1/2018; AA.Vv., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018). L'indicazione volta a spostare l'obiettivo dall'identità costituzionale dello Stato alle tradizioni suddette era già venuta da una sensibile dottrina (M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 2 agosto 2017, nonché in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 5 dicembre 2017, e in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 11 dicembre 2017).

<sup>52</sup> Ho trattato a più riprese di siffatte specie di conversione, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2011, 1° marzo 2011.

<sup>53</sup> Riprendo ora in sunto alcuni svolgimenti argomentativi che sono nel mio *Taricco, amaro finale di partita*, cit.

<sup>54</sup> Riferimenti in F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti* e, più di recente, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit.; AA.Vv., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei*

fondamentale di diritto interno, non sottacendo che esso è *allo stesso tempo* parte integrante di una tradizione comune.

Di più. Per un verso, pur ribadendo in premessa che spetta alla Corte dell'Unione dare la interpretazione del diritto sovranazionale, avanza poi la singolare pretesa di riservare a se stessa il diritto di stabilire quali norme eurounitarie abbiano effetto diretto in ambito interno<sup>55</sup>; per un altro verso, esclude che i giudici comuni possano *in alcun caso* chiudere in via definitiva la partita, offrendo adeguata protezione ai principi di diritto interno aggrediti dal diritto sovranazionale: dunque, come si faceva poc'anzi notare, anche nel caso che si sia in presenza di norme affette da invalidità di tipo forte, sì da potersene subito da chiunque rilevare la giuridica inesistenza.

Confesso di faticare a comprendere come si possa, sulla base di queste premesse, sollecitare la necessaria collaborazione da parte degli altri operatori di giustizia, interni e non, nell'impegnativa e non di rado sofferta opera volta a dare salvaguardia ai diritti e in genere ai beni della vita costituzionalmente protetti. La Corte sa perfettamente di avere, in particolare, pressante bisogno del convinto e fruttuoso sostegno dei giudici comuni, ai quali compete mettere in moto i processi volti a garantire i diritti come pure a darne la chiusura, anche in esecuzione dei verdetti della Corte stessa o di altre Corti<sup>56</sup>. Nessuna iniziativa può *motu proprio* intraprendere la Consulta, al di fuori di quella di sollevare davanti a se stessa un conflitto da menomazione, magari per supposta lesione

---

*conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell' "Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss. Infine, se si vuole, anche i miei *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017, 19 ss.; *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2 ottobre 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

<sup>55</sup> Pronta la critica sul punto della più avvertita dottrina [C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 5 giugno 2018 e D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., 387. Sulle vessate questioni riguardanti l'efficacia diretta delle norme sovranazionali, tra i molti altri, v. AA.VV., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano 2018].

<sup>56</sup> ... una chiusura che, specie in relazione a talune pronunzie della Corte europea o della stessa Corte costituzionale connotate da una struttura a maglie larghe (quali sono le pronunzie-pilota o le additive di principio), naturalmente implica il riconoscimento di un largo margine di apprezzamento e di manovra a beneficio del giudice comune al fine della loro ottimale implementazione nell'esperienza, in ragione delle peculiarità dei casi (con specifico riguardo alla Corte EDU, sulle non poche, gravi questioni che si pongono in relazione alla esecuzione delle sue pronunzie, per un quadro di sintesi, v., tra gli altri, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. il cap. III, e, dello stesso, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2017/III, 460 ss.; nella stessa *Rivista*, R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, 2/2017, 29 giugno 2017; E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2/2018, 711 ss.; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 18/2018, 26 settembre 2018, e i contributi alle XI Giornate su *Corte EDU e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit. Infine, per una organica riconsiderazione dei seguiti alle decisioni della Corte EDU con specifica attenzione alla giurisprudenza di quest'ultima, Di R.G. CONTI, *La giurisprudenza civile sull'esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, relaz. al 50° Corso di studi su *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il margine di apprezzamento*, Perugia 26-27 ottobre 2018, che ho avuto modo di poter consultare in *paper*).

del giudicato costituzionale; e, pur laddove ne dia poi la soluzione, ha comunque bisogno che sulla stessa si abbia l'acquiescenza degli operatori cui il verdetto s'indirizza. In disparte però la circostanza per cui si tratta di rimedio evidentemente eccezionale, di certo non può valere con riguardo ai casi di mancata prospettazione di una questione di costituzionalità, anche nella sua peculiare versione di "costituzionalità-eurounarietà". La Corte non può certo obbligare un giudice a rilevare *uno actu* la congiunta violazione della Carta di Nizza-Strasburgo e della Carta costituzionale né può pretendere che, laddove si sospetti la violazione solo della prima o magari di entrambe, il giudice non si rivolga dapprima alla Corte dell'Unione *proprio al fine di acquisire elementi di conoscenza utili a stabilire se la lesione nei riguardi della Carta dell'Unione si abbia davvero*. È singolare che quanti si sono dichiarati favorevoli alla inversione dell'ordine tradizionale di svolgimento delle due pregiudizialità non si siano avveduti del fatto che la precedenza di quella "comunitaria" può – perlomeno in non poche circostanze – rivelarsi indispensabile proprio allo scopo di mettere l'operatore in grado di stabilire se sussista la condizione della congiunta violazione delle Carte richiesta dalla 269 a giustificazione del ricorso alla Consulta anche per i casi di antinomia con norme sovranazionali *self-executing* risultanti da un documento "tipicamente costituzionale".

Insomma, l'esperimento del rinvio pregiudiziale può dimostrarsi necessario tanto che si tratti di denunciare la lesione della sola Carta dell'Unione quanto che si sospetti la violazione della stessa e della Costituzione assieme.

Il vero è che – come si viene dicendo – il rispetto dei canoni processuali è il *prius* logico ed assiologico per un proficuo svolgimento dell'opera che tutti gli operatori sono tenuti a porre in essere, in spirito di reciproca e feconda collaborazione, al servizio dei diritti<sup>57</sup>. Ogni giudice ha, dunque, un suo ruolo da giocare sulla scena, ciascuno complementare all'altro e tutti egualmente conducenti all'obiettivo della salvaguardia dei diritti.

Il punto debole della costruzione che la Consulta va erigendo sullo specifico terreno della salvaguardia dei diritti è dato proprio dalla rivendica orgogliosa e gelosa del diritto all'esclusiva in ordine alla definizione dei principi fondamentali ed alla risoluzione delle antinomie che li riguardano.

La Corte qui commette un grave errore di partenza; ed è dato dal fatto che nessuno può assumere essere di propria esclusiva spettanza il riconoscimento dei principi fondamentali, alla cui messa a punto ed all'incessante rinnovamento semantico concorrono – come si è tentato di mostrare in altri luoghi<sup>58</sup> – *consuetudini culturali* alla cui formazione l'intera comunità organizzata e l'apparato danno il loro fecondo e costruttivo apporto. Immaginare che un solo organo, foss'anche il massimo garante della legalità costituzionale, possa in sovrana solitudine fissarne autoritativamente il senso equivarrebbe a farne – come si diceva poc'anzi – un *potere costituente permanente*, un potere *mostruoso*, come lo si è altrove qualificato.

D'altronde, la stessa giurisprudenza costituzionale, pur tra non rimosse oscillazioni e perduranti incertezze, dà mostra del fatto che vi sono spazi coltivabili dai giudici comuni nei quali la pianta dei principi può crescere e portare frutto. Non si dimentichi l'indicazione data sul terreno dei rapporti, ai quali si è sopra fatto riferimento, tra diritto interno e CEDU, con specifico riguardo ai margini riconosciuti ai giudici comuni al fine di potersi discostare dalle interpretazioni somministrate da pronunzie della Corte europea inidonee a dar vita ad indirizzi "consolidati". Viene invero difficile immaginare che il giudice possa considerarsi esentato dall'obbligo di fare comunque menzione di una di tali decisioni, allo stesso tempo motivando lo scostamento dalla interpretazione della

---

<sup>57</sup> Ed è proprio per ciò ed al fine di evitare un eccessivo innalzamento del tasso di politicità dei giudizi di costituzionalità che la più avvertita dottrina ha, a più riprese, sollecitato la Consulta alla scrupolosa osservanza dei canoni che vi stanno alla base.

<sup>58</sup> ... tra i quali il mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in v., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 337 ss., nonché in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2016/II, 263 ss.

Convenzione dalla stessa prospettata proprio con il suo carattere non “consolidato” e – qui è il punto – con la sua incompatibilità con la Costituzione (e, perciò, perlomeno il più delle volte<sup>59</sup>, con uno o più dei principi suddetti).

Come si faceva poc’anzi notare, qui l’antinomia coi principi è risolta direttamente dal giudice comune a mezzo della tecnica della “non applicazione” di un’interpretazione del giudice di Strasburgo che non può trovare accoglienza in ambito interno: l’antinomia è, poi, prevenuta grazie alla prospettazione di una nuova interpretazione della Convenzione in senso conforme a Costituzione. Tutto questo, ovviamente, a stare nell’ordine di idee della Consulta che, nondimeno, come si è dietro rilevato, può essere discusso sin dalle sue premesse, specie ove si tenga ferma la regola secondo cui la Convenzione parla per bocca della Corte di Strasburgo, senza stare poi a fare calcoli statistici al fine di avere conferma della prescrittività delle pronunzie che vi danno voce.

Ecco perché la costruzione dei rapporti interordinamentali eretta dalla Consulta appare essere – come si dice nel titolo dato a queste succinte riflessioni – *in progress* e *a geometria variabile*, con un ruolo riconosciuto in capo alle Corti europee, per un verso, e, per un altro, ai giudici comuni idoneo ad espandersi ovvero – ed è ciò che qui maggiormente importa mettere in chiaro – a contrarsi a fisarmonica, senza nondimeno che esso possa fare ombra alla Corte costituzionale, la cui figura si staglia alta e vigorosa al centro della scena.

Siamo sicuri però che siffatta costruzione, dalle basi – s’è veduto – alquanto fragili, possa durare a lungo nel tempo?

*6. Il costo che la Consulta ha dovuto pagare per riaffermare la primauté della Costituzione e la... propria: lo scostamento dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità e il conseguente, insopportabile innalzamento del tasso di politicità di questi ultimi*

Occorre, a questo punto, chiedersi quale sia il costo che la Consulta ha dovuto (e deve) pagare al fine di riaffermare, in un sol colpo, la *primauté* della Costituzione e la... *propria*.

Il dato più saliente – come si è venuti dicendo – è lo scostamento dai canoni processuali che ha poi la sua immediata e rilevante ricaduta in un abnorme innalzamento del tasso di politicità dei giudizi, vale a dire nella netta dominanza dell’“anima” politica – com’è usualmente chiamata<sup>60</sup> – su quella giurisdizionale, laddove le stesse dovrebbero secondo modello stare in costante equilibrio, la cui salvaguardia è condizione vitale per l’ottimale svolgimento del *munus* affidato alla Corte e, per ciò stesso, dell’affermazione della Costituzione.

V’è da dire che le condizioni oggettive di contesto hanno, per la loro parte, concorso in non secondaria misura a questo squilibrio che, peraltro, specie nell’ultima giurisprudenza, va facendosi sempre più marcato, vistoso e – a dirla tutta – inquietante. Le crisi, nelle loro plurime manifestazioni ai varî piani di esperienza sociale (in larga accezione) in cui si radicano e svolgono, hanno agevolato quest’esito, offrendo puntello e giustificazione alle operazioni, anche le più ardite e innovative, poste in essere dal giudice costituzionale (e, per la loro parte, anche da altri giudici).

Il vero è che la Corte si trova, pressoché quotidianamente, obbligata a bilanciare le ragioni dei

---

<sup>59</sup> ... per non dire sempre, giusta la notazione dietro svolta secondo cui la Convenzione, al pari di ogni altra Carta dei diritti, naturalmente si confronta con norme della Costituzione espressive di principi o, come che sia, da questi “coperte”.

<sup>60</sup> *Ex plurimis*, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017.



diritti con le ragioni facenti capo alle varie emergenze, specie a quelle di natura economica la cui incidenza a carico dei diritti stessi e, specificamente, di quelli sociali è d'immediata, lampante evidenza<sup>61</sup>.

Occorre chiedersi se la china intrapresa sia inarrestabile, quanto meno se sia possibile arginare in una certa misura perlomeno le più esasperate espressioni di siffatta tendenza alla iperpoliticizzazione dei giudizi.

Anche dalla prospettiva ora adottata, ci si avvede di quanto fecondo possa essere il "dialogo" tra le Corti quale fattore, a un tempo, di stabilizzazione e di rinnovamento degli orientamenti giurisprudenziali. Un giudice, sovranazionale o nazionale che sia, che sa di doversi confrontare con altri organi preposti parimenti ad amministrare giustizia è naturalmente portato ad una maggiore cautela e vigilanza interna di quella che invece si avrebbe laddove si trovasse ad essere *dominus* esclusivo ed incontrastato del campo.

Il "dialogo" – si è fatto molte volte notare – non equivale di certo a pensarla necessariamente allo stesso modo; di contro, le divergenze ed i veri e propri conflitti, anche aspri, possono non di rado aversi e – come qui pure si è rammentato – effettivamente si hanno. Seguito tuttavia a nutrire fiducia sul fatto che alla lunga, confrontandosi ripetutamente con riguardo a simili questioni, le convergenze (se non pure l'identità delle vedute) superino i contrasti. Si attivano, insomma, meccanismi, anche imprevedibili nelle loro movenze e negli esiti, che portano ad una sorta di *checks and balances* dalla inusuale fattura, a forme cioè di reciproco controllo culturale degli operatori di giustizia, al quale è da assegnare – a me pare – uno straordinario rilievo, sotto più aspetti ed a più fini o effetti.

In primo luogo, il "dialogo" è condizione di quella mutua integrazione nei fatti interpretativi della Costituzione e delle altre Carte sulla cui utilità e, anzi, necessità la stessa giurisprudenza ha ripetutamente, opportunamente insistito (specie in Corte cost. n. 388 del 1999). Il "dialogo" è, dunque, la forma maggiormente espressiva e la conferma più accreditata del carattere "intercostituzionale" – come lo si è altrove chiamato<sup>62</sup> – sia della Costituzione che delle altre Carte, vale a dire della loro vocazione ad aprirsi e disporsi a farsi rigenerare semanticamente a vicenda, specie nelle più spinose e sofferte vicende processuali, nel corso delle quali si presenta particolarmente arduo e problematico raggiungere un complessivamente appagante equilibrio tra i beni della vita in campo.

In secondo luogo, il "dialogo" sollecita – perlomeno il più delle volte – tutti i parlanti a sforzarsi di offrire la più adeguata salvaguardia ai diritti, in rispondenza al "metapprincipio" del massimo *standard*; gioca dunque nel senso di innalzare – fin dove possibile – il livello della tutela, pur nelle difficoltà di contesto che si oppongono alla sua piena affermazione. Quest'obiettivo può essere

---

<sup>61</sup> In argomento, peraltro, è venuta a formarsi una marea montante di scritti di vario segno e orientamento (solo per alcune prime indicazioni e limitando i riferimenti ai contributi più di recente apparsi, v. F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 1/2017, 23 gennaio 2017, spec. al § 5; C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2017, 15 febbraio 2017; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 73 ss.; AA.VV., *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economica. La questione pensionistica come caso emblematico*, a cura di L. Dorato e G. Grasso, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica*, a cura di M. D'Amico e F. Biondi, FrancoAngeli, Milano 2017; i contributi di AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, cit., spec. al cap. 3; B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2018; G. GUIGLIA, *Italian constitutional Court and social rights in times of crisis: in search of a balance between principles and values of contemporary constitutionalism*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2018, 30 luglio 2018; N. MACCABIANI, *The Effectiveness of Social Rights in the EU. Social Inclusion and European Governance. A Constitutional and Methodological Perspective*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 74 ss.).

<sup>62</sup> ... a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss.

centrato in varî modi, sia che ci si conformi ai canoni processuali e sia pure che da essi ci si discosti. Non si commetta tuttavia l'errore, frutto di autentica miopia istituzionale, di ritenere che il fine giustifichi sempre il mezzo, *qualunque mezzo*. Alla lunga, infatti, a perdere saranno la Costituzione e lo Stato costituzionale. La tipicità dei ruoli – secondo una tradizione risalente all'affermazione del principio della separazione dei poteri – è elemento costitutivo dell'essenza stessa della Costituzione, condizione cioè della salvaguardia dei diritti, secondo l'insegnamento tramandatoci dai rivoluzionari francesi all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

La tipicità dei ruoli – qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa – non vale solo al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia (per ciò che in questa sede specificamente importa, dei giudici). Vale anche al piano dei rapporti tra gli operatori di giustizia, tutti chiamati variamente ad offrire il loro fattivo concorso alla salvaguardia dei diritti.

Il "dialogo", insomma, presuppone la distinzione dei ruoli e la loro scrupolosa osservanza, non già la loro confusione che fatalmente porterebbe non alla "giurisdizionalizzazione" dei conflitti (e dei decisori) politici bensì alla "politicizzazione" dei giudizi (e dei giudici).

La battaglia tra Kelsen e Schmitt – come si vede – non si è chiusa al tempo della Costituente con l'affermazione della tesi patrocinata dal primo e volta alla istituzione di un tribunale costituzionale a garanzia del primato della Costituzione. La battaglia prosegue giorno dopo giorno perché forti e continue sono le tentazioni che vengono dal contesto e spingono vigorosamente nel verso della "politicizzazione" dei giudizi di costituzionalità. Il "dialogo" intergiurisprudenziale può dimostrarsi un efficace antidoto avverso il diffondersi di questo male, sempre che se ne faccia un uso oculato, nella consapevolezza dei limiti insiti nei *munera* ai quali gli operatori di giustizia, con diversità di ruoli e di responsabilità, sono preposti.

ANDREA CARDONE

## Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea

SOMMARIO: 1. Una rivoluzione “promessa”. – 2. La “svolta” del 2017: la sentenza n. 269 e le contrastanti reazioni della dottrina. – 3. (segue): la pretesa e rigida inversione dell’ordine delle questioni pregiudiziali e le controindicazioni cui dà luogo: dal ruolo del giudice comune al successivo rinvio per «*altri profili*»; dalla non sanzionabilità dell’ordine agli “eccessi interpretativi” della giurisprudenza; dalla posizione del giudice di ultima istanza all’effettività della tutela. Il seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269. – 4. Le conferme della giurisprudenza costituzionale successiva: la sentenza n. 20 del 2019 e l’estensione del nuovo regime al contrasto con il diritto derivato; la sentenza n. 63 del 2019 e l’ipotesi del rinvio pregiudiziale «*anche dopo*» il giudizio di costituzionalità. – 5. Come gestire l’ordine delle questioni? Il grado di vincolatività degli obblighi derivanti dal diritto UE e lo spazio residuo per il rinvio pregiudiziale dopo l’eventuale declaratoria d’incostituzionalità della norma interna. – 6. L’integrazione del parametro di legittimità costituzionale nel giudizio a doppia pregiudizialità: il “parametro misto” e la “massimizzazione della minor tutela”. – 7. Controlimiti, identità costituzionale e integrazione europea: la giustizia costituzionale accentrata come principio supremo e la trasfigurazione nomofilattica del suo ruolo.

### 1. Una rivoluzione “promessa”

La sentenza n. 269 del 2017 è stata interpretata dalla dottrina maggioritaria come “rivoluzionaria”<sup>1</sup>, poiché avrebbe riconosciuto la precedenza della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando il giudice comune si trova ad applicare un atto normativo interno che sembra ledere diritti garantiti tanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che dalla Costituzione<sup>2</sup>. Da ciò deriverebbe un nuovo ruolo della giustizia costituzionale nell’economia delle forme di tutela giurisdizionale, così come anche una nuova perimetrazione dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo nell’ambito del c.d.

---

<sup>1</sup> Parla della «più rilevante novità giurisprudenziale nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza n. 170 del 1984» G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 25.01.2018, 1. Analogamente, R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2018, 22 discorre di una «svolta rispetto al sistema precedente».

<sup>2</sup> In via del tutto preliminare, e salvo quanto si dirà appresso, cfr., con varietà di sfumature, G. SCACCIA, *op. e loc. ult. cit.*; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 18.12.2017, 2; R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 2018, 281; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 1.02.2018, 4; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*, 24.01.2018, 2; R. MASTROIANNI, *op. e loc. ult. cit.*; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955; *Id.*, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2019, 2.

“costituzionalismo multilivello”<sup>3</sup>. Salvo quanto si dirà meglio di qui a poco<sup>4</sup>, per apprezzare la rilevanza del tema basterà osservare che, secondo una parte della dottrina, per effetto di questa giurisprudenza, il diritto dell’Unione non soggiacerebbe più soltanto ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale, ma a tutta la Costituzione cosiddetta “dei diritti” e, in definitiva, alla Costituzione tutta<sup>5</sup>, atteso che la distinzione tra parte sui diritti e parte organizzativa appare manichea e conosce comunque un confine piuttosto labile. Non meraviglia, quindi, che la dottrina si sia anche chiesta se l’assetto derivante da questo nuovo corso giurisprudenziale corrisponda ad una razionale strutturazione dei rapporti tra diritto interno e diritto UE nella prospettiva dell’integrazione costituzionale europea<sup>6</sup>.

L’idea che si intende indagare in questa sede è, invece, che quella inaugurata con la decisione n. 269 del 2017 sia, per così dire, una rivoluzione ancora solo “promessa”, perché mancante di due elementi indefettibili per poter realizzare l’ormai non più dilazionabile revisione del “posto” del giudizio incidentale nel circuito della tutela multilivello dei diritti fondamentali, ovvero, da un lato, l’adozione di un nuovo criterio per stabilire l’ordine di promovimento delle questioni pregiudiziali (essendosi la recente giurisprudenza della Corte – come si avrà modo di sostenere – limitata a rimuovere l’obbligo del previo rinvio pregiudiziale), dall’altro, la definizione di un nuovo meccanismo di integrazione del parametro di costituzionalità delle norme interne confliggenti allo stesso tempo con il diritto costituzionale interno e con quello dell’UE.

Come noto, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, la “questione” della doppia pregiudizialità è stata risolta nel senso della priorità della pregiudiziale eurounitaria secondo la premessa teorica rappresentata dal peculiare schema dualistico dei due ordinamenti separati, “ancorché coordinati”: premessa funzionale alla garanzia della primazia e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione. Come altrettanto noto, infatti, secondo tale orientamento della giurisprudenza costituzionale, dinanzi a norme interne che si ponessero in contrasto con regole di diritto dell’UE dotate di effetto diretto il giudice comune doveva negare applicazione alle norme interne e, in caso di dubbio, sollevare rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, salvo il caso che la norma UE (quale che fosse la sua natura e il suo effetto) si ponesse in contrasto con i c.d. “controlimiti”. Dinanzi a norme con effetti diretti, dunque, eccettuata questa ultima ipotesi, per la questione di costituzionalità restava spazio, eventualmente, solo all’esito del giudizio della Corte di giustizia. In questo senso si poteva ben dire che si trattasse di una vera e propria scansione dell’ordine delle questioni pregiudiziali.

Ciò che interessa mettere in evidenza in sede introduttiva – e ne vale la pena perché sarà utile più avanti rilevare che il contesto risulta oggi profondamente cambiato – è che tale posizione

---

<sup>3</sup> Nella arcinota accezione di I.E.A. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36 (1999), 703 e ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511 e ss.

<sup>4</sup> Vedi *infra*, § 2.

<sup>5</sup> Segnala G. SCACCIA, *ult. cit.*, 7, che, attraverso la priorità accordata alla questione di costituzionalità, «viene oltre tutto ad ampliarsi lo spettro dello scrutinio di compatibilità della norma nazionale con il diritto dell’Unione europea. La questione comunitaria si incorpora, infatti, in una questione incidentale che assume a parametro, per il tramite dell’art. 117, primo comma, l’intera costellazione delle norme costituzionali e non soltanto il limitato μέτρον dei principi supremi, come accadrebbe se la Corte volesse pronunciarsi in modo difforme da una pronuncia della Corte di giustizia resa su analogo *thema decidendum*».

<sup>6</sup> In senso molto critico, cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 260, secondo il quale con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte ha affermato la superiorità gerarchica della Costituzione sulla Carta UE, il che «equivale a ritenere la carta dei diritti [sia] priva di valore prescrittivo immediato nei confronti dei giudici comuni (e dell’amministrazione) ma, altresì, serve ad attribuirne alla Corte costituzionale stessa l’interpretazione e l’applicazione», per cui «in fondo, con i gemelli diversi nati dalle sentt. nn. 269/2017 e 20/2019, il diritto dei principi europei rischia di essere degradato al rango delle norme internazionali pattizie: superiori alla legislazione ordinaria, ma soggette a tutte le disposizioni della costituzione e non solo ai controlimiti».

giurisprudenziale sulla doppia pregiudizialità si doveva leggere anche alla luce dell'orientamento secondo il quale la Corte costituzionale italiana, forse anche allo scopo di evitare di soggiacere essa stessa ai *dicta* della Corte di giustizia<sup>7</sup>, non si considerava giudice di ultima istanza, in quanto tale soggetto all'obbligo del rinvio pregiudiziale, e riusciva a mantenere, così, "l'ultima parola" nelle vicende passate attraverso la pregiudizialità europea. Infatti, come è stato evidenziato in dottrina, escludendo un proprio rapporto diretto con i Giudici di Lussemburgo, la Corte costituzionale non poteva che rimettere al giudice comune la questione di compatibilità (allora) comunitaria, giungendo financo a forzare il giudice non di ultima istanza a sollevare il rinvio pregiudiziale sotto la scure di una pronuncia di inammissibilità<sup>8</sup>.

Non è, quindi, un caso che la Corte costituzionale abbia dapprima superato tale orientamento, sollevando essa stessa rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia e, soltanto dopo, con le decisioni in commento, abbia rimosso l'obbligo di disapplicazione gravante sul giudice comune dinanzi a norme interne confliggenti con i diritti previsti dalla Costituzione e dalla Carta UE<sup>9</sup>. Una volta aperto il canale del "dialogo diretto" con la Corte di giustizia, infatti, i motivi per affermare la priorità della questione eurounitaria erano certamente destinati ad apparire meno pressanti che in passato. La sentenza n. 269 del 2017 è, del resto, "figlia" di una giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente contrastato la marginalizzazione del proprio ruolo nella tutela dei diritti<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Posizione quella della Corte costituzionale criticata da una parte della dottrina perché contraria agli orientamenti della Corte di giustizia in punto di "giurisdizione nazionale": cfr. E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 452 e ss. e A. ADINOLFI, *Una «rivoluzione silenziosa»: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, *ivi*, 2013, 1250 e ss. *Ex multis*, hanno sottolineato che la scelta della Corte sul punto non era sorretta da ragioni tecnico-giuridiche, bensì da una motivazione «politica», dettata dalla preoccupazione di ritagliare per sé un ambito di «autonomia ermeneutica» rispetto a quello sempre più invasivo della Corte di giustizia, S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato Ce, tra (ingiustificato) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, 352 e R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2015, 244, i quali discorrono di «esigenza, tutta politico-istituzionale, di non appiattirsi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia». Un *overruling* sul punto era stato auspicato in dottrina, con differenti accenti, anche da V. ONIDA, *«Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 554; M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, D. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003, 201 e ss. *Contra*, G. ZAGREBELSKY, *Intervento introduttivo alla seduta su «Corti europee e Corti nazionali»*, in S. P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione europea*. Atti del Seminario, Roma, Facoltà di Giurisprudenza della LUISS, Milano, Giuffrè, 2002, 536, il quale ha sostenuto che il rifiuto della Corte di considerarsi giurisdizione ai fini del rinvio pregiudiziale fosse manifestazione della necessità di difendere l'autonomia dell'istituzione in quanto tale.

<sup>8</sup> Cfr., per tutti M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 1997, 224 e, più di recente, A. ADINOLFI, *op. e loc. ult. cit.*; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti (www.osservatoriosullefonti.it)*, 2019, 13.

<sup>9</sup> In tal senso anche R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*. In dialogo con il Ruggierpensiero sul tema della "doppia pregiudizialità", in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2019/III, 649. Evidenzia questo aspetto anche R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, 6; C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 2 e 13, secondo la quale le premesse del "cambiamento" della sentenza n. 269 del 2017 «si trovano nel *revirement* della Consulta quanto al suo riconoscersi "organo giurisdizionale nazionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE, operato, come noto, con riguardo ai giudizi di legittimità in via incidentale con l'ordinanza n. 207/2013».

<sup>10</sup> Evidenziata con allarme, tra i primi, da A. RUGGERI, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione a una teoria giuridica della funzione "giurisprudenziale" conseguenziale)*, in *Giur. cost.*, 1985, 355 e ss.; N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 853 e ss.; A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, Esi, 1990, 257 e ss.

attraverso una serie di orientamenti, di cui si dirà appresso<sup>11</sup>, tra cui l'attenuazione dell'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici comuni<sup>12</sup>, la precisazione degli effetti delle decisioni convenzionali nell'ordinamento nazionale<sup>13</sup> e, per l'appunto, l'attivazione del rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale<sup>14</sup>.

È in questo quadro che si deve riflettere sulla posizione espressa dalla dottrina maggioritaria in commento ai più recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità, ovvero che la sentenza n. 269 del 2017 abbia introdotto un obbligo a carico del giudice comune di sollevare la questione di costituzionalità, in via prioritaria rispetto al rinvio pregiudiziale, quando l'atto legislativo interno intervenuto in ambito europeo sia al tempo stesso in contrasto con i diritti della Costituzione e con quelli della Carta UE.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale – anche successiva al 2017 – e delle posizioni emerse in dottrina non può, dunque, che essere il punto di partenza per provare a capire se davvero la Corte costituzionale abbia inteso scardinare l'ordine delle questioni pregiudiziali, capovolgendolo, e su questa base inaugurare un nuovo regime di rapporti con l'ordinamento UE, oppure abbia, più limitatamente, voluto rimuovere la precedente scansione processuale delle pregiudiziali, senza dare indicazioni né sul nuovo ordine delle medesime, né sul parametro di costituzionalità nei giudizi in cui si discute della conformità a Costituzione dell'atto legislativo interno contrastante con la Carta UE, oltre che con la Costituzione repubblicana.

Poiché non si è fatto mistero di propendere per questa seconda ricostruzione, si può anticipare che, ove essa risultasse ragionevolmente sostenibile, le due questioni sopra evidenziate saranno comunque affrontate per delineare quali dovrebbero essere, nell'opinione di chi scrive, gli sviluppi della giurisprudenza degli anni 2017-9. Allo stesso modo, infine, non ci si sottrarrà da una più ampia riflessione che indagherà, per un verso, la razionalità complessiva del modello che potrebbe derivare dall'implementazione della giurisprudenza nel senso proposto, per l'altro, il significato ultimo e più profondo della trasformazione che sta interessando il sindacato incidentale nel quadro dell'integrazione costituzionale europea.

## 2. La "svolta" del 2017: la sentenza n. 269 e le contrastanti reazioni della dottrina

Nella sentenza n. 269 del 2017 la Corte viene investita della questione di legittimità costituzionale della norma che prevede, al fine di assicurare il funzionamento dell'AGCM, l'applicazione di contributi a carico dei soli imprenditori con fatturato superiore a 50 milioni di euro.

Secondo il giudice *a quo*, tale disposizione si poneva in contrasto con gli artt. 3 e 53, primo e secondo comma, Cost., in relazione ai principi di eguaglianza e capacità contributiva, sotto una pluralità di profili: per un verso, escludeva dall'obbligo di contribuzione i consumatori, le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici diversi dagli imprenditori; per l'altro, assoggettava ad esso solo gli imprenditori con volume d'affari superiore alla detta soglia, ponendo come base imponibile una grandezza, come il fatturato, da considerarsi inespressiva di capacità contributiva, e prevedendo un limite massimo alla misura del contributo, di fatto determinante una imposizione regressiva a beneficio delle imprese di maggiori dimensioni, in violazione del principio di progressività dell'imposta.

Nell'ordinanza di remissione la Commissione tributaria provinciale di Roma affermava espressamente di dover invertire l'ordine di esame delle questioni eccepite dal ricorrente, il quale

---

<sup>11</sup> Vedi *infra*, § 2.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 221, 262 del 2015; 45, 95, 204 del 2016; 42 del 2017.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

<sup>14</sup> Corte cost., sentt. nn. 102, 103 del 2008; 207 del 2013; 24 del 2017.

aveva, invece, chiesto di non applicare la disposizione per contrasto con la normativa dell'Unione europea in materia. Il giudice rimettente decideva, dunque, di sollevare previamente questione di costituzionalità, «stimando più aderente al sistema giuridico complessivo scrutinare prioritariamente la conformità della disciplina ai principi costituzionali interni»<sup>15</sup>.

La Corte costituzionale ritiene necessaria «una precisazione dei limiti entro i quali la previa delibazione del contrasto con il diritto dell'Unione europea debba ritenersi imposta al giudice a quo a pena di inammissibilità delle questioni sollevate, specie se tale contrasto sia oggetto di una specifica richiesta della parte ricorrente»<sup>16</sup>. Al riguardo la sentenza affronta il tema del rapporto tra norma UE provvista di effetti diretti e diritto interno cercando di collocarlo nel solco della tradizionale ricostruzione giurisprudenziale dei rapporti tra ordinamenti interno ed europeo e ribadisce che la valutazione del contrasto del primo con il secondo spetta al giudice *a quo*, pena l'inammissibilità della questione di costituzionalità per difetto di rilevanza, per non avere il rimettente negato applicazione alla norma interna incompatibile.

Fatta questa premessa, si apre il lungo e discussissimo *obiter* nel quale i Giudici costituzionali affermano che un ragionamento diverso deve essere svolto per la Carta dei diritti dell'Unione, che è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»<sup>17</sup>: motivo per cui può accadere che i diritti da essa enunciati sovrappongano il proprio ambito prescrittivo a quello dei principi e dei diritti garantiti dalla Costituzione italiana. E, com'è noto, proprio per l'ipotesi in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in ambito di rilevanza comunitaria, la Corte afferma che deve «essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»<sup>18</sup>.

Secondo la sentenza, infatti, le violazioni dei diritti della persona «postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale», per cui la Corte giudicherà «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei, secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali»<sup>19</sup>.

A ben vedere, dunque, la Corte costituzionale afferma la necessità del proprio intervento nei casi di doppia pregiudizialità involgenti diritti fondamentali, ma non statuisce espressamente il previo carattere della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale, che, al contrario, «resta comunque salvo». E ciò anche perché la questione sollevata dal giudice rimettente, come si comprende alla luce della sintetica ricostruzione operata in apertura del paragrafo, non riguardava la violazione di diritti fondamentali previsti dalla Carta UE, ma il contrasto con norme dei Trattati aventi effetti diretti, concernenti la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, con la conseguenza che il rimettente, proprio in forza della ricordata premessa operata dalla sentenza,

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ivi*, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Secondo R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, 32, da questo passaggio non sarebbe chiaro a chi spetti effettuare il rinvio pregiudiziale, se al giudice comune o alla Corte costituzionale.

<sup>19</sup> *Ibidem*, cui si riferisce anche il virgolettato che precede. Note critiche avverso tale affermazione sono espresse da E. CANNIZZARO, *I valori costituzionali oltre lo Stato*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2018, 26, per il quale l'intervento della Corte costituzionale così «assume un ruolo preventivo, teso ad affermare una interpretazione *verfassungskonforme* delle norme della Carta dei diritti nazionali, modellandone il contenuto secondo i canoni interpretativi e le esigenze proprie di un ordine costituzionale nazionale, e condizionando in maniera impropria le politiche interpretative della Corte di giustizia».

aveva l'onere di valutare l'eventuale applicabilità del diritto interno e, non avendolo assolto, è andato incontro alla dichiarazione di inammissibilità della questione per difetto di motivazione sulla rilevanza<sup>20</sup>.

Come noto, copiosa e autorevole dottrina ha espresso note critiche all'indirizzo della sentenza, proprio in relazione all'inversione dell'ordine delle questioni pregiudiziali che essa avrebbe determinato. E ciò, essenzialmente, perché, dinanzi alla Carta UE, non rilevarebbe più il carattere strutturale delle norme, se dotate o meno di effetto diretto, ed a prevalere sarebbe «un criterio assiologico-sostanziale, che attiene alla capacità delle norme d'incarnare i valori fondamentali dell'ordinamento»<sup>21</sup>. Secondo la dottrina in questione, la Corte non giustifica la prevalenza di tale criterio assiologico, ovvero non spiega quale sia il «metacriterio» sotteso a tale prevalenza, e, soprattutto, «perché mai non possa lo stesso giudice comune – ricorrendone le condizioni – farsi interprete e garante diretto del primato delle norme in grado eminente espressive di valore»<sup>22</sup>.

La principale critica che viene mossa alla decisione riposa, quindi, sul rilievo che la Corte costituzionale non avrebbe spiegato il fondamento normativo della nuova ricostruzione<sup>23</sup>, che nega alla norma del catalogo fondamentale europeo la possibilità di produrre effetti diretti nell'ordinamento italiano, «escludendo così in radice il controllo diffuso da parte del giudice comune della conformità comunitaria di una legge ad un diritto riconosciuto dalla Carta»<sup>24</sup>. In proposito è stato, inoltre, osservato che negare alle norme della Carta UE il carattere *self-executing* sia contrario alla distinzione, contenuta nell'art. 51 della stessa Carta, tra disposizioni che contengono “diritti” e norme che recano “principi”<sup>25</sup>.

A chi scrive pare di poter dire che l'asprezza delle critiche in questione può essere in parte mitigata dall'osservazione che la decisione non omette, in realtà, di esplicitare le ragioni dell'affermazione del sindacato accentratore nei confronti delle norme interne in contrasto con i diritti della Carta che intervengono su materia già normata dalla Costituzione italiana. Esse, infatti, sono individuate, da un lato, nell'esigenza di certezza del diritto e, quindi, nella necessaria strumentalità di una declaratoria *erga omnes* dinanzi alla violazione di diritti fondamentali, che postulano

---

<sup>20</sup> Inammissibilità che, invece, non ha colpito la questione sollevata con altra ordinanza di rimessione (ord. n. 51 del 2017, su cui cfr. il punto 5.4 del *Considerato in diritto*), nella quale la Commissione tributaria provinciale di Roma aveva, secondo la Corte, correttamente valutato in via preliminare l'applicabilità delle disposizioni oggetto di censura per supposto contrasto con la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e con la libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE), escludendo qualsiasi contrasto con i Trattati.

<sup>21</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 2017, 239. In tal senso anche R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*, cit., 649. Lo evidenzia anche C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 15. Anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2019, 17, sottolinea il superamento del criterio strutturale in favore del contenuto assiologico della norma.

<sup>22</sup> Cfr. A. RUGGERI, *ult. cit.*, 240, cui si riferiscono anche i virgolettati che precedono.

<sup>23</sup> R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 25. In tal senso anche G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., 5.

<sup>24</sup> R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, 26.

<sup>25</sup> È stato anche evidenziato che le affermazioni della sentenza n. 269 del 2017 sarebbero in contrasto con la sentenza n. 111 dello stesso anno, che aveva negato di poter ravvisare una sovrapposizione tra Carta UE e Costituzione, e con la precedente sentenza n. 56 del 2015, in cui la Corte costituzionale aveva escluso di potere intervenire sulla violazione dell'art. 41 Carta, perché non indicato dal giudice remittente: così R. CONTI, *ult. cit.*, 287. Ritiene, invece, che il criterio della distinzione tra “diritti” e “principi” contenuti nella Carta non sia risolutivo, «sia perché quella tra diritti e principi resta una distinzione estremamente labile, sia perché il compito di riferire le clausole della Carta all'una o all'altra categoria non può che spettare in ultima istanza alla Corte di giustizia, sia da ultimo perché la categoria dei principi è segnata da una evidente minorità quanto al suo trattamento giurisdizionale anche a livello nazionale, come è dimostrato dal loro più limitato ambito di efficacia e applicazione», G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., 2960.



l'opportunità di preservare il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi<sup>26</sup>, dall'altro, nella necessità di definire le «tradizioni costituzionali» con le quali la Carta Ue deve essere armonizzata in sede interpretativa<sup>27</sup>. In tal senso una parte della dottrina ha letto nella sentenza l'intento della Corte costituzionale «di riacquistare e di mantenere il suo ruolo di effettivo custode dei "controlimiti" e cioè dell'identità costituzionale italiana nei confronti di indebite intromissioni da parte dell'ordinamento europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia»<sup>28</sup>.

Al riguardo si deve aggiungere che la Carta UE non mira a stabilire standard uniformi di tutela dei diritti fondamentali in tutti gli Stati membri, per cui «l'esigenza di immediata e incondizionata applicazione del diritto Ue non si pone e dunque la dottrina *Granital* non è strettamente rilevante»<sup>29</sup> quando vengono in considerazione i diritti sanciti dalla Carta. Inoltre, come condivisibilmente rilevato, l'accentramento del sindacato in capo alla Corte è, altresì, volto a «scongiurare il rischio che la tutela di alcuni diritti fondamentali [...] possa svilupparsi in modo frammentario e squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e per assicurare che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento sia di segno positivo e garantisca un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»<sup>30</sup>.

Altra critica che appare ingenerosa è quella proposta dalla dottrina che ha evidenziato come non sia chiaro se il prioritario intervento della Corte costituzionale possa estendersi ai casi in cui la coincidenza operi tra diritti garantiti in Costituzione e diritti fondamentali che non sono inseriti nella Carta, ad esempio perché rilevati dalla Corte di giustizia in base al meccanismo del ricorso ai principi generali del diritto, e, ancora, se il meccanismo della diretta disapplicazione possa continuare ad operare nelle ipotesi in cui l'antinomia emerga tra legge interna e norme della Carta che non trovano

---

<sup>26</sup> Secondo M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *DPCE*, 2019, 748; ID., *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2019, 12, questo è «l'argomento più forte» addotto dalla Corte costituzionale. In tal senso anche N. LUPO, *ult. cit.*, 12, secondo il quale «è chiaro infatti che, ove bastasse l'invocazione della violazione, da parte di un atto legislativo, di un diritto fondamentale riconosciuto nella Carta dei diritti dell'Unione europea per escludere ogni competenza della Corte costituzionale, quest'ultima vedrebbe ridotto al lumicino il ruolo di garante della conformità delle leggi e degli atti aventi forza di legge alla carta costituzionale che le è espressamente attribuito dall'art. 134 Cost.».

<sup>27</sup> Sul punto cfr. G. SCACCIA, *op. e loc. ult. cit.*; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 28.02.2018, 5 e 6, secondo la quale l'orientamento della Corte costituzionale presuppone che siano «ricondotti all'identità costituzionale italiana sia i diritti fondamentali, sia la strutturazione della loro complessiva garanzia». M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., 750, saluta con favore la rivendicazione della Corte costituzionale di dar voce alle tradizioni costituzionali comuni poiché nel nostro ordinamento solo la Consulta «si pronuncia definitivamente sui controlimiti e, perciò, può attendersi un particolare livello di attenzione da parte della Corte di giustizia. La prima parola è sempre importante, ma ha un peso speciale quando chi la proferisce ha (perlomeno in un certo senso ed entro certi limiti) anche l'ultima». Similmente anche N. LUPO, *ult. cit.*, 25, secondo il quale «che (anche) la Corte costituzionale contribuisca esplicitamente e attivamente alla definizione (e alla difesa, ove necessario) dell'identità costituzionale italiana e alla costruzione (e alla tutela, per la parte di sua competenza) delle tradizioni costituzionali comuni mi pare, comunque la si guardi, una bella notizia».

<sup>28</sup> A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, 1, la quale ricorda che lo stesso intento era sotteso anche alla ordinanza n. 24 del 2017 sul caso *Taricco*. Cfr. anche M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit., 18, il quale definisce la Corte costituzionale come «massimo custode della tradizione costituzionale nazionale, che lo abilita (a fare valere i controlimiti e quindi) a rivolgersi con speciale autorevolezza ai colleghi europei». In senso critico, invece, cfr. E. CANNIZZARO, *ult. cit.*, 23, secondo il quale «il ritorno al nazionalismo giuridico nella giurisprudenza costituzionale ha trovato il proprio apogeo nella recente sentenza n. 269 del 2017».

<sup>29</sup> Così A. GUAZZAROTTI, *ult. cit.*, 3. In tal senso cfr. anche G. SCACCIA, *ult. cit.*, 10; G. REPETTO, *ult. cit.*, 2958; C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2018/II, 389.

<sup>30</sup> Cfr. L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 18.12.2017, 6.

corrispondenza in norme costituzionali<sup>31</sup>. Come si è provato ad evidenziare, la Corte costituzionale afferma la necessità del sindacato accentrato quando è in gioco la costituzionalità di una disciplina che regola diritti fondamentali, per cui l'applicazione di tale discriminazione dovrebbe rendere chiaro come irrilevante vada considerata la circostanza che il diritto in gioco sia espressione di un principio generale del diritto UE e non sia previsto nella Carta: la questione è, infatti, comunque materialmente costituzionale, tanto più se consideriamo che la Carta UE è nata proprio per dare effettività e certezza a quei principi generali enunciati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e per lungo tempo rimasti senza un espresso fondamento normativo<sup>32</sup>. Rispetto alla seconda critica pare, invece, di poter dire che, se un diritto previsto nella Carta UE non trovasse tutela omologa nella Costituzione italiana, non si porrebbe a rigore un problema di sovrapposizione di discipline materialmente costituzionali, per cui l'*obiter* della sentenza n. 269 non dovrebbe pacificamente trovare applicazione e la via segnata per il giudice comune, in caso di dubbi ermeneutici o di validità, dovrebbe essere l'immediato rinvio pregiudiziale.

Non è, poi, mancato in dottrina chi, ponendosi all'estremo opposto rispetto alla critica di cui si è detto, ha evidenziato la portata chiarificatrice della sentenza, che avrebbe dettato al giudice comune «una cornice di regole utili» per orientarsi dinnanzi «all'intrico delle normative sui diritti della persona derivanti da fonti diverse che gravano nello spazio europeo»<sup>33</sup>, riconducendo «sotto l'ombrello della giurisdizione costituzionale la garanzia dei diritti inalienabili della persona»<sup>34</sup>.

Occorre certamente considerare che l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in questa controversa decisione non è valutabile se non all'interno del contesto in cui si inserisce<sup>35</sup>: si consideri, in particolare, la tendenza emersa nella giurisprudenza ordinaria, amministrativa e tributaria all'applicazione diretta della Carta UE<sup>36</sup> e alla non applicazione di norme interne

---

<sup>31</sup> Entrambe le questioni sono sollevate da R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, 31.

<sup>32</sup> Non dissimilmente, M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., 740 ritiene che il criterio assiologico-sostanziale dovrebbe ricomprendere anche il caso dei principi generali e delle norme dei trattati corrispondenti, per contenuto e struttura, alle norme della Carta di Nizza e della Costituzione.

<sup>33</sup> A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, 5.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Così anche M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit., 12, il quale attribuisce alla sentenza n. 269 del 2017 una «funzione eminentemente difensiva: serve a consentire l'immediato coinvolgimento della Corte stessa nella giurisdizione sui diritti fondamentali con rilevanza interna ed europea, garantendo al contempo che esso non sia lasciato a scelte caso per caso dei giudici comuni». E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, Giappichelli, 2018, 302, nella medesima prospettiva, parla della priorità della pregiudiziale di costituzionalità come di un'«operazione strategica» della Corte costituzionale «nel segno di una riacquistata centralità nel sistema complessivo delle relazioni interne e interordinamentali».

<sup>35</sup> In tal senso cfr. L. SALVATO, *ult. cit.*, 5 e M. MASSA, *ult. cit.*, 10 e ss., il quale parla di una «stagione di attivismo» della Corte costituzionale come dimostrerebbero una serie di orientamenti, tra cui le posizioni assunte nei confronti dell'ordinamento internazionale, come interpretato dalla Corte dell'Aja, nonché nei confronti della CEDU e della stessa interpretazione della CDFUE offerta dalla Corte di giustizia, il parziale allentamento dell'onere di interpretazione conforme, le novità in tema di incidentalità e di effetti nel tempo delle decisioni, una maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità e una rimediazione della dottrina delle rime obbligate. Cfr. anche S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2019, 644, che inquadra questo orientamento anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul sistema CEDU.

<sup>36</sup> Sottolineano criticamente questa tendenza A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2017; L. SALVATO, *ult. cit.*, 2. *Contra* cfr. R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 28.12.2017, 4 che parla di «piena consapevolezza della Corte di Cassazione circa i limiti ed i confini della Carta UE» e G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., 4, secondo cui «la sempre maggiore propensione dei giudici comuni – di merito e, soprattutto, di legittimità – a dare diretta applicazione ai diritti della Carta ha indubbiamente operato come fattore di accelerazione della scelta della Corte costituzionale di trovare un nuovo equilibrio con essi e con la Corte di giustizia quanto all'applicazione, in particolare, dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale».

confliggenti<sup>37</sup>, «anche quando ciò non era neppure possibile, finanche oltre i casi di “attuazione del diritto dell’Unione”»<sup>38</sup>. Si è parlato a tal proposito di un «effetto di “traboccamento” della Carta, un vero e proprio *spill-over* della stessa»<sup>39</sup>, che non si può escludere abbia avuto un peso rispetto alle affermazioni a difesa del sindacato accentrato contenute nella sentenza n. 269 del 2017. Il destinatario di questa decisione è, infatti, da individuare primariamente nel giudice comune nazionale, che la Corte costituzionale ha voluto ammonire «circa l’impossibilità di ricorrere al sindacato diffuso di costituzionalità con effetti disapplicativi operato per il tramite della Carta dei diritti fondamentali dell’UE»<sup>40</sup>.

Sembra, dunque, di poter concordare con quella parte della dottrina secondo cui tra le cause di questo orientamento vi sarebbero proprio «il declino della incidentalità»<sup>41</sup> e la «progressiva estraneazione della Corte costituzionale dai processi di più attiva tutela dei diritti fondamentali»<sup>42</sup>, cagionati dal ricorso talvolta forzato all’interpretazione conforme<sup>43</sup>, dall’applicazione diretta di norme europee prive di effetto diretto, dalla «sempre più accentuata propensione del giudice nazionale a dialogare» con la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale<sup>44</sup>, dalla «crescente

---

<sup>37</sup> Come evidenzia anche G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 2018, 3.

<sup>38</sup> L. SALVATO, *op. e loc. ult. cit.* Segnalano questo aspetto anche G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit., 5 e, in termini critici, A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, 6. Cfr. G. REPETTO, G. MARTINICO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, 742, i quali vedono nella sentenza n. 269 del 2017 «a reaction to the risks of the non-correct application (both in terms of scope and content) of the Charter, on the one hand, and as a consequence of the progressive constitutionalisation of EU law, on the other, that has introduced norms that in a way mirrors the contents of certain domestic constitutional norms».

<sup>39</sup> A. BARBERA, *ult. cit.*, 4. Ancor prima V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milano, Giuffrè, 2008, 47 e ss., 67 e ss., rilevava come si dovesse “reagire” al sempre più dilagante controllo diffuso di costituzionalità in riferimento a norme interne contrastanti con i principi generali di diritto dell’Unione che tutelano diritti fondamentali.

<sup>40</sup> Così, condivisibilmente, A. GUAZZAROTTI, *ult. cit.*, 1. In tal senso anche D. TEGA, *op. e loc. ult. cit.*, secondo la quale la sentenza n. 269 del 2017 è «un chiaro *richiamo all’ordine* per i giudici comuni: quando sul tavolo ci sono diritti costituzionali, e non classiche libertà economiche del diritto UE, è opportuno rivolgersi, in primo luogo, al giudice costituzionale». In tal senso cfr. anche G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., 2964, secondo cui «sembra difficilmente contestabile [, infatti,] che l’intento che ha mosso la Corte sia quello di contrastare prassi disapplicative poco vigilate che, usando il tramite (e talvolta il pretesto) della Carta dei diritti, creano quella fuga dal giudizio incidentale che in questa sentenza (oltre che da tempo nella dottrina) viene duramente stigmatizzata». In tal senso anche S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2019, 9.

<sup>41</sup> Così G. SCACCIA, *ult. cit.*, 4.

<sup>42</sup> *Ibidem*. In tal senso cfr. anche A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2018, 5. Lo evidenziano anche S. CATALANO, *ult. cit.*, 7; A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell’UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, in *DPCE*, 2019, 807; A. MANGIA, *L’interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, *ivi*, 2019, 868; E. MALFATTI, *ult. cit.*, 300, la quale parla di un «consistente svuotamento della giustizia costituzionale per il canale del giudizio sulla legge»; C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 4, la quale osserva come la stessa Corte costituzionale si sia autoesclusa dal dialogo diretto con la Corte di giustizia e ciò abbia minato la sua centralità nel circuito giudiziario di tutela dei diritti.

<sup>43</sup> Avverso tale uso improprio cfr. in dottrina M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2007; *Id.*, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, Giuffrè, 2016; G. LANEVE, *L’interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all’interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, Jovene, 2012, 3 e ss.

<sup>44</sup> G. SCACCIA, *ult. cit.*, 5, cui si riferisce il virgolettato nel testo. Profilo messo in luce anche da D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali*, cit., 3 e da A. COSENTINO, *ult. cit.*, 3 e da R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, 6. A.

penetrazione del diritto europeo negli ordinamenti nazionali<sup>45</sup> e dalla costante espansione dei poteri della Corte europea anche al di là dei confini strettamente risultanti dai Trattati<sup>46</sup> e, nondimeno, dalla progressiva incapacità del requisito dell'effetto diretto «di reggere da solo le sorti del riparto di attribuzione (se così si può dire) tra i due sistemi [U.E. e nazionale]»<sup>47</sup>.

3. (segue): la pretesa e rigida inversione dell'ordine delle questioni pregiudiziali e le controindicazioni cui dà luogo: dal ruolo del giudice comune al successivo rinvio per «altri profili»; dalla non sanzionabilità dell'ordine agli «eccessi interpretativi» della giurisprudenza; dalla posizione del giudice di ultima istanza all'effettività della tutela. Il seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269

---

MANGIA, *ult. cit.*, 872, afferma al riguardo che «il rinvio ha preso a essere impiegato come uno strumento per provocare una espansione intenzionale dei confini del diritto dell'Unione attraverso l'impiego della Carta di Nizza come uno sorta di contro-costituzione». Aggiunge, con affermazione certamente da condividere, R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distruggo un po')*, cit., 648 che «il rinvio è stato ed è utilizzato non tanto per ricevere la corretta interpretazione del diritto comunitario allo scopo di una omogenea applicazione del medesimo, quanto per attivare un vero e proprio controllo di "comunitarietà" della normativa nazionale». In tal senso cfr. anche E. MALFATTI, *ult. cit.*, 302.

<sup>45</sup> Profilo evidenziato da A. MANGIA, *ult. cit.*, 862, il quale parla di una «tendenza dei poteri normativi dell'Unione ad intervenire trasversalmente in ogni settore degli ordinamenti nazionali, avvalendosi della tradizionale porosità del limite delle materie su cui è imperniata la distribuzione di competenze tra Unione e stati nazionali».

<sup>46</sup> A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, 2, la quale, come detto, guarda con favore all'orientamento espresso nella sentenza n. 269 del 2017. In tal senso anche A. BARBERA, *ult. cit.*, 12, che evidenzia la progressiva espansione delle competenze della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale, il quale, «nato per assicurare la corretta interpretazione dei Trattati, si è progressivamente caricato di ulteriori profili: si è prima esteso al diritto derivato e si è, poi, progressivamente trasformato sia in un penetrante sindacato sulla stessa legislazione interna agli Stati sia in un possibile sindacato sulla stessa validità del diritto europeo». Anche R. BIN, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea. Una conclusione*, in *DPCE*, 2019, 906 denuncia che la Corte di giustizia ha «esteso con non velata prepotenza il proprio ambito di azione». Lo stesso A., muovendo dalla premessa che l'ordinamento dell'Unione è di tipo derivato e che l'art. 11 Cost. impone alle istituzioni costituzionali nazionali di mantenere il controllo sul modo in cui operano le istituzioni europee, sottolinea a tal fine l'importanza della dottrina dei controlimiti: «la "limitazione di sovranità" opera entro limiti precisi, oltre ai quali deve prevalere la difesa dei principi derivati dalla Costituzione. L'esistenza di questo limite è implicita nello stesso principio di attribuzione». Conseguentemente, il medesimo guarda con favore alla sentenza n. 269 del 2017, nella quale legge un monito al giudice italiano sulla funzione della Carta di Nizza e sulla precedenza del ricorso alla Corte costituzionale a tutela dei diritti fondamentali. Prima della sentenza in oggetto, segnalava l'«invadenza» della Corte di giustizia in materie legate alla sovranità degli Stati, con particolare riferimento alle sentenze *Fransson, Melloni e Taricco*, definite come interventi «espansionistici», R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "controlimiti" 2.0*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2016, 5 e ss. In tal senso si era espresso anche S. AGOSTA, *ult. cit.*, 352 e ss., il quale evidenziava una «inarrestabile espansione» delle competenze sostanziali e dei poteri processuali della Corte di giustizia, non soltanto per effetto di innovazioni normative, ma soprattutto per l'interpretazione estensiva delle proprie competenze, come quella derivante dalla nozione di "atti delle istituzioni" oggetto del rinvio pregiudiziale, attraverso la quale la Corte ha riconosciuto a se stessa il potere di interpretare il quesito pregiudiziale anche riformulandolo e, di fatto, finendo per accertare in tal sede se la normativa nazionale contrasti con quella europea.

<sup>47</sup> Così G. REPETTO, *ult. cit.*, 2956; *Id.*, *Il significato europeo*, cit., 3, il quale pone in evidenza come la "metamorfosi" dell'istituto dell'effetto diretto sia dovuta a numerosi fattori, come l'ampliamento delle competenze dell'Unione, le crescenti relazioni tra Corti interne e sovranazionali, l'accresciuta rilevanza e diffusione dell'interpretazione conforme, nonché l'entrata in vigore della stessa Carta dei diritti fondamentali, che contiene diritti e principi in larga misura sfuggenti alla rigida alternativa effetto diretto sì/no. Sul tema cfr. anche D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2019, 40, secondo il quale la dottrina dell'effetto diretto deve essere «affinata» proprio dalla Corte di giustizia, della quale denuncia «assenza di chiarezza e minimalismo argomentativo» sul «contenuto, portata, confini e conseguenze» dell'istituto; *Id.*, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018, *passim*.

Una indubbia caratteristica della sentenza da cui si sono prese le mosse è quella di aver fatto molto discutere non solo per quello che in essa si trova affermato, ma anche per quello che non vi si trova scritto e che l'interprete sente l'esigenza di chiarire ai fini di una compiuta ricostruzione della materia.

Certamente, la più importante delle questioni che – ad avviso di chi scrive – si deve ritenere non pregiudicata dalla sentenza è quella relativa all'ordine di promovimento delle questioni pregiudiziali. Come si è detto in apertura di questo scritto, gran parte della dottrina ha, invece, letto nella sentenza n. 269 del 2017 l'affermazione della priorità della pregiudiziale di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>48</sup>, soprattutto a causa del passaggio letterale della sentenza in cui si afferma che il giudice comune «deve» rivolgersi «innanzitutto» al Giudice delle leggi<sup>49</sup> e del richiamo che la Corte costituzionale opera alla giurisprudenza di Lussemburgo, secondo la quale la priorità del giudizio costituzionale è compatibile con il diritto dell'Unione, purché siano rispettati i criteri indicati nei casi *A contro B*, *Melki* e *Abdeli*<sup>50</sup> e, segnatamente, la possibilità per i giudici nazionali: di sottoporre alla Corte di giustizia «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; infine, di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

Proprio la lettura della sentenza dimostra, però, che la Corte costituzionale non afferma mai l'obbligo di sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità<sup>51</sup>, ma si limita soltanto a

---

<sup>48</sup> Secondo A. MORRONE, *ult. cit.*, 259, con questa sentenza «la Corte costituzionale impone una gerarchia (non solo temporale) tra le due (possibili) questioni pregiudiziali europea e costituzionale, nel senso che la prima deve cedere di fronte all'esigenza di assicurare la generale e uniforme applicazione della costituzione in materia di diritti fondamentali da essa stessa riconosciuti». Rinvengono nella sentenza n. 269 del 2017 l'affermazione della priorità della pregiudiziale di costituzionalità anche A. GUZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, cit., 2; G. SCACCIA, *ult. cit.*, 7; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea*, cit., 8; D. TEGA, *ult. cit.*, 2; ID., *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 12.03.2018; R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*, cit., 647; ID., *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 2018, 2226 e ss. ove l'autore, tra i primi, sottolinea che la Corte costituzionale non potrebbe sanzionare il mancato adempimento dell'obbligo di sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità; G. REPETTO, *ult. cit.*, 2961, con alcuni distinguo di cui si dirà in seguito; C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2018, 12, secondo cui si ha una «ingiunzione al giudice di invertire la sequenza nei casi di doppia pregiudizialità»; F. SALOMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2019, 11, secondo la quale, con la sentenza n. 269 del 2017, la pregiudiziale comunitaria viene «postergata» all'incidente di costituzionalità; G. REPETTO, G. MARTINICO, *ult. cit.*, 735, secondo i quali «the Italian Constitutional Court imposes a duty for the domestic judge to activate an incidenter constitutional review 'where a law is the object of doubts concerning the rights enshrined in the Italian Constitution or those guaranteed by the Charter of Fundamental Rights of the European Union in those contexts where EU law applies».

<sup>49</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 5 parla in proposito di una deviazione dalla giurisprudenza *Granital*.

<sup>50</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sent. 11 settembre 2014, nella causa C-112/13, *A contro B e altri*; Grande sezione, sent. 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*, queste ultime due concernenti la pregiudiziale di costituzionalità in Francia, su cui si è soffermato P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2010 (30.05.2010), 1.

<sup>51</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, Studi dell'anno 2018*, XXII, Torino, Giappichelli, 2019, 578, il quale afferma di «non vedere neppure un rigo nella 269 a sostegno del supposto

predicare l'impremissibilità del controllo accentrato e, quindi, a rimuovere l'obbligo a carico dei giudici comuni di disapplicare immediatamente, sempre e comunque, la norma nazionale incompatibile con il diritto eurounitario recato in tema di libertà fondamentali dalla Carta UE: infatti, mentre, per un verso, ciò che è incompatibile con le ragioni del sindacato accentrato di legittimità costituzionale è l'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale, che taglia sistematicamente fuori la giustizia costituzionale dal circuito della tutela giudiziaria dei diritti e delle libertà fondamentali, per l'altro, la permanenza dell'effettività del controllo accentrato non postula affatto la rigida e ineludibile priorità della questione di costituzionalità, purché residui sempre uno spazio per il sindacato di costituzionalità anche ed eventualmente "a valle" del rinvio pregiudiziale.

Del resto, se ci si attiene a quanto la Corte espressamente afferma, si ridimensionano i problemi derivanti dalla pretesa inversione dell'ordine delle questioni "a vantaggio" del previo giudizio di costituzionalità. In particolare, si evita che l'eventuale incostituzionalità della norma interna pronunciata dalla Corte, precedendo l'accertamento della compatibilità europea, precluda la proposizione del rinvio di validità della norma europea, sterilizzato dall'annullamento della norma interna contrastante<sup>52</sup>. Analogamente, si scioglierebbero come neve al sole le perplessità di quella parte della dottrina che, interpretando la sentenza nel senso qui denegato, dubita che l'asserito obbligo per il giudice comune di adire previamente la Corte costituzionale sia compatibile con l'art. 4 TUE, paragrafo 3, TUE, secondo il quale spetta ai giudici degli Stati membri garantire la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 47 Carta UE, finendo in ultima istanza per auspicare un intervento chiarificatore della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale<sup>53</sup>.

Inoltre, la tesi qui sostenuta dell'insussistenza di un obbligo per il giudice comune di sollevare previamente la questione di costituzionalità sembra la più aderente alla giurisprudenza eurounitaria e, in particolare, ai canoni delle sentenze *Melki*<sup>54</sup> e *Global Starnet Ltd*<sup>55</sup>, ove si è affermato che

---

rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità [...], la novità sta [...] nel fatto che d'ora innanzi [il giudice] potrà scegliere a quale pregiudizialità dare la precedenza»; S. LEONE, *ult. cit.*, 652; S. CATALANO, *ult. cit.*, 24, il quale sostiene che non si possa ritenere il singolo giudice vincolato, in ogni caso, ad accordare preferenza alla questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale e adduce come esempio di fattispecie in cui la q.l.c. non dovrebbe essere intesa come prioritaria i casi in cui il giudice, per comprendere se si trova davvero in una situazione di doppia pregiudizialità, debba preliminarmente chiarire se vi sia una violazione della Carta, cui aggiunge i casi di rinvio pregiudiziale di urgenza, accelerato e di validità.

<sup>52</sup> Così G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 11. Per le ragioni che si diranno *infra*, § 5, tale problema appare a chi scrive superabile. In questa sede ci si limita a osservare che rimarrebbe, invece, comunque aperta la possibilità di un rinvio di validità successivo alla risoluzione della questione di costituzionalità, per profili diversi rispetto a quelli già scrutinati dalla Corte, in caso di sentenza di non fondatezza: cfr. in tal senso G. SCACCIA, *op. e loc. ult. cit.* In tal caso il giudice rimettente si vedrebbe, però, «dimezzato dei suoi poteri» (così R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., 290), perché – ove la Corte, per il tramite dell'art. 117 Cost. sindacasse la legittimità costituzionale con riferimento al parametro interposto della Carta – per discostarsi dal rigetto della Consulta e disapplicare il diritto interno contrastante con la Carta UE dovrebbe ottenere una sentenza della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

<sup>53</sup> R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è "in gioco" la Carta dei diritti fondamentali UE*, in *giudicedonna.it* ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)), 2017, 17.

<sup>54</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sent. 22 giugno 2010, cit.

<sup>55</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, prima sezione, sent. 20 dicembre 2017, nella causa C-322/16, *Global Starnet Ltd*. Come noto, il Consiglio di Stato italiano, dopo aver sollevato una questione di legittimità costituzionale, giudicata infondata dalla Corte costituzionale, aveva proposto un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE chiedendo ai giudici di Lussemburgo se, dopo la sentenza della Corte costituzionale, fosse possibile sperimentare il rinvio pregiudiziale sulla portata della Carta UE. La Corte di giustizia, al punto 25 della decisione, afferma assai significativamente nella nostra prospettiva che «il fatto che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale, costituenti anche l'oggetto della seconda questione pregiudiziale, alle disposizioni della Costituzione italiana che il giudice del rinvio considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, non ha alcuna incidenza sull'obbligo,

«l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte»<sup>56</sup>. Nell'interpretazione qui fornita della sentenza n. 269 del 2017, infatti, il giudice comune resta libero di sollevare il rinvio pregiudiziale in ogni momento e, se decidesse di sollevare in prima battuta la questione di costituzionalità, nulla impedirebbe al Giudice costituzionale di sollevare esso stesso il rinvio pregiudiziale interpretativo o di validità, con ciò restando salvo l'effetto utile dell'art. 267 TFUE, nella consapevolezza che l'ordinamento dell'Unione ben potrebbe fornire ad un "medesimo" diritto una lettura – e, quindi, una portata applicativa – diversa da quella derivante dalla Costituzione nazionale.

Ancora, da più parti si contesta l'oscurità del passaggio della sentenza n. 269 del 2017 laddove si afferma il potere dei giudici comuni di «disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione»<sup>57</sup>. Ci si è chiesti se la disapplicazione dovesse riguardare esclusivamente profili (cioè, antinomie) diversi da quelli esaminati nella decisione costituzionale di rigetto<sup>58</sup> oppure potesse essere disposta *tout court*, ad esempio perché il livello di tutela offerto dalla Carta sia considerato maggiore di quello ritenuto costituzionalmente dovuto<sup>59</sup>. È stato, inoltre, osservato che, se la sentenza n. 269 del 2017 venisse interpretata nel senso di escludere il potere di disapplicazione diretto del giudice rimettente in ipotesi di sentenza costituzionale di rigetto, ne discenderebbe uno svuotamento del ruolo del giudice comune a tutto favore della Corte di giustizia, «in tal modo stravolgendo la stessa funzione del giudice di Lussemburgo, che ha sempre riservato unicamente al giudice nazionale la valutazione finale sull'esito della lite e sul "come" utilizzare i meccanismi riconosciuti per realizzare la migliore tutela del diritto UE»<sup>60</sup>. Peraltro, altra parte della dottrina ha evidenziato la difficoltà di individuare gli «altri profili», diversi da quelli presi in esame nel sindacato di costituzionalità, dal momento che già nella ordinanza di remissione il giudice comune dovrebbe indicare quali sono le antinomie rilevanti per il caso e «sotto quali aspetti la norma di legge appare sospetta di violare, a un tempo, la Costituzione e la Carta dell'Unione»<sup>61</sup>. Si è evidenziato, infine, che una volta interpellata la Corte di giustizia e ottenuta una sentenza che riscontra un'antinomia con la Carta, «il giudice si troverebbe

---

previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione».

<sup>56</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, prima sezione, sent. 20 dicembre 2017, cit., punto 21.

<sup>57</sup> R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 28, evidenzia come l'inciso «per altri profili» non fosse previsto nella giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata dalla Corte costituzionale. L'Autore, inoltre, si interroga se in caso di sentenza costituzionale di accoglimento che accerti l'illegittimità di una legge per contrasto con un diritto fondamentale al giudice comune sia comunque consentito il rinvio pregiudiziale qualora non condivida il ragionamento della Corte costituzionale e sembra propendere per la prevalenza del giudicato costituzionale. Il medesimo A., però, cita due sentenze della Corte di giustizia dalle quali potrebbe emergere un diverso orientamento, ossia l'applicazione per conformità eurounitaria di una legge che non ha superato il vaglio costituzionale. Si tratta della decisione resa nel caso *Filipiak*, in cui la Corte di giustizia ha chiesto al giudice nazionale di rimettere in discussione il giudicato costituzionale, in quanto contrario alle regole del diritto dell'Unione sul mercato interno, e della sentenza *Jozef Križan*, in cui la Corte di giustizia afferma che i poteri del giudice nazionale di operare il rinvio pregiudiziale e di disapplicare la legge interna incompatibile con il diritto UE non possono essere limitati neppure da una disposizione di rango costituzionale che obblighi al rispetto delle decisioni assunte dalla Corte costituzionale nazionale.

<sup>58</sup> Così C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., 6 che parla, però, di una «interpolazione» della giurisprudenza di Lussemburgo da parte della Corte costituzionale.

<sup>59</sup> R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., 291.

<sup>60</sup> R. CONTI, *ult. cit.*, 292.

<sup>61</sup> A. RUGGERI, *ult. cit.*, 580. Evidenzia tale aspetto anche S. CATALANO, *ult. cit.*, 28.

messo in croce: obbligato dal diritto dell'Unione a far luogo all'applicazione diretta della norma *self-executing* della Carta di Nizza-Strasburgo, per un verso, e, per un altro verso, sollecitato a rivolgersi nuovamente al giudice costituzionale»<sup>62</sup>.

Nella prospettiva di chi scrive, anche il problema della delimitazione degli «altri profili» può essere risolto mediante un'interpretazione della sentenza coerente con la giurisprudenza eurounitaria, perché la Corte costituzionale, così come non ha affermato il carattere necessariamente prioritario della questione di costituzionalità, non ha inteso in alcun modo escludere o limitare il potere del giudice comune di sollevare il rinvio pregiudiziale dopo l'eventuale giudizio di costituzionalità; cosa che sarebbe stata incompatibile con quanto affermato nella più volte citata *Global Starnet Ltd.*, secondo cui «il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»<sup>63</sup>.

Come opportunamente osservato in dottrina, infatti, l'intervento del Giudice costituzionale non ha effetto preclusivo rispetto alla successiva proposizione di un rinvio interpretativo sulla norma della Carta, anche per gli stessi profili che sono stati oggetto di scrutinio costituzionale<sup>64</sup>, perché «se così non fosse, dovremmo [...] concluderne che la Corte [costituzionale] si è autoattribuita l'interpretazione in via ultima delle disposizioni della CDFUE (in quanto norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale) e ciò apertamente contravverrebbe al riconoscimento in capo alla Corte di Lussemburgo della funzione di nomofilachia del diritto eurounitario»<sup>65</sup>. Ne discende che appare condivisibile la tesi che il richiamo a profili «altri» rispetto a quelli coperti dal vaglio di costituzionalità deve essere inteso nel senso che il giudice comune non può direttamente disapplicare la disposizione nazionale assumendone il contrasto con la Carta per profili già esaminati dalla pronuncia costituzionale di rigetto, ma, in tal caso, dovrà proporre rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE<sup>66</sup>.

La lista delle controindicazioni cui va incontro la tesi della necessaria priorità della questione di legittimità costituzionale non può considerarsi esaurita, poiché la rigidità del meccanismo che essa sottende non consente gli opportuni contemperamenti di esigenze connessi alla strutturale flessibilità dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo, con la conseguenza che esigenze meritevoli di considerazione finiscono per porsi come radicalmente alternative e insuscettibili di contemporaneo soddisfacimento.

Si è, così, sottolineato che il carattere previo della pregiudiziale di costituzionalità attribuirebbe una «primazia» all'interpretazione della Carta UE data dalla Corte costituzionale, determinando una «riconformazione, sul piano ermeneutico, dei contenuti della stessa Carta, anche per il tramite delle invocate tradizioni costituzionali comuni»<sup>67</sup> (aspetto questo che contrasterebbe con la stessa genesi della Carta UE e non troverebbe appiglio nella giurisprudenza eurounitaria)<sup>68</sup>; mentre di opposto avviso si è professato chi ritiene che riconoscere priorità alla questione costituzionale «significa

<sup>62</sup> A. RUGGERI, *Dopo la sentenza n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere fra le Corti?*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2018/I, 157.

<sup>63</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, prima sezione, sent. 20 dicembre 2017, cit., punto 26.

<sup>64</sup> Tra gli altri, cfr. S. CATALANO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>65</sup> G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea*, cit., 6.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> Cfr. R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, cit., 16; *Id.*, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., 284, il quale afferma che la necessità della pregiudiziale di costituzionalità «impone la sottomissione del sistema di protezione della Carta ai canoni previsti dall'incidente di costituzionalità».

<sup>68</sup> R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, cit., 17.



propiziare un movimento ascendente (dal basso verso l'alto) di elaborazione giurisprudenziale dei diritti che si compie a partire dai materiali forniti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri, [...] attivare una dinamica interpretativa in cui il rispetto dell'identità costituzionale non sia visto come il confine esterno ed estremo della discrezionalità interpretativa dei giudici di Lussemburgo, ma venga da quella Corte assunto come un'essenziale coordinata ermeneutica delle disposizioni della CDFUE»<sup>69</sup>.

Altro profilo debole della tesi qui criticata, e sul quale la dottrina non ha mancato di interrogarsi, è quello della vincolatività rispetto ai giudici nazionali dell'*obiter* contenuto in una decisione costituzionale di inammissibilità, non disponendo la Corte di alcuno strumento sanzionatorio per rimettere in ordine le pregiudiziali<sup>70</sup>. Non essendo verosimile che la questione sia sfuggita, infatti, se ne può ricavare, ancora una volta, un argomento a sostegno della conclusione fin qui sostenuta, ovvero che la Corte non abbia imposto la pregiudizialità costituzionale come questione da sollevare sempre e comunque prima, ma si sia limitata a rimuovere l'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale, essendo comunque rimessa alla discrezionalità del giudice comune la via da intraprendere.

A ciò si aggiunga che l'argine deputato a inalveare l'ordine delle questioni pregiudiziali nella sua nuova versione "invertita" difficilmente potrebbe reggere l'onda d'urto derivante dall'osservazione che, permanendo in capo al giudice comune il potere/dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme alla Carta UE e dovendo il medesimo arrestarsi (per sollevare la questione di costituzionalità) soltanto innanzi ad un contrasto insanabile fra diritto interno e diritto protetto dalla Carta UE<sup>71</sup>, potrebbe affermarsi la tendenza a utilizzare tecniche ermeneutiche disinvolute rispetto al testo, in particolar modo attraverso l'abuso, più di quanto non sia già avvenuto in passato, del canone dell'interpretazione conforme<sup>72</sup>.

Ancora, la tesi dell'inversione dell'ordine delle questioni pregiudiziali diventa particolarmente problematica in riferimento ai giudici di ultima istanza, i quali, come noto, hanno l'obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ai fini del rispetto di tale obbligo, secondo parte della dottrina<sup>73</sup>, l'inversione delle pregiudiziali dovrebbe essere limitata soltanto ai casi in cui vi sia totale «sovrapposibilità» fra il vizio di costituzionalità e quello di incompatibilità con il diritto dell'Unione. Al riguardo, pare di poter osservare, per un verso, che la perfetta «sovrapposibilità» delimita un campo in realtà estremamente sfuggente, atteso che le questioni (di legittimità costituzionale e di compatibilità europea) sono composte dalla norma-oggetto e dalle norme-parametro (necessariamente diverse), nonché filtrate dalle pretese regolative del caso concreto,

---

<sup>69</sup> G. SCACCIA, *ult. cit.*, 7.

<sup>70</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento"*, cit., 2226 e ss.; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 13, il quale, però, ipotizza che una via potrebbe essere la facoltà delle parti del giudizio sospeso di eccepire dinanzi alla Corte di giustizia l'irricevibilità del rinvio pregiudiziale per inosservanza dell'ordine di trattazione indicato nella sentenza n. 269 del 2017, anche se in tal caso dipenderebbe dalla Corte di giustizia l'eventuale declaratoria di irricevibilità del rinvio pregiudiziale. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., 6, mette in luce che i giudici comuni si sentono poco «costretti» dalla motivazione di singole pronunce della Corte costituzionale, a maggior ragione quando contenute in *obiter dicta* e ritiene forse più utile un intervento che registri il nuovo orientamento all'interno delle norme integrative per i giudizi di legittimità costituzionale, adottate dalla stessa Corte costituzionale.

<sup>71</sup> R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., 294.

<sup>72</sup> Cfr. A. RUGGERI, *ult. cit.*, 158, secondo cui «il rischio è allora che il giudice comune, al fine di togliersi dalle ambascie, possa non resistere alla tentazione di fare un uso abnorme della tecnica della interpretazione conforme, riconciliando a forza precetti normativi tra di loro incompatibili, o – peggio – che possa essere indotto a non fare gli opportuni e necessari riferimenti alla Carta dell'Unione in vicende processuali nel corso delle quali pure ad essa è fatto esplicito richiamo, puramente e semplicemente ignorandola o aggirandola», nonché V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 16.03.2018.

<sup>73</sup> G. SCACCIA, *ult. cit.*, 12.

per altro verso, che la valutazione sulla «sovrapponibilità» delle questioni non può che essere rimessa al giudice di ultima istanza e che tale discrezionalità postula che il medesimo possa ritenere non sussistente il presupposto in esame e, quindi, operare prima il rinvio pregiudiziale, vanificando così la “nuova” regola sull’ordine delle pregiudiziali che la Corte avrebbe introdotto.

Non pare, invece, a chi scrive dirimente il problema, evidenziato da alcuna dottrina<sup>74</sup> sempre in relazione ai giudici di ultima istanza, della crisi di effettività e immediatezza della tutela che deriverebbe dall’obbligo del previo promovimento della questione di costituzionalità in forza del rilievo che, quando il giudice di legittimità, ritenendo che il diritto interno sia incompatibile con la Carta UE, oltre che con la Costituzione, solleva prioritariamente, secondo l’interpretazione qui contestata della sentenza n. 269, l’incidente di costituzionalità si finirebbe per frustrare, nelle more del giudizio costituzionale, le aspettative del titolare del diritto, non essendo previsti dinanzi al giudice di legittimità meccanismi attivabili *ex officio* di natura cautelare. E ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché lo stesso problema si porrebbe qualora il giudice di legittimità decidesse di attivare prima il rinvio pregiudiziale, ottenendo una pronuncia della Corte UE che accerti il contrasto fra diritto interno e Carta UE e postuli pertanto la disapplicazione, perché, anche in questo caso, la Corte di Cassazione, permanendo il dubbio di costituzionalità, dovrebbe promuovere il giudizio incidentale e non potrebbe somministrare alcuna tutela cautelare nelle more del giudizio costituzionale. In secondo luogo, perché il sacrificio dell’immediatezza della tutela pare a chi scrive giustificato dall’esigenza di garantire, quando sia in gioco la tutela di diritti e libertà fondamentali, una sentenza con effetti *erga omnes* e, dunque, la certezza del diritto, presidiata – nel senso che si chiarirà meglio in seguito<sup>75</sup> – dal carattere accentrato della giustizia costituzionale.

Non si può, poi, non rilevare che la lettura qui suggerita sembra essere stata quella sposata dalla giurisprudenza comune successiva alla sentenza n. 269, che non si è sentita destinataria di un obbligo di promovimento della questione di costituzionalità in via prioritaria rispetto alla disapplicazione, previo eventuale rinvio. Così, ad esempio, la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, nella decisione n. 12108 del 2018, ritenendo che la normativa nazionale riguardante il limite di età per la cessazione del rapporto di lavoro dei danzatori dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche fosse discriminatoria per la diversificazione del limite tra uomini e donne, ha direttamente proceduto alla sua disapplicazione per contrasto con la direttiva 2006/54, autoapplicativa e rispondente al principio generale di cui all’art. 21 della Carta UE. La sentenza ha motivato le ragioni per cui nel caso di specie non occorresse sollevare questione di legittimità costituzionale rilevando, *in primis*, che la Corte di giustizia era già stata adita e aveva dato i necessari chiarimenti interpretativi, incentrando la propria decisione sulla direttiva e non sulla Carta UE e, in secondo luogo, che la precisazione contenuta nella sentenza n. 269 sarebbe solo una «proposta metodologica», non vincolante, un mero *obiter dictum* in una decisione di inammissibilità.

Ad ulteriore conferma che, secondo la giurisprudenza, l’*obiter* non ha posto un obbligo di previa rimessione alla Corte costituzionale si possono citare, poi, altre decisioni della Sezione lavoro della Corte di Cassazione che, all’indomani della decisione in questione, hanno sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, pur in presenza di contesti che avrebbero potuto ritenere azionabile il controllo di costituzionalità<sup>76</sup>. In tal senso può essere non del tutto privo di utilità ricordare l’ordinanza n. 13678 del 2018, che, dubitando della compatibilità di una norma interna in materia di limiti di età per i piloti dipendenti da una società operativa per i servizi segreti con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 e nell’art. 21 della Carta UE, ha

---

<sup>74</sup> Cfr. in tal senso R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017*, cit., 9.

<sup>75</sup> Vedi *infra*, §§ 6 e 7.

<sup>76</sup> In riferimento a tali decisioni parla di una «reazione in parte polemica perché mette variamente in discussione vincolatività, portata e persuasività della precisazione» della sentenza n. 269/2017, M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit., 4.

proposto immediatamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, valorizzando il ricordato passaggio della sentenza n. 269 che fa salvo il potere del giudice ordinario di disporre il rinvio pregiudiziale<sup>77</sup>. Altro caso di rinvio pregiudiziale non posposto al promovimento della questione di costituzionalità è quello dell'ordinanza n. 451 del 2019, in tema di diritto alle ferie retribuite e spettanza dell'indennità per quelle non godute per estromissione dal lavoro a causa di licenziamento illegittimo, con cui viene sollevato rinvio pregiudiziale con riferimento all'art. 31, par. 2, Carta UE e la direttiva 2003/88, che alla prima disposizione «dà espressione concreta»<sup>78</sup>.

Tra le pronunzie che, invece, hanno interpretato la discrezionalità del giudice comune nel senso opposto, si può ricordare, invece, l'ordinanza n. 3831 del 20184 della Corte di Cassazione, che ha sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale in materia di indagini e sanzioni della CONSOB, in relazione al principio *nemo tenetur se ipsum detegere*, con riferimento a parametri costituzionali interni e dell'Unione (rispettivamente, art. 47 Cost. e artt. 17 e 49 CDF).

Anche dal “seguito” giurisprudenziale dell'*obiter* della sentenza n. 269 del 2017, dunque, sembra uscire confermata la fallacia di quell'interpretazione che legge nell'*obiter* della Corte costituzionale la rigida imposizione della previa pregiudiziale di costituzionalità; rigidità che, come detto, non potrebbe comunque reggere alla prova dei fatti, non disponendo la Corte di uno strumento processuale per imporre un ordine delle pregiudiziali invertito rispetto a quello imposto fino alla svolta del 2017.

#### *4. Le conferme della giurisprudenza costituzionale successiva: la sentenza n. 20 del 2019 e l'estensione del nuovo regime al contrasto con il diritto derivato; la sentenza n. 63 del 2019 e l'ipotesi del rinvio pregiudiziale «anche dopo» il giudizio di costituzionalità*

Come noto, il successivo passaggio dello sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia è rappresentato dalla sentenza n. 20 del 2019, diffusamente interpretata in dottrina come un “passo indietro” della Corte costituzionale. Si è parlato al riguardo di «significative messe a punto»<sup>79</sup> rispetto all'orientamento espresso nel 2017, con particolare riguardo, per un verso, all'obbligo per il giudice comune di sollevare previamente la questione di costituzionalità (obbligo che diverrebbe, con la sentenza n. 20, una mera facoltà), per l'altro, alla possibilità, ora espressamente riconosciuta, di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia anche su aspetti già oggetto del previo controllo di legittimità costituzionale.

Si cercherà, invece, di dimostrare che gli aspetti di continuità con il precedente appaiono, nell'economia della decisione, largamente prevalenti, con la conseguenza che la sentenza può apparire “in controtendenza” rispetto alla “svolta” del 2017 solo se si ritiene – ad avviso di chi scrive erroneamente<sup>80</sup> – che quest'ultima abbia determinato una inversione stabile dell'ordine delle questioni pregiudiziali. Viceversa, ove si interpreti – a nostro avviso preferibilmente – la sentenza n. 269 come mera “rimozione” dell'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità, la sentenza n. 20 non potrà che apparire un coerente sviluppo delle premesse giurisprudenziali poste due anni prima. Anche in questo caso, giova partire dalla fattispecie concreta sottoposta all'attenzione della Corte.

<sup>77</sup> Lo ricorda anche A. COSENTINO, *ult. cit.*, 11.

<sup>78</sup> Corte cass., ord. n. 451 del 2019, punto 44.

<sup>79</sup> Così G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., 6. Parla di «toni più sfumati» M. MASSA, *ult. cit.*, 13. C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 7, ragiona, invece, di un ridimensionamento della portata dell'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, dovuto anche alle numerose criticità evidenziate dalla dottrina. In tal senso, tra gli altri, anche S. LEONE, *ult. cit.*, 656.

<sup>80</sup> Come si è tentato di argomentare *supra*, § 3.

Ad essere censurate erano alcune norme che ponevano obblighi di pubblicazione in rete di dati reddituali e patrimoniali relativi ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni, ai loro coniugi e parenti entro il secondo grado. Il giudice *a quo* dubitava della compatibilità di tali disposizioni con gli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con alcune disposizioni della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali, in particolare a causa della quantità di dati da pubblicare e delle modalità della loro divulgazione. Veniva, poi, ulteriormente prospettata la violazione del principio di uguaglianza, poiché gli obblighi di pubblicazione avrebbero gravato tutti i dirigenti pubblici, senza alcuna distinzione per struttura o funzioni esercitate. Il giudice *a quo* riteneva di non poter disapplicare le disposizioni interne per contrasto con il diritto dell'Unione, poiché non sarebbe stata presente una disciplina europea ad effetti diretti applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio e sollevava, quindi, questione di legittimità costituzionale, argomentando che la valutazione sul corretto bilanciamento tra il diritto alla tutela dei dati personali e il diritto di accesso ai dati in possesso delle pubbliche amministrazioni non potesse che spettare al Giudice costituzionale.

La sentenza giudica ammissibili le questioni<sup>81</sup> e ribadisce l'orientamento secondo cui dinanzi alla *scelta* del giudice comune di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna che presenta profili di incompatibilità anche con la Carta UE, la Corte non dichiara più, come in passato, l'inammissibilità ma entra nel merito, con conseguente ampliamento delle maglie della rilevanza<sup>82</sup>.

Conseguentemente, la pronuncia riprende le premesse della sentenza n. 269 del 2017, secondo cui i principi e i diritti enunciati nella Carta UE «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana»<sup>83</sup> e ciò «in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»<sup>84</sup>. Ed esattamente come nel precedente, da tali premesse deduce che, fermo restando il principio del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione, qualora una legge incidente su diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la Carta UE, «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea – va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)»<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> O. POLLICINO, G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 27.02.2019, criticano che la Corte abbia ritenuto ammissibile la questione per carenza di effetti diretti della norma di diritto derivato. S. LEONE, *ult. cit.*, 654, sottolinea, invece, che la Corte sembra aver ammesso la questione a prescindere dalla circostanza che le disposizioni della direttiva fossero state o meno considerate dalla pregressa giurisprudenza comunitaria norme ad effetti diretti, fondandosi l'ammissibilità piuttosto sulla diversa considerazione – opinabile a giudizio di chi scrive – che per svolgere un giudizio di legittimità della disciplina nazionale occorrono valutazioni complesse, di bilanciamento tra diritti, riservate alla Corte e precluse al giudice comune.

<sup>82</sup> Come opportunamente rileva anche C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 12, la quale evidenzia che tale orientamento potrebbe essere stato influenzato dalla più volte ricordata giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare quella dei casi *Melki e Abdeli* e *A*, ma evidenzia come, a suo avviso, la stessa sentenza *Simmenthal* non imponesse la declaratoria di inammissibilità della questione costituzionale che presentasse anche profili di compatibilità eurounitaria. *Contra*, invece, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), § 2, secondo il quale la Corte costituzionale avrebbe dovuto sollevare essa stessa rinvio pregiudiziale, essendosi, invece, «impadronita del "caso" come occasione per ritornare sulla 269».

<sup>83</sup> C. cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.1 *Considerato in diritto*.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

Ancora una volta ribadendo quanto già affermato nella sentenza n. 269 del 2017, inoltre, la sentenza precisa, altresì, che, in tali fattispecie, essa è chiamata a giudicare «alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato»<sup>86</sup>.

Da un primo punto di vista, allora, salvo quanto si dirà di qui a poco sulla dottrina che ha sostenuto la tesi opposta, si può prendere atto che la decisione in commento non pare rappresentare in alcun modo un *revirement* di quanto sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale nel 2017 in tema di ordine delle questioni pregiudiziali. Ciò appare particolarmente evidente nel passaggio in cui la sentenza chiarisce che «la “prima parola” che questa Corte, *per volontà esplicita del giudice a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco. Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, *un concorso di rimedi giurisdizionali*, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, *esclude ogni preclusione*»<sup>87</sup> (corsivi nostri). Appare, forse, ancor più nitido che nel precedente del 2017, dunque, come la Corte abbia affermato la centralità del proprio sindacato – e con ciò rimosso l'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale – e non la necessaria priorità della questione costituzionale.

Da un secondo punto di vista, però, si può provare a notare come essa non rappresenti una “mera” conferma giurisprudenziale del precedente, ma ne rappresenti un coerente sviluppo in relazione ad alcuni profili che non avevano trovato emersione nella sentenza n. 269 e che la dottrina non aveva mancato di sollevare proprio commentando quella pronuncia. Segnatamente, giova ricordare che, già all'indomani della giurisprudenza del 2017, la dottrina si era chiesta se la riaffermazione della giurisdizione accentrata sulle norme interne contrastanti con norme europee ad effetto diretto in tema di diritti fondamentali dovesse valere soltanto per le norme della Carta UE o anche per le altre norme eurounitarie volte a dare ad esse diretta e necessaria specificazione e/o attuazione<sup>88</sup>. Tale profilo, infatti, non era stato esaminato dalla Corte nella sentenza n. 269 poiché la questione di costituzionalità – come si è avuto modo di evidenziare<sup>89</sup> – non aveva ad oggetto il contrasto con norme di diritto derivato, né con la Carta, ma con norme dei Trattati.

Proprio su tale, certamente non secondario aspetto, interviene la sentenza n. 20, in cui la non pretermisibilità del sindacato accentrato viene, come si accennava, non solo confermata, ma anche estesa al contrasto del diritto interno con il diritto derivato, nel caso di specie in relazione ai principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, previsti dalla

---

<sup>86</sup> *Ibidem*. A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2019/1, 116 interpreta questo passaggio – in particolar modo per la presenza dell'avverbio «eventualmente» – come l'affermazione della precedenza accordata alla verifica del parametro costituzionale interno rispetto a quello derivante dalle norme UE.

<sup>87</sup> C. cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto*.

<sup>88</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017*, cit., 162; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 18.12.2017, 3; S. LEONE, *ult. cit.*, 652 osserva che l'*obiter* della sentenza n. 269 ha una «una vocazione inevitabilmente espansiva, non potendosi affatto escludere che una norma di impronta tipicamente costituzionale si situi in *altra* fonte comunitaria, diversa». Anche S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., 12 si interroga se «il ragionamento contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 possa essere esteso anche alle disposizioni dell'Unione europea che si collegano strettamente con quelle della Carta di Nizza, nonché alle norme UE, come ad esempio quelle dei Trattati, che possano essere considerate partecipi del carattere materialmente costituzionale e che riconoscano diritti ai singoli».

<sup>89</sup> Vedi *supra*, § 2.

direttiva 95/46/CE. A tale conclusione, infatti, la Corte perviene sulla base del rilievo che tali principi non solo forniscono specificazione dei diritti garantiti dalla Carta UE, ma «hanno costituito “modello” per quelle norme, e perciò partecipano all’evidenza della loro stessa natura»<sup>90</sup>.

Al riguardo, appare certamente condivisibile quanto osservato da quella parte della dottrina secondo cui la Corte costituzionale, rivendicando la competenza a sindacare gli atti legislativi nazionali anche quando risultino in contrasto con atti di diritto derivato, come regolamenti e direttive dell’Unione, ha significativamente ampliato le proprie funzioni<sup>91</sup>. In particolare, è stato posto in luce come in questa sentenza, e nelle successive del 2019 di cui si dirà, «a venire in gioco è la competenza della Corte costituzionale a sindacare atti interni che costituiscono tutti, in vario modo, misure di attuazione del diritto dell’Unione, e rispetto alle quali la Corte costituzionale manifesta chiaramente la sua intenzione di porsi, in termini in certa misura inediti, come garante sistemico dell’attuazione del diritto dell’Unione europea conforme ai diritti fondamentali, siano essi contenuti nella Costituzione, siano essi quelli della Carta dei diritti fondamentali dell’UE»<sup>92</sup>.

Altra parte della dottrina, in termini più critici, ha invece letto nella sentenza n. 20 del 2019 una «dilatazione in modo pressoché indefinito ed incontenibile dell’area in cui può affermarsi il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità invece di quello dell’applicazione diretta»<sup>93</sup>, con conseguente oscuramento del principio del primato del diritto UE e della dottrina degli effetti diretti, che sulla disapplicazione si reggono. Secondo tale critica, infatti, il sindacato costituzionale viene esteso anche alla violazione di norme di diritto derivato «comunque espressive – potrebbe dirsi – di una intrinseca carica assiologica, in quanto legate da una “singolare connessione” con la Carta stessa»<sup>94</sup>, con la conseguenza di superare il criterio formale che guarda alle caratteristiche della fonte in cui è contenuta la disposizione. A mitigare gli effetti della critica in questione può valere, però, l’osservazione che tale espansione del sindacato della Corte costituzionale, in realtà, deve essere letta alla luce degli sviluppi della giurisprudenza eurounitaria sulla Carta UE e, in particolare, della sentenza *Fransson*, in cui la Corte di giustizia ha affermato che, se una misura interna rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’UE ma sussiste una discrezionalità dell’autorità nazionale nell’attuazione dell’atto sovranazionale, resta consentito ai giudici interni di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali<sup>95</sup>.

Non è, poi, mancato chi ha rilevato che a fronte di questo nuovo corso della giurisprudenza costituzionale convivano due tipologie di «rapporto triangolare tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale»: quello tradizionale di cui alla giurisprudenza *Granital* e quello «della “269 temperata”» che introduce una deroga al primo quando sono in gioco diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e dalla Carta UE, ma anche – come chiarito appunto dalla sentenza n. 20 del 2019 – dal diritto derivato dell’Unione europea che abbia

---

<sup>90</sup> Punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>91</sup> G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., 7. Parla di un «macroscopico effetto estensivo» G. BRONZINI, *ult. cit.*, § 3. In tal senso cfr. anche R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 4.03.2019, § 6.

<sup>92</sup> G. REPETTO, *op. e loc. ult. cit.* Analogamente, S. CATALANO, *ult. cit.*, 14, il quale saluta con favore l’estensione operata dalla sentenza n. 20 del 2019 «perché consente alla Corte costituzionale di recuperare ulteriore terreno nell’assolvimento del suo compito di garanzia dei diritti, riportando al centro della scena la Costituzione italiana, spesso postergata dai giudici comuni, come si è già notato, alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea».

<sup>93</sup> A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno*, cit., 113. In tal senso cfr. anche F. SALOMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen*, cit., 17, secondo la quale in tal modo «la Corte effettua una vera e propria trasfigurazione del sindacato di costituzionalità, con un’espansione del proprio ruolo che va ben oltre quanto previsto dalla stessa Costituzione».

<sup>94</sup> A. RUGGERI, *ult. cit.*, 115 e 116, il quale ragiona in proposito di una «destrutturazione dei criteri formali».

<sup>95</sup> G. REPETTO, *ult. cit.*, 8.

rappresentato il “modello” per la Carta, partecipando della sua stessa natura materialmente costituzionale<sup>96</sup>.

Come si accennava, gran parte della dottrina ritiene che la sentenza n. 20 del 2019 abbia apportato dei ridimensionamenti all’*obiter* della sentenza n. 269 del 2017: *in primis*, trasformando la «doverosità della previa rimessione alla Consulta in opportunità di interpellare in prima battuta tale giudice»<sup>97</sup>; in secondo luogo, riconoscendo al giudice comune la possibilità del rinvio pregiudiziale sulla «medesima disciplina» e non più soltanto «per altri profili»<sup>98</sup>.

Rispetto alla facoltatività della rimessione alla Corte costituzionale, secondo parte della dottrina, alla luce della sentenza n. 20 si dovrebbe ricorrere in prima battuta al Giudice costituzionale nei casi in cui dalla norma dell’Unione che tutela un diritto della persona non si possa ricavare una regola della fattispecie, occorrendo un bilanciamento di interessi contrapposti che solo la Corte costituzionale è in grado di assicurare con una pronuncia dotata di effetti *erga omnes*<sup>99</sup>.

Si ritiene, inoltre, che in un «quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», la Corte costituzionale, eventualmente investita per prima della questione, debba sollevare rinvio pregiudiziale laddove voglia dichiarare l’illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con quella costituzionale e dell’Unione, perché in tal caso la sua espunzione potrebbe privare la Corte di giustizia della possibilità di valutare la compatibilità della norma con l’ordinamento dell’Unione ed eventualmente anche “salvarla” sulla base di una diversa ponderazione degli interessi in gioco<sup>100</sup>. Secondo tale orientamento, inoltre, la Corte costituzionale dovrebbe provvedere al rinvio pregiudiziale prima di azionare i controlimiti e ogniqualvolta voglia adottare una declaratoria di non fondatezza anche per i profili eurounitari, onde evitare di essere sconfessata da un successivo rinvio operato dal giudice comune e da una sentenza di segno opposto della Corte di giustizia. Dal punto di vista dei rapporti tra giudice comune e Corte costituzionale, secondo questo orientamento dottrinario, si potrebbe immaginare che, non soltanto nei casi di violazione di diritti fondamentali, ma anche rispetto a qualunque violazione di norme dell’Unione direttamente applicabili o aventi effetto diretto, lo stesso giudice comune, eventualmente dopo un rinvio pregiudiziale, disapplichi in via definitiva e possa contestualmente sollevare una questione di legittimità costituzionale per espungere con efficacia *erga omnes* la norma che si ritenga lesiva di disposizioni dell’Unione e quindi dell’art. 11 Cost.<sup>101</sup>. Simile soluzione assicurerebbe al contempo l’immediatezza e l’effettività della tutela (tramite la disapplicazione) e «la sua massimizzazione non

---

<sup>96</sup> C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., 15.

<sup>97</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 8. Nello stesso senso anche S. CATALANO, *ult. cit.*, 25 e ss., il quale ritiene che con la sentenza n. 20 la Corte abbia voluto «lanciare un ulteriore messaggio ai giudici comuni, sollecitandoli – pur non intendendoli necessariamente obbligati – a rivolgersi alla Corte costituzionale», una «proposta di ‘nuovo patto’ fra i principali attori del controllo di costituzionalità». Similmente N. LUPO, *ult. cit.*, 19, secondo il quale «la Corte costituzionale ha riconosciuto che spetta al giudice ordinario “gestire” i casi di “doppia pregiudizialità” e che lo può fare senza vincoli assoluti. Ma, al tempo stesso, gli ha rivolto – come dire – un caldo “invito” a coinvolgere, ove del caso, e preferibilmente in prima istanza, la Corte costituzionale, anche in nome della possibilità, per questa, di annullare la norma con efficacia *erga omnes*». Anche G. REPETTO, G. MARTINICO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe*, cit., 738, leggono nella sentenza n. 20 del 2019 un mero “invito” ai giudici nazionali a sollevare per prima la questione di legittimità costituzionale.

<sup>98</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 9; A. RUGGERI, *ult. cit.*, 115; G. BRONZINI, *op. e loc. ult. cit.*; A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 6.02.2020, § 3.

<sup>99</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 19, la quale prospetta altresì, l’opportunità di un intervento successivo del Giudice delle leggi ogniqualvolta occorra valutare la proporzionalità di una misura nazionale che limita l’operatività e il primato del diritto dell’Unione e si vuole assicurare, dopo la pronuncia della Corte di giustizia, una sua applicazione uniforme.

<sup>100</sup> *Ivi*, 22, cui si riferisce il virgolettato che precede.

<sup>101</sup> *Ivi*, 26, dove a tal fine si prospetta un intervento di riforma della legge n. 87 del 1953. Similmente, anche A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017*, cit., 160 e ss. il quale però ritiene opportuno un intervento del legislatore di revisione costituzionale.

solo in termini di garanzia del livello di tutela più elevato possibile, ma anche di applicazione di tale standard di tutela a 360 gradi, per il tramite di una pronuncia con efficacia *erga omnes* della Corte costituzionale idonea ad assicurare la certezza del diritto ed evitare le disparità di trattamento»<sup>102</sup>.

Tale soluzione, a parere chi scrive, appare alquanto problematica perché rischia di oscurare del tutto il requisito della pregiudizialità e, quindi, della rilevanza della questione, con conseguente scardinamento delle norme a presidio dell'incidentalità del giudizio. E che tale obiettivo possa essere perseguito *de iure condendo*, attraverso una modifica normativa dell'accesso alla giustizia costituzionale, non pare in grado di attenuare le perplessità esposte per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché il carattere incidentale dell'accesso, nonostante le torsioni cui è stato sottoposto<sup>103</sup>, è il tratto unificante e identitario che costituisce la matrice di tutte le più profonde trasformazioni subite dalla giustizia costituzionale italiana nel suo percorso di deviazione dal modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, dalle evoluzioni del principio di ragionevolezza, all'attenuazione della funzione contromaggioritaria del controllo di costituzionalità, per citare solo le più rilevanti. In secondo luogo, perché la fluttuazione astratta della questione di costituzionalità, che deriverebbe dal venir meno del vincolo della rilevanza, non risulterebbe soltanto circoscritta alla "materia" dei diritti fondamentali, come risultante dalla Carta UE, ammesso che in questi termini la si voglia e possa ricostruire, bensì, dopo la sentenza n. 20 del 2019, riguarderebbe ogni caso in cui la norma UE, anche di diritto derivato, sia considerata attuativa della Carta stessa.

Quanto al profilo dei margini residui per il promovimento del rinvio pregiudiziale, la dottrina è concorde nel ritenere che, con la sentenza in questione, la Corte avrebbe spianato la via ad un rinvio «a tutto campo»<sup>104</sup>, non più circoscritto ai profili diversi da quelli già scrutinati dalla Consulta<sup>105</sup>, «escludendo ogni preclusione»<sup>106</sup>. L'orientamento messo a punto dalla Corte costituzionale, però, secondo parte della dottrina, potrebbe comunque determinare dei «cortocircuiti» tra le giurisprudenze delle due Corti. Ciò avverrebbe, ad esempio, nel caso in cui la Consulta, adita per prima, rigetti la questione, mentre la Corte dell'Unione, successivamente intervenuta, riscontri una violazione della normativa sovranazionale. In una simile ipotesi, non sarebbe chiaro se il giudice comune possa ugualmente disapplicare la norma interna ovvero se sia tenuto ad investire nuovamente la Corte costituzionale<sup>107</sup>. L'unico modo per conciliare le diverse posizioni secondo questo orientamento dottrinario sarebbe l'applicazione diretta della norma UE e la successiva prospettazione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma interna con essa incompatibile, per garantirne la rimozione con effetti *erga omnes*. Si tratta, però, come appena osservato, di una soluzione che pregiudicherebbe irrimediabilmente la pregiudizialità e la rilevanza della questione di costituzionalità. Diversa, ancora, la posizione di chi ritiene che l'aver escluso ogni preclusione all'accesso alla Corte di giustizia confermerebbe l'utilità di sollevare contemporaneamente rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale<sup>108</sup>.

Pare a chi scrive di poter dire che molte delle perplessità avanzate in questo senso si superano se, come si è proposto di fare fin dalle prime battute di questo saggio, ci si attiene, nella maniera più piana, a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale fin dal 2017, ovvero che, come

---

<sup>102</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 28.

<sup>103</sup> Compiutamente analizzate, in prospettiva comparata, da C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, 85 e ss.

<sup>104</sup> A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno*, cit., 113.

<sup>105</sup> In tal senso G. BRONZINI, *op. e loc. ult. cit.*; R. CONTI, *ult. cit.*, § 4; S. CATALANO, *ult. cit.*, 29; S. LEONE, *ult. cit.*, 658.

<sup>106</sup> A. RUGGERI, *ult. cit.*, 118.

<sup>107</sup> A. RUGGERI, *op. e loc. ult. cit.* Sottolinea questa incertezza anche R. CONTI, *ult. cit.*, § 6. *Contra* G. BRONZINI, *op. e loc. ult. cit.*, secondo il quale non vi è dubbio che il giudice comune, una volta che la Corte di giustizia abbia accertato il contrasto, dovrebbe disapplicare la norma interna incompatibile.

<sup>108</sup> R. CONTI, *ult. cit.*, § 4.



richiede la giurisprudenza dell'Unione, il potere del giudice di disapplicare deve essere sempre fatto salvo e non compreso, secondo la logica del concorso dei rimedi giurisdizionali, perché proprio da ciò dipende la compatibilità con il diritto UE di un assetto che prevede la possibilità – introdotta, appunto, con la sentenza n. 269 – che la questione di costituzionalità interna venga sollevata prima del promovimento del rinvio pregiudiziale. Se, infatti, si muove da questa premessa, che a chi scrive pare chiara dalla lettura degli orientamenti della nostra Corte, non vi è motivo né di contestare che la questione di costituzionalità possa venire prima della pregiudiziale europea, né di immaginare soluzioni problematiche dal punto di vista istituzionale come quella del doppio rinvio contestuale, che creerebbe le premesse di possibili contrasti giurisprudenziali, se non di giudicati in senso tecnico-processuale, e non consentirebbe a nessuna delle due Corti di giovare della decisione dell'altra nella costruzione dei rispettivi parametri: in particolare, alla nostra Corte di operare il rinvio pregiudiziale<sup>109</sup> e alla Corte di giustizia di “ascoltare” la voce della giurisprudenza costituzionale nella ricostruzione delle tradizioni costituzionali comuni.

Proprio su questo ultimo aspetto si appunta, non a caso, uno dei passaggi più significativi della sentenza n. 20: quello in cui la Corte costituzionale evidenzia come la «prima parola» le sia stata data per effetto di una *scelta* del giudice rimettente e come ciò corrisponda all'esigenza di consentirle di contribuire all'edificazione delle tradizioni costituzionali nazionali<sup>110</sup>.

Da ultimo, anche ai fini del prosieguo della trattazione, vale la pena sottolineare come anche la sentenza n. 20 del 2019, come la n. 269 del 2017, ha lasciato aperte alcune questioni di portata generale. Una delle più importanti è certamente quella della determinazione del criterio in base al quale il giudice nazionale possa (o debba) decidere se sollevare in prima battuta il rinvio pregiudiziale o la questione di costituzionalità. Ma la dottrina non ha mancato di evidenziare anche l'opportunità di un chiarimento sulla possibilità che la Corte costituzionale, pronunciandosi nel senso dell'accoglimento della questione sollevata, annulli la norma interna con effetti *erga omnes*, precludendo così la successiva attivazione del rinvio pregiudiziale<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Resterebbe, in ogni caso, salva la possibilità della Corte di interpretare il parametro costituzionale anche alla luce del parametro sovranazionale, come risultante dalla pregressa giurisprudenza di Lussemburgo, proprio come avvenuto nel caso di specie (lo evidenzia anche M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit., 15), in cui la Corte ritiene nel merito parzialmente fondata la sola questione relativa all'art. 3 Cost. per violazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza, con particolare riferimento all'obbligo di pubblicazione di dichiarazioni e attestazioni contenenti dati reddituali e patrimoniali propri e dei più stretti congiunti, in quanto imposto senza alcuna distinzione, a carico di tutti i titolari di incarichi dirigenziali.

<sup>110</sup> C. cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto*, in cui si legge che «questa Corte deve pertanto esprimere la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Ciò anche allo scopo di *contribuire*, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, *siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (corsivo nostro). R. CONTI, *ult. cit.*, § 6, legge in tale passaggio una rivendicazione da parte della Corte costituzionale di un «sindacato diretto ed accentrato sulla portata della Carta stessa, piegandola ad una lettura che essa stessa dovrebbe forgiare “in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”». Chi scrive ritiene, invece, che l'argomento delle tradizioni costituzionali comuni debba essere speso non in chiave oppositiva ma integrativa, non per limitare l'ingresso del diritto europeo materialmente costituzionale, ma per favorire la sua costruzione attraverso un'integrazione di senso, materiale in chiave smendiana. Sul punto si rinvia a quanto si dirà *infra*, § 7.

<sup>111</sup> Secondo G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., 11 e 12, alla Corte costituzionale sarebbe consentita la declaratoria di incostituzionalità purché «l'annullamento investa le specifiche determinazioni con cui il legislatore ha recepito una regola sovranazionale di per sé compatibile anche con diverse modalità attuative». Il vero problema, secondo l'Autore, si porrebbe in riferimento ai casi in cui l'atto nazionale costituisca un'attuazione vincolata del diritto UE, senza margini di discrezionalità per le autorità nazionali: «in casi del genere, la ragione dell'annullamento dell'atto interno non sarebbe

Nessuna delle questioni richiamate ha trovato soluzione nella sentenza n. 63 del 2019, che ad oggi rappresenta il punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità. Ciò nonostante essa merita di essere autonomamente considerata perché restituisce significative conferme delle proposte interpretative che sono state avanzate fin qui circa il corretto modo di intendere la “svolta” del 2017.

Nel caso di specie, il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale della disposizione transitoria che differiva al momento dell’emanazione dei regolamenti della Banca d’Italia e della CONSOB l’entrata in vigore delle modifiche apportate al regime sanzionatorio previsto per la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate *ex art. 187-bis* del TUF, per violazione degli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.<sup>112</sup>, quest’ultimo in relazione agli artt. 7 CEDU e 49, paragrafo 1, terzo periodo, Carta UE, posti a presidio del principio di retroattività delle disposizioni penali più favorevoli.

Avutane ancora l’occasione, la sentenza ribadisce ulteriormente l’orientamento inaugurato nel 2017, ovvero che «– sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 – a questa Corte *non può ritenersi precluso* l’esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – *per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.* – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò *fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia UE, *anche dopo* il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»<sup>113</sup> (corsivi nostri).

La decisione fuga, così, ogni possibile residuo dubbio sulla facoltà per i giudici comuni di proporre rinvio pregiudiziale, sia prima che dopo il giudizio di costituzionale e per qualsivoglia motivo<sup>114</sup>, rendendo conseguente ed ulteriore ragione della bontà della lettura che vede nel nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia di doppia pregiudizialità non l’inversione dell’ordine delle questioni ma il superamento dell’obbligo prima gravante sul giudice comune di adire previamente, sempre e comunque, la Corte di giustizia.

Parte della dottrina<sup>115</sup>, invece, analogamente a quanto avvenuto in relazione alla sentenza n. 20, ha letto anche nella del 2019 una totale inversione di rotta rispetto a quanto affermato nella n. 269 del 2017, sia in riferimento alla possibilità, oggi riconosciuta al giudice comune, di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sugli stessi profili già scrutinati dalla Corte costituzionale, sia in ordine alla facoltà, non più l’obbligo, per lo stesso giudice di promuovere, nei casi di doppia

---

legato ad un’autonoma valutazione discrezionale del legislatore interno, ma costituirebbe il riflesso di un’invalidità che affligge in realtà l’atto normativo europeo, che verrebbe così indirettamente annullato».

<sup>112</sup> In particolare, l’art. 3 Cost. è invocato, come di consueto, a fondamento del principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale.

<sup>113</sup> Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 *Considerato in diritto*. Nel merito la Corte, dopo aver riconosciuto la natura punitiva della sanzione amministrativa prevista dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 e, quindi, la sua soggezione al principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale, accoglie la questione in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. per il tramite dell’articolo 7 CEDU e dell’art. 49 Carta UE. Segnatamente, la sentenza riconduce tali norme alla medesima *ratio* e afferma che «comune è altresì il limite della tutela assicurata, assieme, dalla Costituzione e dalle carte internazionali a tale garanzia: tutela che la giurisprudenza di questa Corte ritiene non assoluta, ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel “vaglio positivo di ragionevolezza” richiesto dalla sentenza n. 393 del 2006, in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all’interesse individuale in gioco»: cfr. punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Evidenzia la «dimensione unitaria» che la Corte ha, in questo caso, voluto attribuire al contenuto dei diritti fondamentali M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 2.04.2019, §§ 3 e 4.

<sup>114</sup> Così anche S. CATALANO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>115</sup> Cfr., ad esempio, M. SCOLETTA, *ult. cit.*, § 3.

pregiudizialità, prima la questione di legittimità alla Corte costituzionale, sia infine in riferimento alla possibilità di disapplicare la norma interna incompatibile con la Carta secondo la Corte di giustizia, senza dover successivamente interpellare il Giudice costituzionale.

Per completezza, infine, si può segnalare, con particolare riguardo all'ordine delle pregiudiziali, che una posizione meno critica sulla coerenza della giurisprudenza costituzionale è stata, invece, espressa da chi, pur rilevando una discontinuità rispetto al 2017, ha letto nelle decisioni nn. 20 e 63 del 2019 non più l'affermazione dell'obbligo di adire prima la Corte costituzionale (che sarebbe stato contenuto nella sentenza n. 269) ma comunque una sollecitazione al giudice comune a percorrere previamente la strada del giudizio di costituzionalità in una sorta di "nuovo patto" tra Giudice costituzionale e giudici comuni<sup>116</sup>.

Dovrebbe a questo punto della trattazione risultare chiaro che, dal nostro punto di vista, il dato letterale delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 appare univoco nell'affermare che l'incidente di legittimità costituzionale, prima e in luogo della disapplicazione, è una via percorribile ma non obbligata per il giudice comune e che, dunque, il rinvio pregiudiziale potrebbe comunque precedere l'incidente di costituzionalità. La Corte, infatti, è ferma nel dire che, laddove (il ché, evidentemente, implica che potrebbe anche non darsi il caso) sia lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale per asserita violazione tanto della Carta UE quanto della Costituzione, essa «non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri»<sup>117</sup>, ovvero entrando nel merito della questione proposta.

In sintesi, dunque, ad avviso di chi scrive, la giurisprudenza del 2019 ha fornito significative precisazioni e conferme dell'orientamento inaugurato nel 2017 e non ha affatto realizzato un *revirement* rispetto all'inversione dell'ordine delle pregiudiziali che sarebbe stata operata con la sentenza del 2017<sup>118</sup>. Con tutte e tre queste decisioni il Giudice costituzionale pare, infatti, aver affermato una sola regola, ossia che non opera più l'obbligo del previo esperimento del rinvio pregiudiziale nei casi di possibile violazione dei diritti e delle libertà fondamentali previsti dalla nostra Costituzione: ragion per cui, quindi, d'ora in avanti, il giudice comune sarà libero, nei casi di doppia pregiudizialità, di valutare se promuovere in prima battuta la *quaestio legitimitatis* o il rinvio pregiudiziale, senza dover più temere, nel primo caso, di andare incontro alla scure della decisione di inammissibilità per difetto di rilevanza.

##### *5. Come gestire l'ordine delle questioni? Il grado di vincolatività degli obblighi derivanti dal diritto UE e lo spazio residuo per il rinvio pregiudiziale dopo l'eventuale declaratoria d'incostituzionalità della norma interna*

Il Giudice delle leggi non ha, quindi, rivendicato un diritto alla «prima parola»<sup>119</sup> ma si è limitato ad affermare che, quando è in gioco la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, la questione di

---

<sup>116</sup> È la, per altro verso già citata, posizione di S. CATALANO, *ult. cit.*, 25 e 26; S. LEONE, *ult. cit.*, 657; N. LUPO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>117</sup> Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>118</sup> *Contra* cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., 8, secondo la quale, come si è detto, con le decisioni del 2019 la Corte avrebbe ridimensionato la portata dell'*obiter* della 269 del 2017, trasformando la doverosità della previa rimessione alla Consulta in una opportunità di interpellarla in prima battuta. Sostiene che la Corte costituzionale con le sentenze nn. 20 e 63 del 2019 sia divenuta «più permissiva» G. BRONZINI, *ult. cit.*, § 3.

<sup>119</sup> Per usare, ancora una volta, l'espressione di Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto*.

costituzionalità deve sempre poter essere sollevata, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga prima o dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Se si ricostruisce in questi termini la portata della giurisprudenza analizzata – e, quindi, si nega, che la Corte abbia inteso fornire un nuovo e alternativo, rigido, ordine delle questioni pregiudiziali – rimangono insoluti i due fondamentali problemi, di portata generale, cui si è fatto riferimento in sede introduttiva. Il primo è quello della determinazione del criterio in base al quale il giudice nazionale, non essendo vincolato dalla giurisprudenza costituzionale ad un preciso ordine delle questioni, possa e/o debba decidere se sollevare in prima battuta il rinvio pregiudiziale o la questione di costituzionalità<sup>120</sup>. Il secondo è quello delle modalità di utilizzo delle norme europee sui diritti fondamentali come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale<sup>121</sup>.

Il primo problema porta a chiedersi come debba essere complessivamente gestito il rapporto tra le due pregiudiziali e conduce ad affrontare un particolare aspetto, che della questione indaga uno dei più delicati risvolti operativi, degno per la sua rilevanza sistematica di autonoma considerazione, ovvero quello concernente lo spazio che residua per l'eventuale rinvio pregiudiziale laddove la Corte costituzionale, pronunciandosi per prima, accolga la questione e annulli la norma interna con effetti *erga omnes*.

La dottrina che ha commentato la giurisprudenza costituzionale di cui ci si è occupati, già ricordata per altri versi, ha prospettato diverse soluzioni per dare ordine ai casi di doppia pregiudizialità concernenti i diritti fondamentali. Così, da una parte dei commentatori, è stato osservato<sup>122</sup> che il giudice comune potrebbe in prima battuta sollevare rinvio pregiudiziale e, nel caso di una sentenza che accerti l'incompatibilità della norma nazionale con la Carta, attivare il controllo di costituzionalità avanzando censure di costituzionalità fondate su parametri costituzionali e europei. In questa ipotesi, però, qualunque dovesse essere l'esito del giudizio di legittimità costituzionale, il giudice comune avrebbe comunque l'obbligo di successiva disapplicazione della norma interna, salvo che siano stati evocati i controlimiti. Alla stregua di tale orientamento, resterebbe comunque salva la facoltà del giudice comune di sollevare il rinvio pregiudiziale, anche all'esito del giudizio costituzionale, così come nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale abbia in precedenza sollevato il rinvio pregiudiziale e si sia discostata dalla pronuncia resa dalla Corte di giustizia. Sempre secondo tale ricostruzione, infine, si potrebbe anche dare il caso della contestuale presentazione di una domanda di rinvio pregiudiziale e di una questione di legittimità costituzionale<sup>123</sup>; ipotesi che, tuttavia, non convince chi scrive per i già evidenziati rischi di contrasto fra le decisioni delle due Corti, che seguirebbero due giudizi paralleli, senza potersi giovare l'una della decisione dell'altra per comporre il conflitto in via interpretativa<sup>124</sup>, cioè, come si dirà di qui a poco, attraverso la costruzione del parametro.

Altra soluzione prospettata in dottrina è quella che chiama in causa l'intervento del legislatore della revisione costituzionale al fine di discostarsi, sia pure per casi debitamente circoscritti,

---

<sup>120</sup> In una non dissimile prospettiva, C. AMALFITANO, *ult. cit.*, 18, rileva che la Corte ha, sino ad ora, lasciato la decisione alla libera scelta del giudice comune, limitandosi ad affermare che, se interpellata in prima battuta, non potrà sottrarsi alla decisione nel merito, con l'unico limite dell'obbligo per i giudici di ultima istanza di procedere al rinvio pregiudiziale.

<sup>121</sup> Di esso si tratterà nel paragrafo seguente.

<sup>122</sup> R. CONTI, An, *quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, cit., 26 e 27.

<sup>123</sup> R. CONTI, *ult. cit.*, spec. 28.

<sup>124</sup> Vedi *supra*, § 4. Analogamente, cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., 22, secondo il quale il contestuale rinvio pregiudiziale e la *quaestio legitimitatis* «rischierebbe di dare origine a corto-circuiti e di stimolare il conflitto, anche involontario, tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, anziché favorire la doverosa collaborazione» e A. COSENTINO, *ult. cit.*, § 4, secondo cui tale soluzione «sembra non facilmente praticabile senza un intervento legislativo che rimoduli il requisito della rilevanza nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale». Lascia, invece, aperto l'interrogativo sull'opportunità di questa soluzione M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., 756.

dall'incidentalità del giudizio sulle leggi<sup>125</sup>. Secondo questa impostazione, dovrebbe rimanere salda la priorità della pregiudizialità comunitaria perché solo così il giudice potrebbe ottenere gli elementi di conoscenza indispensabili per capire se vi sia una congiunta violazione della Carta dell'Unione e della Carta costituzionale; ricevuta risposta nel senso della violazione della norma eurounitaria, il giudice comune dovrebbe dare immediata applicazione alla norma della Carta invece che a quella interna incompatibile. Il medesimo, poi, ad ulteriore garanzia del primato del diritto eurounitario, potrebbe, altresì, sollecitare il giudizio della Corte costituzionale per la rimozione con effetti *erga omnes* della norma interna. Spetterebbe, altresì, al legislatore<sup>126</sup> determinare gli effetti discendenti dall'eventuale attivazione dei controllimiti da parte della Consulta e, quindi, stabilire se il giudizio principale, nel quale si è già fatta applicazione diretta della norma eurounitaria, sia da considerare definitivo o meno e, ancora, se gli effetti della decisione della Corte valgano soltanto per giudizi diversi da quello da cui ha tratto origine. Anche tale soluzione, il cui indubbio pregio è di consentire di "salvare" la supremazia del diritto dell'Unione e la dottrina degli effetti diretti per come le abbiamo fino ad oggi conosciute, non convince, però, chi scrive fino in fondo; e ciò perché, come si è già avuto modo di dire<sup>127</sup>, essa potrebbe finire per scardinare le regole poste a presidio della rilevanza della *quaestio legitimitatis*, e, quindi, dell'incidentalità, con ciò minando le caratteristiche più profonde che il controllo di costituzionalità è venuto a assumere nella storia repubblicana.

Per quanto riguarda più da vicino la determinazione del criterio che dovrebbe guidare il giudice comune nella scelta della questione da promuovere, se il rinvio pregiudiziale o la questione di legittimità costituzionale, una parte della dottrina ha auspicato di lasciare al giudice la decisione sull'ordine delle pregiudiziali sulla base della «prevalenza», nel caso concreto, dei profili di diritto interno o dei profili di diritto europeo. In particolare, secondo questa ricostruzione, il criterio in questione si risolverebbe nella «sinergia di una duplice analisi, l'una volta a valutare il grado di discrezionalità nell'attuazione del diritto dell'Unione di cui il legislatore nazionale abbia goduto nell'emanare la norma oggetto del dubbio di legittimità sia costituzionale che euro-unitaria e, l'altra, volta a valutare il grado di specificazione che il diritto garantito dalla Cdfue abbia ricevuto nel diritto derivato dell'Unione»<sup>128</sup>. Salvo quanto si dirà di qui a poco sul carattere vincolato delle scelte del legislatore interno sottoposte a sindacato, si può al riguardo osservare che il criterio della prevalenza, appoggiato sul grado di specificazione del diritto derivato rispetto alle norme della Carta, rischia di apparire problematico per le stesse ragioni per cui la dottrina ha dubitato della tenuta della dottrina dell'*incorporation* dopo che la Carta di Nizza ha acquisito efficacia giuridica, ovvero che, come è difficile capire quando il giudice interno opera "in veste di giudice dell'Unione" per effetto dell'ampliamento dei fini recepiti nei Trattati, allo stesso modo è diabolico capire se una norma (sia essa europea o interna) è o non è attuativa di una previsione materialmente costituzionale in tema di diritti fondamentali, perché la diretta precettività delle norme costituzionali irradia tutto l'ordinamento e induce a far apparire tutte le norme subordinate attuative o specificative di questa o quella libertà fondamentale<sup>129</sup>.

Ancora, prima della giurisprudenza costituzionale da cui si son prese le mosse, altra parte della dottrina proponeva una delimitazione della dottrina *Simmenthal*, conservandola per le antinomie puntuali tra norme europee e nazionali, ma non per i casi di contrasto con norme europee di

---

<sup>125</sup> A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017*, cit., 160.

<sup>126</sup> Cfr. A. RUGGERI, *ult. cit.*, 161 e 163, in cui si prospetta l'estensione di una simile soluzione anche ai casi di antinomia con la CEDU.

<sup>127</sup> Vedi *supra*, § 4.

<sup>128</sup> Cfr. A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità*, cit., 14; *Id.*, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, cit., § 4, cui si riferisce il virgolettato.

<sup>129</sup> Cfr. A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 44 e ss.

principio<sup>130</sup>. Secondo tale prospettiva, i giudici comuni avrebbero dovuto ricorrere alla disapplicazione e, eventualmente al rinvio pregiudiziale, solo ove vi fosse, nel caso concreto, un vero e proprio conflitto tra regole nazionali ed europee puntuali e di immediata applicazione. Viceversa, allorché l'antinomia riguardasse una norma nazionale in contrasto con principi (o obiettivi) europei, sarebbe divenuto appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali, non escludendo, ove necessario a parere del giudice, l'acquisizione del contributo della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale. Tale impostazione, di cui si ritiene sempre valido il tentativo di distinguere i casi in cui a venire in considerazione è il carattere sostanzialmente costituzionale delle norme, appare, però, oggi difficilmente praticabile alla luce soprattutto della sentenza n. 20 del 2019, che opportunamente – almeno nella prospettiva di chi scrive – ha chiarito che le ragioni del sindacato accentrato non sono *bypassabili* nemmeno quando il contrasto da diritto interno ed europeo riguardi una norma del diritto derivato, rendendo così inutilizzabile il discrimine regola/principio.

Tra le varie ricostruzioni proposte circa il percorso che il giudice deve seguire per ordinare le questioni, merita poi di essere approfondita quella che rinviene il discrimine in forza del quale orientare la scelta del rinvio da promuovere per primo nel grado di vincolatività delle norme europee rispetto a quelle nazionali, ovvero utilizza il criterio che distingue le norme interne vincolate da quelle che appaiono discrezionali rispetto all'adempimento dei vincoli derivanti dalla appartenenza dell'Italia all'UE<sup>131</sup>.

Al riguardo si può, forse, aggiungere che, laddove la norma nazionale, sospettata di incompatibilità con la Costituzione e con la Carta UE, rappresenti una misura vincolata rispetto all'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, che non lasci quindi alcun margine di discrezionalità al legislatore nazionale, il giudice comune dovrebbe sollevare in prima istanza il rinvio pregiudiziale, così da investire la Corte di giustizia di due distinte questioni, che possono anche essere proposte contestualmente (la seconda in via subordinata e in funzione di come viene risolta la prima):

a) il dubbio interpretativo che eventualmente gli residui in ordine alla circostanza che, rispetto al caso di specie, la norma UE abbia effetti che vincolino *in toto* il legislatore italiano all'esatto contenuto della norma interna;

b) la questione di validità della norma eurounitaria, qualora sia convinto che la norma nazionale, della cui legittimità anche costituzionale si controverte, sia interamente vincolata a quella europea nel significato assunto dalla Corte di giustizia, ma dubiti che quest'ultima norma sia conforme al diritto dei Trattati o della Carta.

A valle del rinvio pregiudiziale, poi, la Corte costituzionale dovrebbe sempre poter essere investita della questione e, così, decidere della compatibilità della norma interna vincolata con la Costituzione repubblicana. In tal caso, però, con la consapevolezza – donde la necessità di una valutazione "accentrata" da parte del Giudice delle leggi – di poter porre le premesse perché si generi una eventuale responsabilità eurounitaria dell'ordinamento, che a quel punto discenderebbe dalla declaratoria di incostituzionalità, la quale, rimuovendo un atto legislativo il cui contenuto è vincolativamente richiesto dal diritto UE, renderebbe lo Stato italiano – salvo il tempestivo (ma irrealistico) intervento riparatore del legislatore – inadempiente rispetto ai propri obblighi

---

<sup>130</sup> A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 9.

<sup>131</sup> In particolare, secondo G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., 2961, la priorità della pregiudizialità costituzionale riconosciuta dalla sentenza n. 269 del 2017 sarebbe limitata ai soli casi in cui siano in gioco atti normativi interni «che, per il fatto di non risultare interamente vincolati ai contenuti dalla Carta, sono frutto di un'attività discrezionale del legislatore interno e che quindi, come tali, non possono ricadere unicamente nel sindacato della Corte di giustizia».

comunitari<sup>132</sup>. Una simile prospettiva, del resto, sembra essere già stata implicitamente valutata dalla giurisprudenza costituzionale in occasione dell'ordinanza n. 117 del 2019, con cui, come noto, la Corte costituzionale ha formulato un duplice rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, interpretativo e di validità del reg. UE n. 596 del 2014, argomentando che la caducazione della normativa nazionale censurata, costituente «puntuale attuazione» del diritto derivato in oggetto, «rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione»<sup>133</sup>.

Viceversa, il giudice comune non dovrebbe disapplicare la norma interna e/o promuovere rinvio pregiudiziale, ma sollevare in prima battuta la questione di costituzionalità ogniqualvolta la norma nazionale contrastante con i diritti della Carta (e della Costituzione) sia frutto di scelte discrezionali del legislatore nazionale, vale a dire non risulti interamente predeterminata e vincolata nel contenuto da atti normativi dell'Unione, come avviene, ad esempio, nel caso delle direttive, che – per definizione – lasciano ampi margini di intervento al legislatore interno per la loro attuazione, o dei regolamenti che non siano integralmente autoapplicativi e non richiedano misure interne a

---

<sup>132</sup> E quindi passibile di procedura di infrazione. Non si ritiene, invece, che in un tal caso sarebbe configurabile la responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano per violazione del diritto UE nei confronti della parte del giudizio *a quo* che si vedesse negare la tutela richiesta per effetto dell'annullamento della norma interna. E ciò, nonostante il carattere vincolato della norma interna sia ordinariamente considerato fattore che radica tale responsabilità (sul punto cfr., per tutti, R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2010), perché la decisione della Corte costituzionale autorizzerebbe il giudice comune adito per il risarcimento del danno a considerare quest'ultimo non ingiusto, in quanto avvenuto in conformità all'ordinamento costituzionale. In quali casi, poi, la declaratoria d'incostituzionalità della norma interna vincolata si debba considerare un esito possibile del giudizio di costituzionalità dipende da come si ricostruisce il suo parametro: vedi *infra*, § 6.

<sup>133</sup> Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 9 del *Considerato in diritto*. La Corte ha chiesto, pertanto, ai Giudici di Lussemburgo se il diritto derivato debba essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito represso con sanzioni amministrative di natura "punitiva", dal momento che tale sanzione sarebbe contraria al diritto al silenzio, «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» nel nostro ordinamento. In secondo luogo, la Consulta ha proposto rinvio per chiarire se, in caso di risposta negativa alla prima questione, il diritto derivato sia compatibile con gli artt. 47 e 48 della Carta UE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, «nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"». Saluta con favore la decisione di sollevare il rinvio pregiudiziale e l'operazione ermeneutica della Corte costituzionale di comporre «in "sistema"» la Costituzione, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Carta dell'Unione, le tradizioni costituzionali comuni e la CEDU, A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2019/II, 244. Anche S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine della opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, 2019, 6 e ss. commenta positivamente la decisione sulla base del rilievo che la Corte «rafforza l'impressione, già ricavabile dalla lettura delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019, di voler proporre, nella tutela dei diritti fondamentali, un nuovo 'patto' ai giudici comuni. Da un lato, si suggerisce a questi ultimi di dare al Giudice delle leggi la "prima parola", dall'altro, si accetta di coinvolgere attivamente la Corte di giustizia nel dialogo, ammettendo che essa possa essere chiamata in causa da entrambi». Anche A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, *ivi*, 2019, 189, vede nel rinvio pregiudiziale «una chiara conferma insieme dello "spirito di leale collaborazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali" e del rispetto delle competenze della Corte europea, e, al di là dei suoi possibili esiti, costituisce una riprova di quanto fosse eccessivo l'allarmismo suscitato dalla nuova scala di priorità delle questioni di "doppia matrice" vista come un indebito spossamento dei giudici comuni dei loro poteri di garanzia dei diritti, e di una usurpazione dei poteri della CGUE». Anche G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, *ivi*, 2019, 171, evidenzia che «il protagonismo rivendicato dalla Consulta, in reazione a un'oggettiva, crescente emarginazione, si accompagna a una più ampia disponibilità al dialogo diretto con la Corte di giustizia, anche al fine di disattivare potenziali conflitti in via preventiva, e dunque, ridurre il ricorso, sempre traumatico, all'arma dei controlimiti».

contenuto rigidamente univoco. In tali casi, infatti, le ragioni del sindacato accentrato di legittimità costituzionale, che la “svolta” del 2017 e le sue successive conferme hanno saldamente ancorato alle esigenze di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, devono prevalere sul vecchio ordine delle questioni, potendo bene l’eventuale dubbio interpretativo o di validità essere fugato attraverso un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale<sup>134</sup>.

Salvo quanto si dirà nei paragrafi successivi, è bene chiarire fin da ora che nel giudizio di costituzionalità, così previamente instaurato, la Corte potrebbe allora, o attraverso il rinvio pregiudiziale, ove ne senta essa stessa il bisogno, o direttamente nella sentenza che definisce il giudizio costituzionale, esercitare la fondamentale funzione che le è propria nella prospettiva del concorso di rimedi giurisdizionali di cui parla la sentenza n. 20, ossia la determinazione, nella prospettiva dell’art. 53 della Carta, di quale sia il livello di tutela di cui gode un determinato diritto o libertà fondamentale nel nostro ordinamento costituzionale; e ciò, beninteso, non in astratto, ma nel concreto della fattispecie derivante dal giudizio *a quo*, esattamente come nel prisma della medesima fattispecie potrebbe intervenire, in seconda battuta, la Corte di giustizia per effetto del rinvio pregiudiziale, operato dalla stessa Corte o dal giudice comune a valle del sindacato di costituzionalità<sup>135</sup>.

Ci si avvede, allora, che, se si vuole accedere alla diffusa immagine del “dialogo” tra Corti, i canali di questa comunicazione sono per il giudice costituzionale, che venga previamente adito, essenzialmente due: il promovimento del rinvio pregiudiziale, ove necessiti di un chiarimento interpretativo circa la natura degli effetti della norma europea o dubbi della sua conformità all’ordinamento dell’Unione (e qui il “dialogo” è evidentemente con la Corte di Lussemburgo); la definizione del giudizio di costituzionalità con riferimento espresso al grado di tutela che la posizione soggettiva azionata nel giudizio *a quo* ha nell’ordinamento costituzionale interno anche in relazione alla corrispondente tutela accordata nell’ordinamento dell’Unione (qui, invece, con altrettanta evidenza, il “dialogo” sarà con il giudice comune<sup>136</sup>). In questo secondo contesto, da un lato, si porrà il problema dell’uso del parametro europeo nel giudizio di costituzionalità<sup>137</sup>, dall’altro, la tradizione costituzionale nazionale perverrà “alle orecchie” della Corte di giustizia per il tramite dell’eventuale rinvio pregiudiziale operato, a valle del controllo di costituzionalità, dal giudice *a quo*.

Attraverso questa dinamica, dunque, la giustizia costituzionale accentrata potrebbe – e dovrebbe – mantenere la propria centralità nel sindacare la costituzionalità della legge come strumento per “rappresentare”, nel concreto della vicenda giurisdizionale scaturente dal giudizio *a quo*, qual è la tradizione costituzionale italiana in punto di tutela di un determinato diritto o libertà fondamentale, consentendo al contempo alla Corte di giustizia, che dovesse intervenire sulla medesima fattispecie, per rinvio della Corte stessa o del giudice *a quo*, ma anche in un successivo giudizio, di elaborare e/o modificare le tradizioni costituzionali comuni dell’Unione tenendo conto della vitalità della

---

<sup>134</sup> Prendendo le mosse dalla vicenda *Taricco* evidenzia che il rinvio pregiudiziale ha «il merito di offrire la possibilità di soddisfare le esigenze poste dalla normativa costituzionale dei singoli Stati membri, senza introdurre deroghe nell’applicazione uniforme del diritto dell’Unione, che deriverebbero invece da un’applicazione unilaterale dei controlimiti», G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e norme dell’Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 1050.

<sup>135</sup> Osserva condivisibilmente G. REPETTO, *ult. cit.*, 2962 che tale interpretazione si imporrebbe alla luce della giurisprudenza europea sul caso *Melki* e dell’art. 53 Carta UE, in quanto «è solamente in relazione ad atti interni non vincolati al recepimento di un contenuto imperativo [...] che la Corte costituzionale avrebbe titolo e ragione per pronunciarsi in prima battuta, al fine di rivendicare un livello di protezione più elevato di un diritto garantito al contempo dalla Costituzione e dalla Carta ai sensi dell’art. 53 della stessa».

<sup>136</sup> Salvo che quest’ultimo, all’esito del controllo di costituzionalità, non promuova rinvio pregiudiziale. In tal caso, infatti, attraverso il giudice comune (quindi indirettamente), la Corte finirebbe per “dialogare” anche con il giudice comune.

<sup>137</sup> Di cui si dirà *infra*, § 6.



Costituzione nazionale. Eventualità, quest'ultima, che appare coerente con l'art. 52, comma 4, della Carta, secondo il quale, come noto, laddove la medesima «riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni» e con il successivo comma 6, che a tal fine richiede che si tenga «pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali»<sup>138</sup>.

Non si può, peraltro, non rilevare che il criterio enunciato appare perfettamente in sintonia con la decisione resa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Åkerberg Fransson*<sup>139</sup>, in cui si afferma proprio che gli Stati membri possono applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, risultanti dalle Costituzioni interne, qualora il diritto dell'Unione non preveda una disciplina completa ed autoapplicativa, ma lasci agli ordinamenti nazionali un margine di intervento che presuppone scelte discrezionali, le quali possono essere sottoposte, in prima battuta, al vaglio di costituzionalità che le Corti nazionali operano con riferimento innanzitutto ai parametri interni<sup>140</sup>.

Da ultimo, la bontà di tale ricostruzione può essere ritenuta in forza del rilievo che, se, per un verso, è vero che la Corte costituzionale non vanta un mezzo per obbligare il giudice comune a sollevare previamente la questione di costituzionalità<sup>141</sup>, per l'altro, è altrettanto vero, però, che essa, ove decidesse di adottare il criterio proposto, o meglio di imporlo ai giudici comuni, disporrebbe di un idoneo strumento processuale per "costringere" i rimettenti a promuovere previamente il rinvio pregiudiziale in presenza di norme interne a carattere vincolato. Essa, potrebbe, infatti, come faceva in passato per garantire il vecchio ordine delle questioni pregiudiziali, dichiarare inammissibili per difetto di rilevanza le questioni di costituzionalità promosse, ove siano state sollevate dal giudice comune che non abbia fugato, attraverso il rinvio pregiudiziale, l'eventuale dubbio sulla natura dell'obbligo comunitario (se importante discrezionalità o meno) e/o non abbia verificato la controversa conformità della norma europea ai Trattati ed alla Carta.

Sulla scorta di quanto fin qui considerato, si può addivenire alla trattazione della specifica questione cui si accennava in apertura del presente paragrafo, ovvero quella relativa alla determinazione di quale sia lo spazio residuo per il rinvio pregiudiziale in caso di previo giudizio di legittimità costituzionale quando tale giudizio si concluda con una declaratoria di incostituzionalità<sup>142</sup>. A rigore, se si aderisce alla lettura qui proposta, il problema dovrebbe porsi solo in caso di norme interne a contenuto comunitariamente non vincolato, dovendo il giudice che si trovi dinnanzi al dubbio di costituzionalità di una norma interna che costituisce attuazione non discrezionale degli obblighi derivanti dal diritto UE rimettere previamente la questione pregiudiziale interpretativa o di validità alla Corte di giustizia.

---

<sup>138</sup> Anche se non si può sottacere che fino ad oggi la Corte di giustizia, a differenza delle Corti costituzionali nazionali, ha ridotto la portata della norma attraverso l'uso combinato dei principi di leale collaborazione e di proporzionalità (cfr. T. KONSTADINIDIS, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the framework of National Constitutional Settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13 (2011), 195 e ss.), tanto che si può affermare che nella giurisprudenza UE il suo principale ambito di applicazione sia la definizione delle deroghe nazionali alla disciplina delle libertà del mercato comune. Come, infatti, rilevato da B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, No. 1 (2012), 290 e ss., la *identity clause* ricorre nella giurisprudenza della Corte di giustizia nella duplice veste di autonoma base normativa della deroga o di criterio interpretativo di altra norma che giustifica la deroga in relazione alle politiche pubbliche dello Stato membro.

<sup>139</sup> Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10.

<sup>140</sup> Se non si fraintende, in maniera non molto dissimile ragiona anche R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 35, secondo il quale la rimessione all'una o all'altra Corte dovrebbe seguire il "principio della prossimità", cioè dipendere dal *quantum* di discrezionalità lasciata al legislatore nazionale nella definizione della norma che si ritiene in contrasto con la Costituzione e con il diritto dell'Unione.

<sup>141</sup> Come evidenziato dalla dottrina citata *supra*, §§ 2 e 3.

<sup>142</sup> Problema sollevato, con particolare chiarezza, da A. COSENTINO, *ult. cit.*, § 2.

Nel caso in cui il giudice comune, invece, non seguendo il criterio indicato, dovesse sollevare, in prima istanza, la questione di costituzionalità della norma interna vincolata e questa dovesse essere giudicata fondata dalla Corte, si assisterebbe secondo parte della dottrina, al paradosso per cui «la ragione dell'annullamento dell'atto interno non sarebbe legato ad un'autonoma valutazione discrezionale del legislatore interno, ma costituirebbe il riflesso di un'invalidità che affligge in realtà l'atto normativo europeo, che verrebbe così indirettamente annullato»<sup>143</sup>. A parere di chi scrive, il paradosso si supera rilevando che, in tali casi, ove la Corte costituzionale non ritenesse di sanzionare con l'inammissibilità la decisione del giudice comune di non adire previamente la Corte di giustizia, come chi scrive ritiene che dovrebbe fare, potrebbe comunque essa stessa promuovere rinvio pregiudiziale per ottenere un chiarimento sugli effetti vincolanti della norma UE e/o la sua rimozione in caso di contrasto con il diritto dei Trattati o della Carta, così pervenendo all'annullamento della legge interna solo in caso di contrasto con norma europea davvero vincolante e conforme al diritto UE, cioè valida.

Nel caso poi, per noi "ordinario", della questione di costituzionalità promossa correttamente prima del rinvio e in luogo della disapplicazione, perché avente ad oggetto norma interna a contenuto discrezionale, l'eventuale declaratoria di incostituzionalità rischia di apparire meno problematica di quanto non avverrebbe in caso di annullamento di norma vincolata. E ciò non soltanto perché non verrebbe in considerazione alcuna forma di inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, comportando l'annullamento l'onere per il legislatore di dare attuazione all'obbligo in altra maniera costituzionalmente legittima (sempre possibile, avendo la norma annullata natura non vincolata), ma anche perché, nel seguito giudiziario, il giudice comune si troverebbe dinnanzi a una norma europea perfettamente valida ed efficace, che dovrebbe e potrebbe applicare, restando assolutamente impregiudicata la sua facoltà di promuovere rinvio pregiudiziale interpretativo se avesse dubbi sulla sua efficacia diretta o, più in generale, sulla sua interpretazione<sup>144</sup> e/o di validità se fosse controversa la sua conformità ai Trattati o alla Carta<sup>145</sup>.

#### 6. *L'integrazione del parametro di legittimità costituzionale nel giudizio a doppia pregiudizialità: il "parametro misto" e la "massimizzazione della minor tutela"*

Come si è accennato, non più eludibile diventa anche la questione dell'uso del parametro europeo nel giudizio di legittimità costituzionale.

Tale profilo è rimasto aperto a seguito delle sentenze esaminate<sup>146</sup> e comprendere con esattezza quale sia il parametro che la Corte costituzionale deve impiegare nei casi di "doppia incompatibilità" è questione di non poco momento, considerato che la Carta deve «essere interpretata come *fonte autonoma* alla luce dei criteri indicati nel suo art. 52 e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di giustizia»<sup>147</sup>. Secondo parte della dottrina, il passaggio della sentenza n. 269 del 2017, secondo cui la Corte giudica «alla luce dei parametri interni ed *eventualmente* di quelli europei secondo l'ordine di volta in volta appropriato», sembra lasciare intendere che la considerazione del parametro eurounitario sarà solo eventuale e successiva, anche alla luce del fine, dichiarato da quella stessa giurisprudenza, «di assicurare che i diritti garantiti dalla (...) Carta dei diritti siano

<sup>143</sup> Secondo G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., 11 e 12.

<sup>144</sup> *Contra*, cfr. A. COSENTINO, *op. e loc. ult. cit.*, secondo cui la caducazione della norma interna precluderebbe l'attivazione del rinvio pregiudiziale e, dunque, la funzione nomofilattica della Corte di Lussemburgo.

<sup>145</sup> *Contra*, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 11, secondo cui non può essere proposto rinvio di validità «su una norma già colpita da illegittimità costituzionale».

<sup>146</sup> Parla di «passaggio oscuro» R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, 26.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, quali richiamate nell'art. 6 del TUE e dall'art. 52, comma 4, CDFUE»<sup>148</sup>.

Al riguardo, pare a chi scrive di poter dire che tale impostazione, secondo cui il parametro europeo deve essere scrutinato soltanto dopo quello costituzionale interno ed esclusivamente nel caso in cui il primo non conduca alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, presuppone che i due set di parametri (europeo ed interno) operino secondo logiche di alternatività, come se fossero posti a presidio di due differenti circuiti di legalità costituzionale: una europea ed una costituzionale interna. Tale visione, però, rischia di apparire manichea, perché, come noto, le norme della Carta UE diventano parametro di costituzionalità per il tramite degli art. 11 e 117, comma 1, Cost., di cui integrano la portata precettiva ai fini del sindacato di costituzionalità della norma interna contrastante. Ne deriva che, nel momento in cui vengono invocate nell'ordinanza di rimessione norme costituzionali e norme della Carta, il parametro di costituzionalità dovrà essere necessariamente la risultante interpretativa, potenzialmente nuova ed autonoma, della norma costituzionale interna a tutela del diritto fondamentale dedotto nel giudizio *a quo* e della corrispondente norma della Carta di Nizza posta a garanzia dell'omologo diritto.

Ciò, a parere di chi scrive, dovrebbe avvenire dando vita ad un "parametro costituzionale misto", che integri Costituzione italiana e Carta UE ai limitati fini del controllo di legittimità costituzionale del diritto interno. Anche le norme della Carta, infatti, sono "diritto costituzionale interno", per cui si deve ritenere che non sia possibile distinguere logicamente e cronologicamente lo scrutinio in base al parametro interno rispetto al sindacato sulla base del parametro europeo: legalità costituzionale interna e legalità costituzionale europea non costituiscono due circuiti alternativi, ma rappresentano gli elementi contestualmente costitutivi di una nuova "legalità costituzionale-europea", la cui esistenza non può essere disconosciuta senza revocare in dubbio l'integrazione del parametro di costituzionalità che si realizza proprio per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Segnatamente, se due norme in materia di libertà fondamentali, una interna e una europea, dovessero prevedere astrattamente, o in concreto perché interpretate alla luce delle rispettive giurisprudenze (che operano bilanciamenti diversi), limiti differenti allo stesso diritto e, in particolare, il diritto costituzionale interno prevedere limiti ulteriori a quelli della corrispondente norma della Carta UE (e, quindi, un livello di tutela che si potrebbe dire – si vedrà di qui a poco con quali cautele – inferiore a quello europeo), il parametro di costituzionalità usato dalla Corte nel giudizio sulla norma interna dovrebbe risultare costituito da una "norma-parametro mista" che preveda l'esistenza di quel limite, ma lo riconfermi nella sua concreta portata precettiva – anche mitigandolo notevolmente – in forza di una interpretazione restrittiva del limite stesso che valorizzi, nella misura massima possibile, il contenuto irriducibile che il diritto ha secondo la norma europea e la sua giurisprudenza, che non conoscono il limite in questione.

Se, invece, limiti ulteriori al contenuto e all'esercizio di un diritto, inesistenti nella Costituzione e nei bilanciamenti giurisprudenza costituzionale, fossero previsti dalla Carta UE o dai bilanciamenti della giurisprudenza UE (e, quindi, fosse il diritto UE a somministrare una tutela che si potrebbe considerare – si dirà con quante perplessità metodologiche – inferiore a quella interna), il parametro di costituzionalità in concreto usato dalla Corte dovrebbe essere rappresentato da una norma, ancora una volta diversa sia da quella europea che da quella costituzionale (secondo le rispettive giurisprudenze), che contempla l'esistenza del limite, ma lo interpreta alla luce di uno scrutinio stretto di ragionevolezza in relazione al contenuto indefettibile che in concreto lo stesso diritto viene ad avere nel contesto interno e delle ragioni costituzionali per cui quello stesso limite non è previsto dall'ordinamento nazionale.

---

<sup>148</sup> Così G. SCACCIA, *ult. cit.*, 1. In tal senso anche S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., 37.

Detto altrimenti, la proposta che si vuole avanzare è che, quando nei due ordinamenti vengono in considerazione limiti diversi allo stesso diritto o libertà fondamentale (e ciò per effetto delle previsioni astratte delle norme o dei concreti bilanciamenti delle giurisprudenze), l'integrazione del parametro di costituzionalità si dovrebbe tradurre nella creazione di una nuova "norma mista", che massimizzi in concreto quella che in astratto sarebbe, invece, la minor tutela (perché contempla un limite esistente solo in uno dei due ordinamenti) e lo fa attraverso un'interpretazione restrittiva del limite stesso basata sulle ragioni di tutela "materialmente costituzionali" che definiscono il contenuto essenziale del diritto<sup>149</sup> nell'ordinamento in cui il limite non esiste e in cui, quindi, il diritto esprime una portata precettiva astrattamente più ampia.

Non sfugge a chi scrive che, nella misura cui finisce per teorizzare la "massimizzazione della minor tutela", la ricostruzione qui proposta dell'integrazione del parametro di costituzionalità rischia di apparire paradossale rispetto al canone interpretativo dell'art. 53 della Carta UE, secondo cui, come noto, «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, [...] dalle costituzioni degli Stati membri». In realtà, però, a ben vedere, il paradosso si rivela poco più che apparente<sup>150</sup> se si tiene nel debito conto che la definizione di quale sia il maggior grado di tutela di un diritto in due o più ordinamenti sconta inevitabilmente il rilievo che tale grado non è espresso da ciascun ordinamento in valore assoluto ma ha una dimensione relazionale, contraddistinta normalmente dal fatto che la maggior tutela di un diritto corrisponde alla minor tutela di quello antagonista o concorrente con cui viene equamente temperato<sup>151</sup>, tanto che vi è generale condivisione sull'idea che quasi tutte le questioni che apparentemente investono il livello di tutela di un diritto sottendono, in realtà, problemi di bilanciamento con altri diritti<sup>152</sup>.

Ne deriva che, nel contesto delle relazioni interordinamentali, se non si vuole accedere ad una lettura meramente ideologica del canone dell'interpretazione *magis ut valeant* delle libertà

---

<sup>149</sup> Qui, come si sarà compreso, nel senso squisitamente normativo di «nucleo duro particolare», ovvero di contenuto specifico del diritto nel singolo ordinamento: cfr. A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Diz. dir. pubbl.*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1635.

<sup>150</sup> E l'apparenza che residua deriva dal fatto che tutto l'impianto della Carta, a partire dalle sue c.d. clausole orizzontali è pensato in una prospettiva dualista, per essere percepito come il fulcro di un sistema di tutela che resta distinto da quello costituzionale interno, secondo una logica di separatezza piuttosto che di integrazione: sul punto cfr. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, 369 e ss. Per un'analisi della giurisprudenza di Lussemburgo sull'interpretazione della clausola orizzontale di cui all'art. 53 della Carta a partire dalle sentenze *Melloni* e *Taricco*, cfr., *ex multis*, E. MALFATTI, *ult. cit.*, 241 e ss., nonché A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, 29, il quale evidenzia che è illusorio pensare che tali clausole siano sufficienti a evitare completamente il problema delle collisioni tra le sfere di tutela dei diritti fondamentali e conclude che ci si trova dinanzi ad un «*puzzling object* dove non tutto è perfettamente pacificato».

<sup>151</sup> Seguono quest'impostazione anche G. GAJA, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 220; L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, 270 e ss.; J.H. WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in *Id.*, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, 179 e ss., il quale considera le diverse forme di bilanciamento interno dei valori costituzionali una delle manifestazioni del fatto che la diversa tutela accordata da ciascun ordinamento ai diritti umani va interpretata come indice di una opportuna differenziazione della tutela attorno al suo nucleo essenziale.

<sup>152</sup> *Ex multis*, cfr. V. SCARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Esi, 2006, 444 e, più di recente, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 32 e ss. Per un test sulla possibile operatività dell'art. 53 in relazione alle varie tipologie di diritti, cfr. S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *Id.*, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 20 e ss.

fondamentali<sup>153</sup>, che disconosca che nel caso concreto la maggior tutela possibile deve essere assicurata con riguardo a tutte le posizioni soggettive costituzionalmente tutelate (a livello interno e europeo) e non solo ad una che arbitrariamente si prende a riferimento<sup>154</sup>, l'unico modo di massimizzare la tutela è quella di applicare i limiti ad un dato diritto, anche se previsti in uno solo dei due ordinamenti, perché da ciò deriva la tutela massima dei diritti antagonisti o concorrenti (a garanzia dei quali quei limiti sono previsti in astratto dalla norma o in concreto dai bilanciamenti della giurisprudenza), interpretando però tali limiti nella maniera più restrittiva possibile, così da garantire, nella misura massima possibile, le ragioni costituzionali e l'estensione della tutela che tale diritto ha nell'ordinamento che gli stessi limiti non prevede, ovvero il suo contenuto essenziale. Diversamente, si finisce per indulgere nell'idea che «diritti» e «limiti» siano qualcosa di ontologicamente diverso, mentre proprio l'esperienza dell'integrazione costituzionale europea insegna che essi non sono altro che la manifestazione sostanzialmente unitaria della «scelta sociale specifica» che ogni ordinamento compie intorno a tutto ciò che non è nucleo essenziale di una libertà<sup>155</sup>.

È, forse, poi, il caso di sottolineare che a tale costruzione del “parametro misto” la Corte potrebbe addivenire anche ove la Carta UE non fosse espressamente invocata nell'ordinanza di rimessione. Tale idea, infatti, può ritenersi ragionevole, oltre che in forza delle considerazioni sistematiche si faranno nel paragrafo che segue, anche alla luce del duplice rilievo che, da un lato, il Giudice costituzionale è tenuto, come tutti gli altri giudici, ad applicare tutto il diritto vigente relativo alla fattispecie dedotta in giudizio in forza del principio *iura novit curia*, dall'altro, che la medesima Corte, salva la potestà conformativa che la questione sollevata dal giudice *a quo* esercita sull'oggetto del giudizio incidentale, dispone di un autonomo potere di ridefinizione del parametro che, nel caso di specie, deriva dagli artt. 11 e 117 Cost., i quali pretendono la sua integrazione con le norme UE, che, per un verso, sono il frutto delle cessioni di quote di sovranità operate dal nostro ordinamento, per l'altro, sono la fonte da cui scaturiscono i vincoli europei che la legge deve rispettare.

Negli auspici di chi scrive, se un pregio il lettore può riconoscere alla tesi qui prospettata del “parametro misto”, esso risiede nella sua capacità di contribuire ad allentare la latente tensione che esiste tra l'integrazione del parametro di costituzionalità ai sensi dell'art. 11 Cost., che dovrebbe portare a dire che la norma della Carta UE (o del diritto derivato che ad essa dia attuazione) soggiace ai soli controlimiti, e quella che si realizza per il tramite dell'art. 117 Cost., che conduce a ritenere che la norma europea sui diritti fondamentali possa integrare il parametro di costituzionalità solo se conforme alla Costituzione tutta, esattamente come avviene per il diritto internazionale pattizio e, quindi, in materia di libertà, per la CEDU<sup>156</sup>. Attraverso la costruzione del “parametro misto” e la

---

<sup>153</sup> Critiche avverso la logica della massimizzazione delle tutele sono espresse da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2018, 273, il quale afferma, nella stessa prospettiva di quanto si è appena affermato, che «concretamente [...] la maggior parte delle questioni davvero complesse che coinvolge le aspettative di tutela dei diritti fondamentali non può essere utilmente risolta garantendo la massima tutela ad un diritto, poiché il tratto effettivamente problematico riguarda i rapporti di detto diritto con altri diritti, con i diritti degli altri, o con il raggio di azione di uno o più principi pure meritevoli di tutela».

<sup>154</sup> Quella dell'attore/ricorrente del giudizio *a quo*? Quella del convenuto/resistente? Quella del convenuto/resistente che agisce in riconvenzionale? Quella del terzo intervenitore adesivo autonomo? Con ogni evidenza, gli interrogativi potrebbero continuare e ciò per la ragione che il livello di tutela di un diritto che vive in un rapporto è indipendente dal fatto, esclusivamente processuale, che esso sia l'oggetto di una iniziativa giudiziaria o che venga invocato a paralizzare l'altrui spendita dell'*editio actionis*.

<sup>155</sup> J.H. WEILER, *ult. cit.*, 181, cui si riferiscono tutti i virgolettati della frase.

<sup>156</sup> A tale conclusione, non a caso, arrivano G. SCACCIA, *ult. cit.*, 7 e, più di recente, C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2020, 301. Note critiche su questo esito sono espresse anche da R. MASTROIANNI, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *DPCE*, Editoriale, 2018, 8, secondo il quale il riferimento al solo art. 117 Cost. nel giudizio di costituzionalità «non solo avrebbe rischiato di sminuire l'incidenza

conseguente “massimizzazione della tutela minore”, infatti, la Corte finirebbe per uscire dallo schema della rigida collocazione gerarchica della norma dell’Unione rispetto alla Costituzione (se “sotto” i soli principi supremi o “sotto” tutta la Costituzione), per entrare in una diversa dinamica interpretativa – che si evidenzierà essere, sempre a sommosso parere di chi scrive, quella maggiormente coerente e funzionale con le esigenze attuali dell’integrazione costituzionale europea<sup>157</sup> – in cui entrambe le fonti esprimono, nella misura massima possibile, determinata in concreto dalla fattispecie, la propria capacità precettiva: o nell’imporre l’applicazione di un limite non previsto nell’altro ordinamento o nel conformare l’interpretazione restrittiva di detto limite in considerazione del contenuto essenziale del diritto nel proprio sistema normativo.

Di tale conclusione può, forse, apparire conferma la circostanza che l’integrazione del parametro attraverso la creazione di una “norma mista” fa in definitiva in modo che la norma della Carta UE (o del diritto derivato) né soggiaccia, né prevalga sulla Costituzione (o, se proprio non si vuole rinunciare alla logica gerarchica, faccia entrambe le cose a seconda delle esigenze regolative del caso), ma appunto semplicemente la integri ai fini della determinazione del parametro di costituzionalità, arrestandosi, a seconda della dinamica concreta indotta dalla fattispecie, dinnanzi alla disciplina costituzionale delle libertà e dei loro limiti oppure ai principi supremi intesi come contenuto essenziale del diritto. Infatti, nel caso in cui si dica, pur con tutta l’approssimazione e l’imprecisione metodologica che si è evidenziata, che il livello di tutela maggiore sia quello dell’ordinamento interno, in cui non esiste un limite previsto invece nell’ordinamento europeo (in astratto dalle norme o in concreto dai bilanciamenti della Corte di giustizia), la Carta UE, come detto, integrerà il parametro attraverso la previsione del limite mutuato dal diritto UE, ma la sua forza precettiva incontrerà il limite del contenuto indefettibile del diritto previsto dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale, in senso lato arrestandosi, quindi, dinnanzi ai principi supremi. Nel caso in cui, invece, ci si trovi davanti a un caso in cui il livello di tutela maggiore può essere considerato, con le solite cautele, quello dell’ordinamento europeo, perché l’ordinamento costituzionale interno (in astratto con le norme della Costituzione o in concreto con i bilanciamenti della Corte costituzionale) prevede un limite ulteriore, la Carta UE integrerà il parametro determinando quel contenuto indefettibile del diritto che costituisce criterio di interpretazione restrittiva del limite previsto dalla disciplina costituzionale interna, cui, quindi, in senso lato, cederà il passo.

A voler ricollegare il discorso sul parametro con quello sull’ordine delle questioni pregiudiziali, dovrebbe a questo punto apparire chiaro che, nell’impostazione qui abbozzata, il “parametro misto” dovrebbe trovare la sua naturale sede di elezione nei casi in cui la Corte costituzionale sia adita per prima: il sindacato avverrebbe tenendo conto, con le modalità descritte, del parametro interno e di quello europeo, interpretato alla luce dell’eventuale giurisprudenza pregressa della Corte di giustizia sulla conferente norma della Carta e, in caso di dubbio circa la portata ermeneutica o la validità della norma eurounitaria, resterebbe comunque salva la via del rinvio pregiudiziale da parte dello stesso Giudice costituzionale.

Nell’ipotesi in cui, invece, la Corte di giustizia sia intervenuta per prima, sarebbe necessario distinguere i possibili esiti del rinvio. Ove essa abbia ritenuto che il diritto UE non osti all’applicazione della norma nazionale (in caso di pregiudiziale interpretativa) e/o che sia conforme ai Trattati e alla Carta (in caso di rinvio di validità), l’eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma interna si dovrebbe fondare sul parametro costituzionale interno, senza che si renda necessario provvedere all’integrazione europea del medesimo. Questo perché la sostanza della doppia pregiudizialità

---

dell’integrazione europea come impegno primario dell’Italia fondato su un principio supremo della Costituzione, ma avrebbe avuto come probabile conseguenza riportare ogni ipotesi di antinomia nell’alveo del giudizio di costituzionalità, non essendo più formalmente giustificato il potere di disapplicazione affidato al giudice comune».

<sup>157</sup> Vedi *infra*, § 7.

sarebbe già sciolta e, essendo il promovimento del rinvio pregiudiziale avvenuto prima del sollevamento della questione costituzionalità perché – nella nostra ricostruzione – la norma interna ha carattere vincolato, residuerebbe alla Corte di sindacare il diritto interno alla luce della sola Costituzione, ma con la consapevolezza che l'eventuale annullamento della legge determinerebbe il venir meno dell'adempimento di un obbligo comunitario valido e che non può essere adempiuto con una norma diversa.

Laddove, all'opposto, la Corte di Lussemburgo si sia espressa nel senso che il diritto UE (sia valido e/o) osti all'applicazione della norma nazionale, si porrebbe di nuovo per la Corte il problema di integrare il parametro di costituzionalità interno con la disciplina della Carta e la giurisprudenza di Lussemburgo. Anche in questo caso, dunque, come in quello di giudizio di costituzionalità che precede il rinvio, essa potrebbe procedere attraverso la creazione del "parametro misto", ponderando il regime dei limiti e il contenuto essenziale dei diritti nel contesto dei due ordinamenti. Con la non irrilevante differenza, però, che, essendo già intervenuto il rinvio pregiudiziale, il Giudice costituzionale saprebbe che, secondo la Corte di giustizia, la norma interna – che il giudice comune aveva dubitato essere in contrasto con obblighi europei che non lasciano margine di discrezionalità al legislatore interno, tanto da proporre per primo il rinvio pregiudiziale – non rappresenta per il diritto dell'Unione la maniera legittima di adempiere detti obblighi. Ne deriva che davvero poco spazio dovrebbe in tal caso residuare per l'eventuale rigetto della questione di costituzionalità, il quale finirebbe per apparire praticabile esclusivamente ove la Corte assumesse che la norma interna, che secondo la Corte di giustizia rappresenta una illegittima attuazione di un obbligo ad adempimento non discrezionale, rappresenti, invece, una espressione della discrezionalità del legislatore nazionale non solo *conforme a* ma addirittura *necessariamente richiesta dalla* Costituzione.

#### *7. Controlimiti, identità costituzionale e integrazione europea: la giustizia costituzionale accentrata come principio supremo e la trasfigurazione nomofilattica del suo ruolo*

Da quanto si è fin qui provato a sostenere si possono ricavare alcune considerazioni di sintesi, che, per un verso, si spera possano agevolare la comprensione sintetica e unitaria del "modello" di relazioni e rapporti tra istanze giurisdizionali che viene fuori dalla presente trattazione, per l'altro, costituiscono la base per ulteriori riflessioni sul ruolo e il significato che la giustizia costituzionale accentrata viene ad assumere nel contesto dell'integrazione costituzionale europea.

Si è avuto modo di evidenziare<sup>158</sup> che le decisioni rese dalla Corte in tema di doppia pregiudizialità, a partire dalla sentenza n. 269 del 2017, hanno, rimosso l'obbligo del previo rinvio pregiudiziale nei casi di sospetta incompatibilità della norma nazionale con i diritti garantiti sia dalla Carta UE sia dalla Costituzione, ma non hanno dettato un nuovo e inverso ordine fisso delle pregiudiziali. La prima regola processuale che ne deriva è che, d'ora in poi, quando il giudice comune investirà la Corte costituzionale della «prima parola», ovvero in caso di contrasto della norma interna non solo con la Carta UE, ma anche con il diritto derivato di essa attuativa<sup>159</sup>, questa non negherà più, come faceva in passato, il giudizio di merito considerando la questione priva di rilevanza e, quindi, inammissibile. Ne discende, però, anche una seconda conseguenza, certamente non meno rilevante della prima, la quale consiste nella rivendicazione dello spazio che il controllo di costituzionalità mantiene anche a seguito dell'eventuale previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tale secondo profilo completa la regola enunciata per prima nel quadro di una

---

<sup>158</sup> Vedi *supra*, §§ 2, 3 e 4.

<sup>159</sup> Vedi *supra*, § 4.

ricostruzione complessiva delle ragioni del sindacato accentrato di legittimità costituzionale che sottolinea l'indefettibilità del controllo di costituzionalità svolto dalla Corte, il quale deve sempre poter essere azionato: o prima o dopo il rinvio pregiudiziale.

Il sindacato accentrato sulla costituzionalità delle leggi viene così ad essere qualificato sostanzialmente come un principio supremo dell'ordinamento costituzionale, alla stregua di una ormai risalente proposta dottrina<sup>160</sup>, la quale aveva valorizzato nel campo della c.d. "tutela multilivello dei diritti" la tesi, ad altro fine sviluppata<sup>161</sup>, dell'esistenza di principi supremi a contenuto essenzialmente organizzativo, che, per la loro strumentalità rispetto ad altri principi e diritti sanciti dalla Costituzione repubblicana, assumono quel particolare *status* che li rende non solo in grado di limitare le revisioni costituzionali e la disciplina dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma anche, proprio per quanto qui di più prossimo interesse, di arrestare la *primauté* del diritto dell'Unione. Questa considerazione è in grado, a modesto giudizio di chi scrive, di smorzare una delle obiezioni più immediate cui la lettura avanzata in queste pagine si espone, ovvero di essere inconciliabile con gli arresti della dottrina dei c.d. controlimiti, che la Corte costituzionale non ha affatto mostrato di voler superare e che ha avuto sempre maggiore circolazione anche presso le giurisprudenze costituzionali degli altri Stati membri<sup>162</sup>.

Se, infatti, si è disposti a concordare che, in riferimento alla disciplina sostanziale dei diritti fondamentali, non è possibile parlare di una rigida gerarchizzazione della Carta UE rispetto alla Costituzione – e, quindi, non si può adottare il classico schema *Simmenthal* per dire se la prima soggiace ai soli controlimiti o a tutte le norme della seconda<sup>163</sup> – ci si accorge che proprio il principio supremo di organizzazione rappresentato dal carattere accentrato del controllo di costituzionalità rappresenta l'unico possibile controlimite inteso in senso tradizionale, ovvero come qualcosa da "opporre" alla pervasività del diritto dell'Unione. Quale, infatti, che sia il contrasto tra il diritto interno e quello europeo, l'eventuale prevalenza del secondo sul primo non potrà realizzarsi attraverso l'estromissione del sindacato accentrato di legittimità costituzionale dal circuito della tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà fondamentali, per cui, se anche il giudice comune dovesse previamente adire la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale<sup>164</sup>, deve sempre restare salva la sindacabilità della conformità della legge interna alla Costituzione da parte del suo giudice.

---

<sup>160</sup> Cfr. A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 83.

<sup>161</sup> L'esistenza di controlimiti relativi ai profili organizzativi dell'ordinamento costituzionale è stata già prospettata in dottrina con riguardo all'articolazione territoriale della Repubblica (P. CARETTI, *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 146) ed all'autonomia della magistratura (U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 509). Sui principi organizzativi come principi supremi, cfr., invece, N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui «principi supremi» d'organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*. Atti del Seminario (Palermo 28-29 maggio 1998), Torino, Giappichelli, 2000, 106 e ss., ma, embrionalmente, già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, 286, il quale per primo pone la questione se devono essere considerati imm modificabili all'interno dell'ordinamento costituzionale non solo i principi che concretano le opzioni ideologiche fondamentali del Costituente ma anche «quel minimo di strutture organizzative» che sono legate a tali principi da «un necessario rapporto di strumentalità».

<sup>162</sup> Sulla circolazione delle teorie dei controlimiti nella giurisprudenza delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri dell'Unione europea nella fase recente cfr. P. FARAGUNA, *Il ruolo delle Corti costituzionali dal principio di apertura alle regole di chiusura dell'ordinamento*, in *DPCE*, 2019, 827 e ss., il quale, secondo una prospettiva che ben si concilia, come si vedrà, con la tesi avanzata nel testo, identifica il fondamento delle ragioni dei controlimiti nell'esistenza di un principio di apertura degli ordinamenti costituzionali.

<sup>163</sup> E ciò per le ragioni che si è cercato di dire a proposito del "parametro misto" in forza del quale la Corte dovrebbe decidere i casi di doppia pregiudizialità: vedi *supra*, § 6.

<sup>164</sup> Nella nostra interpretazione, in caso di norma interna che adempie un obbligo europeo che non lascia discrezionalità al legislatore interno: vedi *supra*, § 5.



In questo senso, il carattere accentrato della giustizia costituzionale è qualcosa di non negoziabile, che non può essere *bypassato* e che impedisce al diritto UE di affermarsi *contro* la Costituzione italiana, perché la supremazia del primo non può comprimere la possibilità riconosciuta al Giudice costituzionale di presidiare la costituzionalità della legge, che costituisce un vero e proprio “controlimita interno” al diritto dell’Unione, da far valere – e che finalmente la giurisprudenza costituzionale ha fatto valere – in quanto elemento della «struttura fondamentale, politica e costituzionale» degli Stati membri cui fa riferimento il comma 2 dell’art. 4 del Trattato UE<sup>165</sup>, oltre che come tradizione costituzionale comune ai sensi dell’art. 6 dello stesso Trattato.

Se si guarda alla giurisdizione costituzionale accentrata in termini di principio supremo, si comprende allora che, dal punto di vista del nostro diritto costituzionale, le ragioni del sindacato accentrato vanno ben al di là degli effetti *erga omnes* delle declaratorie d’incostituzionalità sulla cui base motivano le recenti sentenze della Corte e riguardano l’inserimento del Giudice costituzionale nel circuito della tutela multilivello dei diritti fondamentali, che, nel contesto delle relazioni interordinamentali, appare imprescindibile perché il modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* continui ad avere motivo di esistere. Un fondamentale argomento, infatti, giustifica, dinanzi alle norme sui diritti, l’assoggettamento della legge interna al controllo accentrato di costituzionalità e, cioè, che la sua “non applicazione” da parte del giudice comune, eventualmente all’esito di un rinvio pregiudiziale, darebbe in realtà luogo ad una vera e propria disapplicazione, implicante pur sempre un giudizio di validità.

A tale conclusione non si può non giungere se si pone attenzione al dato che, nei casi di doppia pregiudizialità in materia di libertà fondamentali, il confronto con una norma costituzionale dell’Unione pone, sempre e comunque, una questione di validità della norma interna che va al di là della verifica della violazione indiretta degli art. 11 e. 117 Cost., perché attraverso quella norma il legislatore ha selezionato in astratto uno dei possibili bilanciamenti tra diritti (quelli implicati: antagonisti o concorrenti che siano) che hanno una disciplina costituzionale interna oltre che europea. Ne deriva, dunque, che presumendosi la norma interna costituzionalmente legittima fino alla sentenza di accoglimento della Corte, la sua disapplicazione per contrasto con la norma costituzionale dell’Unione (o con la norma di diritto derivato così come interpretata dalla Corte di giustizia alla luce della Carta UE) priverebbe la Corte della possibilità di vagliarne la compatibilità con la norma costituzionale interna corrispondente che disciplina lo stesso diritto/libertà o prevede lo stesso principio.

---

<sup>165</sup> Un’espressione simile, come si ricorderà, era già contenuta nel testo del Trattato costituzionale europeo (art. I-5), su cui cfr. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2005, 840 e ss., secondo cui la norma avrebbe, di fatto, spezzato il monopolio interpretativo dei giudici interni sulla determinazione dei controlimiti, agevolando «la formazione di vere e proprie consuetudini interpretative, idonee a consolidarsi dunque in indirizzi stabili di produzione-interpretazione giuridica, in forza dei quali gli enunciati costituzionali, in ambito europeo come pure in ambito nazionale, si volgano naturalmente gli uni verso gli altri, alimentandosi e rinnovandosi reciprocamente di senso (in modo circolare, appunto)». Cfr. anche S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine giuridico nazionale* (Introduzione all’incontro di studio tra la Corte costituzionale ed il Tribunale costituzionale federale tedesco, Karlsruhe, 20 novembre 2009), disponibile nel sito istituzionale della Consulta (<http://www.cortecostituzionale.it/>), il quale, in una prospettiva che non pare dissimile dalla nostra, parla dell’evoluzione dei controlimiti in un «sistema uniforme di limiti». Analogamente A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 482 e ss., sottolinea, da un lato, che i principi costituzionali nazionali appartengono alla costituzione materiale dell’Unione, dall’altro, che l’eventuale attivazione dei controlimiti deve essere valutata alla luce della partecipazione del processo d’integrazione europea e, quindi, tenuto conto che il patrimonio costituzionale statale non è più autoreferenziale ma calato in un osmotico sistema di reciproci condizionamenti.

Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità, quindi, ha fatto bene a distinguere il caso in cui venga in considerazione un contrasto con norme costituzionali sui diritti dal caso in cui, invece, l'antinomia tra diritto interno e diritto dell'Unione resti a livello derivato/primario, perché in tale seconda fattispecie la norma interna può davvero dirsi "non applicata" per effetto del consolidato meccanismo basato sull'art. 11 Cost., secondo cui, come arcinoto, l'ordinamento interno si ritrae nelle materie oggetto delle cessioni di sovranità, senza che si ponga alcuna ulteriore questione relativa alla legittimità costituzionale della sua norma. Da quanto sommariamente detto dovrebbe apparire chiaro che l'interpretazione proposta non chiede al giudice comune di rinnegare la prescrittività diffusa della Carta UE, né la superiorità del diritto dell'Unione, ma solo di evitare che la sua applicazione — quando genera dubbi sulla legittimità costituzionale della norma interna — avvenga senza il coinvolgimento della Corte, che verrebbe altrimenti costretta ad abdicare al suo connaturato ruolo di giurisdizione delle libertà<sup>166</sup>.

*Quando e come* si realizzi il "dialogo" che la Corte costituzionale può intraprendere, da un lato, con il giudice comune, dall'altro, con la Corte di giustizia, si comprende, poi, solo alla luce dei due fondamentali aspetti che si è provato ad indagare, ossia il criterio che deve guidare la scelta sull'ordine delle pregiudiziali da promuovere e il parametro che deve essere adottato nel giudizio di legittimità costituzionale. Tali elementi possono adesso essere messi "a sistema".

Dal primo punto di vista, ossia il *quando*, si è avuto modo di dire che, nell'economia del «concorso di rimedi giurisdizionali» di cui parla la Corte, l'inserimento della giustizia costituzionale nel circuito della tutela giurisdizionale si può realizzare secondo diversi schemi, a seconda che il giudizio incidentale avvenga prima o dopo il rinvio ex art. 267 TFUE e che a guidare il giudice comune nella scelta dell'ordine delle questioni pregiudiziali deve essere una valutazione del grado di discrezionalità — rispetto all'adempimento degli obblighi comunitari — che contraddistingue la norma della cui conformità alla Carta UE e alla Costituzione si dubita<sup>167</sup>.

In caso di previo giudizio di costituzionalità ovvero, secondo la ricostruzione che appare preferibile, quando la norma interna ha carattere discrezionale, si danno fondamentalmente due ipotesi di "dialogo": il promovimento del rinvio pregiudiziale, ove la Corte necessiti di un chiarimento interpretativo circa la natura degli effetti della norma europea e/o dubbi della sua conformità all'ordinamento dell'Unione oppure la definizione del giudizio di costituzionalità con riferimento espresso al grado di tutela che la(e) posizione(i) soggettiva(e) controversa(e) nel giudizio *a quo* ha(nno) nell'ordinamento costituzionale interno, anche in relazione alla corrispondente tutela accordata nell'ordinamento dell'Unione. Nel campo della prima ipotesi, il "dialogo" sarà rivolto evidentemente alla Corte di Lussemburgo. Nel campo della seconda, invece, il "dialogo" sarà direttamente con il giudice comune, con la possibile variante determinata dall'eventualità — che abbiamo visto essere sempre possibile<sup>168</sup> — che il giudice *a quo* sollevi rinvio pregiudiziale all'esito del giudizio incidentale, facendosi così esso stesso portatore della tradizione costituzionale nazionale individuata dalla Corte costituzionale.

In caso, invece, di giudizio di legittimità costituzionale che si svolga "a valle" dell'eventuale rinvio pregiudiziale, ossia in caso di norma interna vincolata, la pronuncia della Corte risulterà allo stesso tempo rivolta al giudice comune e alla Corte di giustizia: al primo la Corte dirà se potrà o meno fare applicazione della norma della cui legittimità costituzionale ha dubitato; alla seconda rappresenterà se la norma che il legislatore ha adottato, senza margine di discrezionalità, per adempiere un valido obbligo europeo può considerarsi ragionevolmente sostenibile nell'ordinamento costituzionale italiano oppure se, viceversa, essa non possa trovare cittadinanza. In questo secondo caso, per il

---

<sup>166</sup> Per usare la fortunata e felice formula di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955.

<sup>167</sup> Vedi *supra*, § 5.

<sup>168</sup> Vedi *supra*, §§ 5, 6.

tramite della sentenza della Corte, si crea la premessa perché il nostro ordinamento risulti inadempiente rispetto a un obbligo europeo, ma allo stesso tempo si dà modo alla Corte di giustizia di sapere che la tradizione costituzionale di uno Stato membro non considera legittime determinate misure legislative, dando così un *input* affinché nella sua successiva giurisprudenza essa torni sulla validità della norma europea che richiede quell'attuazione vincolata (perché contrastante, appunto, con i "controlimiti interni" al diritto UE) oppure interpreti la stessa norma come suscettibile di applicazione discrezionale da parte degli Stati, che, a quel punto, potrebbero dare ad essa attuazione attraverso norme interne che considerano costituzionalmente legittime.

Un terzo possibile "schema di dialogo" potrebbe immaginarsi solo per il caso in cui la Corte non intendesse sanzionare con l'inammissibilità, come dovrebbe, secondo la prospettiva qui battuta, la decisione del giudice comune di sollevare previamente questione di legittimità costituzionale a fronte di una norma interna a carattere vincolato. In tal caso, infatti, potrebbe essa stessa a promuovere rinvio pregiudiziale per sciogliere l'eventuale dubbio sugli effetti vincolanti della norma UE e/o ottenere il suo annullamento in caso di contrasto con il diritto dei Trattati o della Carta, mettendosi così nelle condizioni di giungere eventualmente alla declaratoria di incostituzionalità della legge interna solo in caso di contrasto con norma europea realmente vincolante secondo la Corte di giustizia e conforme al diritto UE, ovvero valida.

Quanto, invece, al *come*, ossia la determinazione dell'*ubi consistam* del "dialogare" della Corte costituzionale con gli altri attori della tutela multilivello, ciò che si spera di poter affermare all'esito della presente trattazione è che esso, per non diluirsi in una ideologica rivendicazione di spazio, deve essere ricostruito in relazione non al generico prendere posizioni e maturare orientamenti interpretativi sulle varie questioni sollevate, ma alle funzioni proprie della Corte costituzionale e, in particolare, alle operazioni logiche di giudizio che vengono a contraddistinguere il sindacato incidentale nei casi di doppia pregiudizialità.

In questa prospettiva assume un ruolo centrale il compito della giustizia costituzionale di determinare, ai sensi dell'art. 53 della Carta UE, quale sia il livello di tutela di cui gode un determinato diritto o libertà fondamentale nel nostro ordinamento costituzionale. Che questa sia la sede naturale in cui la Corte può e deve riaffermare le ragioni del sindacato accentrato appare particolarmente evidente sia nel caso del previo controllo di costituzionalità che in quello in cui a venire prima sia il rinvio pregiudiziale, perché in entrambi i casi tale attività avviene nel concreto della fattispecie derivante dal giudizio *a quo*, ossia in relazione alle esigenze regolative dello stesso caso su cui la Corte di giustizia è già intervenuta, a fronte di norme interne vincolate, oppure può essere chiamata a intervenire in seconda battuta, per effetto del rinvio pregiudiziale operato dalla stessa Corte o dal giudice comune a valle del sindacato di costituzionalità, quando si controverta della legittimità di scelte discrezionali del legislatore italiano.

Al riguardo si è avuto modo di rilevare<sup>169</sup> che la determinazione del livello di tutela *ex art.* 53 della Carta si colloca nel cuore del giudizio incidentale, ovvero nella costruzione del parametro di costituzionalità, che, nel caso del sindacato su norma interna contrastante allo stesso tempo con la Carta e con la Costituzione, si dovrebbe realizzare attraverso l'integrazione richiesta dagli artt. 11 e 117 Cost. Così come si è messo in luce<sup>170</sup> che la previsione della maggior tutela, per non risolversi – ancora una volta – in una ideologica deriva del canone dell'interpretazione *magis ut valeant* delle libertà fondamentali, richiede che lo scrutinio di costituzionalità della norma interna avvenga attraverso quello che si è proposto di definire come un "parametro misto", che inglobi la tutela che entrambi gli ordinamenti (europeo ed italiano) accordano a tutte le posizioni soggettive

---

<sup>169</sup> Vedi *supra*, § 6.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

costituzionalmente tutelate che spiegano la loro prescrittività nella fattispecie concreta (la principale e, eventualmente, le antagoniste e/o le concorrenti).

Si può adesso concludere che la formula della “massimizzazione della minor tutela”, la quale condensa il modo in cui le diverse discipline della Carta e della Costituzione (come interpretate dalle rispettive Corti) proteggono tutte le posizioni dedotte, permette di dire che, anche sotto questo ulteriore punto di vista, la teoria dei controlimiti non deve essere abbandonata, ma riletta, rieditata in chiave maggiormente funzionale all’integrazione costituzionale europea. In particolare, si potrà continuare a vedere nella Costituzione un elemento in grado di fungere da “barriera” rispetto all’ingresso del diritto UE, ma lo si dovrà fare nel diverso senso che si concreta nella dinamica interpretativa che presiede alla costruzione del parametro di costituzionalità, ovvero nella misura in cui la Corte o ricavi da essa l’esistenza di un limite non previsto nell’ordinamento europeo o in base ad essa interpreti restrittivamente un limite proprio del diritto UE, così che la sua applicazione sia rispettosa del contenuto essenziale del diritto medesimo secondo il nostro ordinamento costituzionale.

Si può allora raggiungere un’ulteriore conclusione e, cioè, che il carattere accentrato del controllo di costituzionalità, che si è proposto di interpretare come principio supremo dell’ordinamento costituzionale e si è qualificato come controlimite in senso tradizionale, ovvero in chiave “oppositivo-garantista”<sup>171</sup>, rappresenta la precondizione logica, ancor prima che processuale, della rivisitazione in senso “integrativo” della disciplina sostanziale che la Costituzione detta in tema di diritti e libertà fondamentali. Attraverso la dinamica del giudizio incidentale determinata dall’ordine delle questioni e dal parametro, infatti, la giustizia costituzionale accentrata potrebbe – e, secondo chi scrive, dovrebbe – riaffermare la propria centralità nel circuito della tutela giurisdizionale dei diritti trasformando il sindacato sulla costituzionalità della legge in uno strumento per “rappresentare” più che per “difendere”, nel concreto della fattispecie emergente dal giudizio *a quo*, qual è la tradizione costituzionale italiana in punto di tutela di un determinato diritto o libertà fondamentale. Per converso, la Corte di giustizia, che dovesse intervenire sulla medesima fattispecie, per rinvio della Corte stessa o del giudice *a quo*, potrebbe – e, anche qui, negli auspici di chi scrive, dovrebbe – elaborare le tradizioni costituzionali comuni dell’Unione, eventualmente modificandole, in relazione alla precettività che la Costituzione nazionale esprime secondo il suo custode. Ne risulterebbe così accentuata quella sorta di «porosità»<sup>172</sup> che il diritto sovranazionale mostra nei confronti delle tradizioni costituzionali degli Stati membri per effetto dei controlimiti.

Può forse, a questo punto, apparire chiaro in quale senso la ricostruzione proposta nel presente lavoro aspiri a dare un contributo al dibattito sulla revisione dei controlimiti, cercando di offrire sostegno a quelle letture “integrative” che vedono nel sindacato svolto dalla Consulta a tutela dei principi supremi il mezzo per consentire all’ordinamento di far sentire la sua “voce”<sup>173</sup> alla Corte di

---

<sup>171</sup> Dopo l’approvazione della Carta hanno individuato nei controlimiti essenzialmente uno strumento per salvaguardare l’identità costituzionale interna, *ex multis*, G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel “processo costituente europeo”*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2002, 9 e ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 556 e ss.; N. ZANON, *Decisioni della Commissione europea, regolamenti comunitari e indipendenza funzionale del giudice italiano: se discutessimo un po’ di “controlimiti”?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2005.

<sup>172</sup> Così B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, Giappichelli, 2013, 149 e ss.

<sup>173</sup> Si allude con questa espressione alla nota dialettica *Exit/Voice*, teorizzata da O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1970, ed applicata allo studio del diritto dell’Unione europea da J.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 2403 e ss., attraverso la distinzione tra *total Exit*, intesa come cessazione di ogni rapporto dello Stato membro con l’Unione, e *selective Exit*, come sottrazione ad alcune soltanto delle obbligazioni derivanti dalla partecipazione all’U.e. In una non differente prospettiva, di «obiezioni costituzionali» ha invece parlato A. CERRI,

Lussemburgo, nella permanente ricerca dialogica di una dimensione dei diritti che sia davvero comune allo spazio giuridico europeo<sup>174</sup>. Lo sforzo compiuto, infatti, è quello di ancorare la rappresentazione di questa “voce” alle specificità procedurali (il *quando*) e sostanziali (il *come*) che vengono a connotare il giudizio incidentale nei casi di doppia pregiudizialità; tentativo che è stato qui condotto perché alimentato dal convincimento che, al di fuori della dinamica degli istituti processuali, ogni conato di rifondare la giustizia costituzionale nel contesto degli ordinamenti che conoscono una pluralità di sedi giurisdizionali in concorso tra loro finisce per apparire fumoso e velleitario.

A sua volta, la rivisitazione dei controlimiti, come si accennava, induce conclusioni di portata ancor più generale a proposito dell’evoluzione del ruolo e del significato della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione costituzionale europea. Alcune linee di tendenza, tra cui, senz’altro, il progressivo superamento della dottrina della *incorporation*<sup>175</sup>, la portata espansiva dell’interpretazione conforme al diritto UE e l’intrinseca debolezza mostrata dalla distinzione fra principi e diritti<sup>176</sup>, mostrano, infatti, come l’idea che il canone della maggior tutela può vivere solo

---

*L’integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1493. Sottolinea questa duplice interpretazione dei controlimiti anche G. TARLI BARBIERI, *La “scommessa” dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. Nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, Pacini editore, 2016, 183, il quale, nell’analizzare la vicenda *Taricco*, aderisce alla lettura «integrativa e dinamica dei controlimiti, come strumenti di ‘snodo’ e di ‘cerniera’ fra ordinamenti». Cfr. anche A. D’ALOIA, *ult. cit.*, 28, il quale distingue l’originaria funzione «resistenziale, difensiva» dei controlimiti dalla nozione integrativa degli stessi, intesi «come strumento di apprendimento reciproco tra i sistemi e le rispettive Corti», «una risorsa dell’integrazione». In tale prospettiva cfr. anche F. DONATI, *La intangibilità del dettato costituzionale alla luce dei recenti sviluppi del processo di integrazione comunitaria*, in P. Caretti, C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, 560, il quale legge nel rinvio pregiudiziale lo strumento a disposizione delle Corti nazionali per «evidenziare le esigenze irrinunciabili della propria Costituzione, di cui la Corte di Giustizia dovrà evidentemente tenere adeguatamente conto nell’esercizio del proprio sindacato». Riprende le categorie usate nel testo anche P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, 178, il quale afferma che la «decisione delle Corti che più fermamente si sono dichiarate custodi dei controlimiti di attivare in via diretta il rinvio pregiudiziale va perciò considerata una novità significativa, che rispetto alla precedente strategia di auto-esautorarsi mediante un’opzione di «exit» dal circuito, conduce alla possibilità per le Corti stesse di esercitare la loro «voce» nel processo di bilanciamento che potrà svolgere la Corte di giustizia, individuando con l’autorità della loro competenza quali siano i principi costituzionali supremi di cui consiste quell’identità costituzionale degli Stati membri che la Corte di giustizia stessa è chiamata a tutelare». Nello stesso senso, con particolare riferimento alla vicenda *Taricco*, legge il rinvio pregiudiziale come uno strumento che «ha consentito alla Corte costituzionale un ultimo tentativo di salvaguardare i rapporti con l’ordinamento dell’Unione, rinviando l’innesto dei controlimiti e offrendo alla Corte di giustizia una preziosa occasione per *propiziare la pace*», M. NISTICÒ, *ult. cit.*, 268.

<sup>174</sup> Tra i primi, cfr. O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2001, 123 e ss. (di cui, però, si veda anche il ripensamento contenuto in *Id.*, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, 597, in cui questa idea viene definita un «equivoco palese»); M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4500 e ss.; A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», *tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, cit., 512 e ss.; A. CELOTTO e T. GROPPI, *Primaute e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 869 e ss.; A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2014; F. DONATI, *Corte costituzionale, “controlimiti” e rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 256, il quale mette in relazione le potenzialità “dialogiche” dei controlimiti con quelle del rinvio pregiudiziale.

<sup>175</sup> Per uno studio recente sul campo di applicazione della Carta cfr. N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, Franco Angeli, 2018.

<sup>176</sup> Cfr., per tutti, J. DE BURCA, *Fundamental Rights and Citizenship*, in B. De Witte (a cura di), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Firenze,

nei concreti bilanciamenti della giurisprudenza costituzionale finisca per sostanziare la tesi che essa non è più chiamata ad esercitare una funzione essenzialmente contromaggioritaria<sup>177</sup>, ma un ruolo nomofilattico, che consiste nel dar “voce”, nel modo e nel senso chiarito, alla tradizione costituzionale italiana, ossia: a) nel rappresentare alla Corte di giustizia quale sia il livello di tutela apprestato dall’ordinamento nazionale per la concreta fattispecie che viene in considerazione, perché quest’ultima ne possa tenere conto nell’elaborazione delle tradizioni costituzionali comuni; b) nel chiarire al giudice comune lo stesso profilo perché ne tenga conto nell’applicazione, che a lui compete, del diritto UE.

E, a parere di chi scrive, è proprio alla luce della necessità di coniugare l’integrazione costituzionale europea con l’uniforme applicazione del diritto dell’Unione che si comprende che il ruolo che la Corte costituzionale è chiamata oggi a svolgere nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali presuppone una sua trasfigurazione in senso nomofilattico. All’esito di queste pagine, si spera, infatti, di poter affermare che la giustizia costituzionale accentrata trova una nuova ragione d’attualità se non si guarda più ad essa come strumento di limitazione della discrezionalità del legislatore, ma come fattore di contenimento di quei rischi di difformità e parcellizzazione del patrimonio costituzionale europeo cui l’ordinamento dell’Unione è esposto per effetto del ruolo pervasivo del giudice comune e della tendenza che esso innesca verso la diffusione del controllo di costituzionalità. Detto altrimenti, la Corte diventa in questo nuovo contesto «il rimedio contro il rischio di una selezione al rovescio delle forme di tutela, l’argine contro il pericolo che la macchina (ossia l’applicazione diretta della Carta europea dei diritti fondamentali) prenda la mano al macchinista (il giudice comune)»<sup>178</sup>.

Non si può non osservare, poi, che il carattere accentrato della giustizia costituzionale situa la Corte in una posizione strategica per affrontare le sfide della tutela multilivello. Essa, infatti, per un verso, può svolgere, rispetto alla Corte di giustizia, questa sorta di “controllo di costituzionalità con funzione definitorio-nomofilattica della tradizione costituzionale interna”, per l’altro, può dare al giudice comune un “quadro di riferimento” per l’esercizio del bilanciamento che quest’ultimo deve svolgere nel caso concreto, indicandogli quale sia il “diritto vivente europeo” che risulta dall’integrazione dell’identità costituzionale interna nelle tradizioni costituzionali comuni. Il che equivale a dire, specularmente, che la Corte costituzionale può continuare ad essere interprete privilegiato della Costituzione solo nella misura in cui spenda i propri poteri ermeneutici per orientare il “diritto costituzionale vivente” verso la costruzione di una dimensione costituzionale europea, determinando la cornice della tutela che servirà a guidare i bilanciamenti in concreto del giudice comune. In definitiva, quindi, sarà in questa continua opera di “saldatura” tra i vari livelli di tutela e di contrasto all’entropia del sistema, ovvero nella garanzia della sistematicità, della coerenza e dell’uniformità dell’interpretazione dei diritti fondamentali, che la Corte costituzionale potrà continuare a svolgere un ruolo nel contesto costituzionale europeo.

In conclusione, si può, infine, osservare che, anche dal punto di vista del diritto dell’Unione, se non si vuole attestare l’integrazione europea su sterili battaglie di retroguardia, il ripensamento del ruolo della giustizia costituzionale accentrata può essere l’occasione per accettare che il principio della *primauté* può essere considerato sostenibile soltanto alle condizioni stabilite dagli ordinamenti

---

2003, 2 e ss. e A. D’ALOIA, *ult. cit.*, 32, secondo il quale «la pretesa di separare drasticamente principi e diritti si rivela illusoria: tra le due rive ci sono troppi ponti».

<sup>177</sup> Sul punto già A. CARDONE, *ult. cit.*, 70, in cui è parso di poter dire che «in un ordinamento che trascende la dimensione statale e le cui norme sono caratterizzate da supremazia, diretta applicabilità ed efficacia diretta, infatti, più che la necessità di difendere i diritti e le libertà fondamentali dei privati dagli eccessi del legislatore interno rileva l’esigenza di rendere i sistemi normativi statali permeabili ed osmotici al catalogo europeo dei diritti».

<sup>178</sup> Cfr. A. CARDONE, *ult. cit.*, 78.

costituzionali<sup>179</sup>. Se, infatti, alla ricerca di una soluzione dei problemi della doppia pregiudizialità, si vuole trovare una soluzione compatibile con il livello costituzionale cui è giunto il fenomeno dell'integrazione europea, e nel far questo non si vuole diventare più realisti del re, si deve accettare che tutto quello che l'ordinamento UE può richiedere è che «il sistema con cui la giustizia è dispensata dal custode della costituzione 'si accordi' con l'assetto dato al rapporto tra i due ordinamenti dalla Corte di giustizia»<sup>180</sup>.

E se non pare seriamente dubitabile che, già prima del tentativo di introdurre una Costituzione europea<sup>181</sup>, sia stata per prima la Corte di giustizia a considerare l'Unione come un vero e proprio sistema costituzionale<sup>182</sup>, si deve concludere che il punto di equilibrio di questa, ormai perdurante, nuova fase dell'integrazione europea non può che basarsi su una nuova e diversa nozione di "supremazia", che rifletta il superamento dell'anima mercantilistica che ha contraddistinto la genesi, e governato il primo sviluppo, dell'ordinamento UE.

In questo nuovo contesto non c'è più spazio per lo strumentario che ha accompagnato la strutturazione del mercato comune e il principio della *primauté* non può più essere inteso come urgenza e indifferibilità di una disciplina omogenea unilateralmente predisposta in sede europea, ma deve essere piuttosto reinterpretato come necessaria creazione di un *Erlebnis* costituzionale europeo<sup>183</sup>, come integrazione materiale in senso smendiano<sup>184</sup>, con la consapevolezza che la nascita di una "dogmatica dei principi" è l'unico modo per concludere il processo di costituzionalizzazione in atto<sup>185</sup> senza abbandonarsi all'idea di una integrazione meramente procedurale o, forse peggio, a guida esclusivamente carismatica. In questa direzione si spinge la riflessione di questo saggio e solo per tale ragione si spera che essa possa trovare accoglienza.

---

<sup>179</sup> Lo osserva M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, vol. 45 (2008), 700 a partire dal rilievo che con il Trattato di Lisbona è stato scelto di non positivizzare il principio in questione.

<sup>180</sup> Così già A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 2426.

<sup>181</sup> Cfr., *ex multis*, M. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *DPCE*, 2004, 58, e L. CAPPUCCIO, *Le consuetudini internazionali tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2004, 28 e ss.

<sup>182</sup> Cfr., per tutti, U. HALTERN e J.H. WEILER, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario: Alice nel paese degli specchi*, in J.H. Weiler (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, cit., 400 e ss. e R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Milano, Cedam, 2004, 59 e ss.

<sup>183</sup> L'espressione è chiaramente ripresa da W. DILTHEY, *Scritti filosofici (1905-1911)* a cura di P. Rossi, Torino, Utet, 2004.

<sup>184</sup> Secondo la risalente e nota proposta di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, in particolare 136 e 217.

<sup>185</sup> L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, Londra, Allen Lane/The Penguin Press, 2000, 94 e ss.; A. VON BOGDANDY, *Europäische Prinzipienlehre*, in Id., *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Heidelberg, Springer, 2003, 149 e ss.





DILETTA TEGA

## Il superamento del “*modello Granita*”\*. Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale\*\*

SOMMARIO: 1. L'*obiter* della pronuncia n. 269 del 2017. – 2. Il seguito giurisprudenziale: le pagliuzze e le travi. – 3. Prime conclusioni: la prospettiva corretta è quella istituzionale.

### 1. L'*obiter* della pronuncia n. 269 del 2017

«...le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito [...] questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

Sono queste solo alcune delle affermazioni più originali contenute in un articolato *obiter* inserito nella decisione n. 269 del 2017<sup>1</sup>. Tale *obiter* ha espresso la volontà della Corte costituzionale di essere introdotta subito nella conversazione sui diritti fondamentali dotati di “veste” sia italiana sia europea. Ma non ha escluso, in linea di principio, che, qualora sorgessero discordanze interpretative tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, il giudice comune potrebbe alla fine allinearsi alla seconda. In breve, ad oggi, la Corte costituzionale ha voluto rivendicare a sé, nel dialogo con il giudice Ue, il *diritto alla prima parola*<sup>2</sup> e non all'ultima. Senza dubbio la Corte ha fatto un chiaro richiamo all'ordine per i giudici comuni: quando sul tavolo ci sono diritti costituzionali, e non classiche libertà economiche del diritto Ue, è opportuno rivolgersi, in primo luogo, al giudice

---

\* Mi sento onorata di poter partecipare, con un mio contributo, agli Studi in onore di Pasquale Costanzo. Nell'ambito della sua vasta produzione scientifica, mi sono giovata, in particolare, dei numerosi e profondi scritti in tema di giustizia costituzionale e di Carta europea dei diritti fondamentali.

\*\* Il testo è la versione rivista e aggiornata di un più ampio scritto anticipato nei Quaderni costituzionali n. 3/2019.

<sup>1</sup> *Obiter* che, oltre ad aver provocato numerose reazioni dottrinali, è stato anche alla base di interessanti interviste a esperti del tema, a cura di R.G. Conti per *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), dedicate ai temi *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, e *La Carta UE dei diritti fondamentali e i giudici chiamata ad applicarla*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)).

Lo si è definito uno «strumento per “testare” la praticabilità di un approccio a questioni complesse per i soggetti e le relazioni ordinamentali coinvolte» capace di sondare «le reazioni delle giurisdizioni (talvolta anche della cultura giuridica);» di preparare «soluzioni intermedie e aperte alla rimediazione;» prefigurare «i termini della competizione tra sedi giurisdizionali nazionali ed europee», S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)) 13/2019, 1 ss.

<sup>2</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2018, 194-196; sia permesso rinviare anche a D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, ivi, 197-200; M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *DPCE*, 2019, 737 ss.

costituzionale<sup>3</sup>. Del resto, parte della dottrina si era già espressa a favore di una meno granitica applicazione dell'anticipazione della questione comunitaria: Federico Sorrentino, già a commento dell'ordinanza n. 85 del 2002, aveva argomentato a favore dell'ammissibilità del doppio rinvio, ipotizzando anche che fosse ben possibile che una questione di legittimità costituzionale potesse essere proposta prima che il dubbio interpretativo fosse stato sciolto dalla Corte di giustizia<sup>4</sup>. Roberto Romboli aveva sottolineato che la giustificazione, adottata a favore dell'anticipazione della questione comunitaria, non sia condivisibile quando il diritto Ue in discussione non sia direttamente applicabile<sup>5</sup>. La necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale ogni volta che si pone un problema di *costituzionalità europea*, per così dire, era stata proposta da Andrea Cardone, in base all'idea che tra i cd. controlimiti andrebbe annoverato anche il carattere accentrato della giustizia costituzionale ex art. 134 Cost<sup>6</sup>.

A questo punto però vanno dati ai giudici comuni gli esatti termini, anche pratici, del coordinamento<sup>7</sup>. In primo piano c'è la possibilità processuale per la Corte costituzionale di prendere subito parte attiva alle discussioni sulla compatibilità tra leggi nazionali e Carta di Nizza, e di impostarne i termini. Numerose sono state le reazioni sia della dottrina<sup>8</sup>, sia della magistratura, entrambe impegnate nel misurare la distanza dell'*obiter* dalla giurisprudenza consolidata a far data dalla sentenza *Granital*, n. 170 del 1984<sup>9</sup>. Elenco solo alcuni dei più significativi interrogativi che sono stati evidenziati:

i) la questione di costituzionalità va sempre sollevata con precedenza rispetto all'eventuale rinvio pregiudiziale?

ii) è precluso al giudice rimettente, in seguito a un eventuale rigetto (o accoglimento solo parziale) nel merito delle questioni sollevate, di porre gli stessi quesiti alla Corte di Lussemburgo<sup>10</sup> ed, eventualmente, sulla base delle risposte ricevute (se divergenti da quelle del giudice costituzionale), disapplicare la legge italiana?

iii) La innovativa soluzione, pur non mancando certamente di una sua logica e razionalità, può ritenersi in linea con la giurisprudenza Ue?

---

<sup>3</sup> Pasquale Costanzo si è occupato del tema al convegno "Nel sessantesimo della costituzione italiana e della Dichiarazione universale, Bologna 9 giugno 2008" nella relazione: *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea* (in *Rendiconti. Vol. 2: Anni 2007-2008*, a cura di G. De Vergottini G., Bononia University Press, 2009, 342-358 e negli *Studi 2008 di Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) 26.VIII.2008)

<sup>4</sup> F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il «doppio rinvio»?*, in *Giur. Cost.*, 2002, 781 ss., in part. 785.

<sup>5</sup> R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2014, 1 ss., in part. 7.

<sup>6</sup> A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 89 ss.

<sup>7</sup> Il tema era già stato discusso da Pasquale Costanzo, cfr. *Giudici comuni e Corti sopranazionali*, in (a cura di) P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1° giugno 2002*, Torino, Giappichelli, 2003, 583-588.

<sup>8</sup> In merito alle perplessità suscitate dall'*obiter* cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)) 2017.

<sup>9</sup> Si è arrivati a ricordare che scardinare il meccanismo del rinvio pregiudiziale potrebbe portare a un possibile ricorso per infrazione per violazione congiunta degli artt. 4 e 19 TUE, cfr. L.S. Rossi, *Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 16, 2018, 1 ss., in part. 10.

<sup>10</sup> Secondo R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, parte I, col. 2226 ss., per esempio, l'espressione «per altri profili» sta a significare che il giudice potrà fare un rinvio pregiudiziale o procedere alla disapplicazione solo per aspetti diversi rispetto a quelli dichiarati semplicemente infondati dalla Corte costituzionale. La stessa ord. n. 3831/2018 aveva chiesto alla Corte se tale inciso voleva significare che le violazioni della CDFUE escluse nel giudizio costituzionale non potevano più essere oggetto di cognizione da parte del giudice comune.

iv) la garanzia del prioritario intervento della Corte costituzionale si estende anche ai casi in cui la coincidenza opera tra diritti garantiti in Costituzione e diritti fondamentali che *non* sono inseriti nella Carta, o *non solo* in essa, ad esempio perché rilevati dalla Corte (*anche*) in base al meccanismo (tuttora operante come riconosciuto dall’art. 6, comma 3, TUE) del ricorso ai principi generali del diritto<sup>11</sup>?

L’atteggiamento della magistratura non è stato monolitico. La stessa Corte di cassazione ha dato interpretazioni diverse: con la ordinanza n. 3831, ha fatto rinvio alla Corte costituzionale che si è pronunciata con le decisioni nn. 112 e 117 del 2019; mentre in altri casi, così come anche il giudice di merito, ha ritenuto che l’*obiter* non abbia avuto «natura obbligatoria»<sup>12</sup>. Tuttavia, in altre decisioni, sembra avere condiviso lo spirito della svolta.

Non è mancato chi, nel commentare la svolta del 2017, ha manifestato un duplice timore: di un possibile *grave imbarazzo* dei giudici comuni nella loro doppia qualità di giudici nazionali e di giudici del diritto Ue; nonché di una sorta di *ingessatura* del giudice, il cui l’intervento non solo verrebbe ritardato, ma anche espropriato di molte valutazioni essenziali, tra cui la strada più opportuna per rendere giustizia il prima possibile<sup>13</sup>.

L’*obiter* ha segnato l’avvio di un ripensamento interpretativo che qualche inquietudine al giudice di Lussemburgo deve averla data, considerato che proprio con riferimento alla riforma francese in merito alla questione prioritaria di costituzionalità esso, pur avendola ritenuta conforme, ha affermato che il canale di comunicazione tra il giudice comune e la Corte Ue deve restare libero (il giudice non può in alcun modo essere impedito nell’esercizio delle facoltà, o nell’adempimento dell’obbligo, di sottoporre questioni pregiudiziali) e che non sono ammesse interferenze nemmeno per effetto di norme interne che prevedano procedimenti incidentali di controllo della legittimità costituzionale delle leggi e ad essi attribuiscono carattere prioritario<sup>14</sup>.

## *2. Il seguito giurisprudenziale: le pagliuzze e le travi*

La Corte è tornata sul tema nel 2019 con quattro decisioni: le pronunce nn. 20, 63, 112 e 117<sup>15</sup>. Le sentenze, nel rispondere ad alcuni dei dubbi già messi in evidenza, contengono elementi sia di *rassicurazione* tanto per il giudice nazionale quanto per quello del Lussemburgo, sia di *conferma* della spinta a un superamento dell’assetto che si era venuto ad affermare dalla decisione n. 170 del 1984 in poi.

Iniziamo dalle *rassicurazioni*. Già con la sentenza n. 20 e, poi con la successiva n. 63, si chiarisce che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia, sulla medesima disciplina sulla quale

---

<sup>11</sup> R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)) 1/2018, 1 ss., in part. 31.

<sup>12</sup> A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 3/2018, 1 ss.

M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2019, 1 ss., in part. 3-7.

<sup>13</sup> G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all’orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 2019.

<sup>14</sup> Melki e Abdeli, C-188 e 189/10, sp. §§ 44-45 Sono conferme anche le più recenti decisioni del 2017 e 2018 *Global Starnet*, C-322/16, §23, nonché XC, YB, ZA, C-234/17, §§ 41-44.

<sup>15</sup> Cfr., tra i molti che le hanno commentate, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 13/2019, 1 ss.; A. ANZON, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 6/2019, 179 ss.

si pronuncia la Corte costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale. Rimangono liberi di farlo anche dopo il giudizio incidentale di legittimità. Sono altrettanto liberi di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta (che possiedano efficacia diretta). Del resto, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, a parere della Corte, un concorso di rimedi giurisdizionali che arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione. Si superano così le letture più preoccupate dell'*obiter* secondo cui, dopo la sua decisione, il giudice comune può fare rinvio alla Corte di giustizia se sospetta la norma incompatibile con il diritto dell'Unione solo «per altri profili» rispetto a quelli decisi dalla Corte costituzionale. La preoccupazione era legittima, ma eccessiva: e questo è ormai chiarito<sup>16</sup>.

Veniamo alle *conferme* del superamento dell'assetto consolidato in nome del fondamento dell'architettura costituzionale giocato dal sindacato accentratore di costituzionalità delle leggi. Le ordinanze di rimessione vengono tutte ritenute ammissibili, proprio in applicazione all'*obiter* del 2017. I giudici costituzionali, in una sorta di ulteriore *obiter*<sup>17</sup>, ritengono che il concorso di rimedi che si viene a creare consenta «di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti»<sup>18</sup>. Non è affermazione da poco: sembrerebbe derivarne un ruolo da interpreti del diritto primario Ue e anche di quelle tradizioni costituzionali comuni che, al contrario, sono fonti che dovrebbero orientare l'esercizio interpretativo della CGUE quando è chiamata ad applicare disposizioni della Carta<sup>19</sup>. La Corte poi giudica alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei, comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato<sup>20</sup>. Nel caso nella decisione n. 20 del 2019 lo scrutinio è stato condotto alla stregua del parametro costituzionale interno (artt. 2, 3, 13 Cost.), come integrato dai principi di derivazione europea, ed ha portato ad un annullamento parziale della normativa per violazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza limitatamente all'obbligo imposto a tutti i titolari di incarichi

---

<sup>16</sup> M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*. *Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 13-14.

<sup>17</sup> Come lo definisce S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, cit.,

<sup>18</sup> Sentenza n. 20 del 2019, punto 2.3. del Considerato in diritto.

<sup>19</sup> Così F. MARTINES, *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 1/2018, 1 ss., in part. 15-16; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio Custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea* (<http://www.dirittounioneuropea.eu/>), 1/2019, 87 ss.

In relazione all'esigenza di approfondire il concetto di tradizioni costituzionali comuni, ci si è chiesti con quale modalità le corti costituzionali nazionali possano contribuire alla conoscenza e alla diffusione della propria tradizione costituzionale e della propria identità costituzionale nazionale, cfr. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, 5, al sito telematico della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>20</sup> R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., in part. 26-27, a tal proposito, svolge osservazioni interessanti: a seconda di come la Corte interpreta questo inciso i risultati potranno essere molto diversi, potendo applicarsi solo il parametro interno, con priorità su quello europeo, oppure usare la Carta come parametro interposto, attraverso gli artt. 11 e 17, primo comma, Cost., (2018 26-27). Lo stesso A. afferma che la soluzione potrebbe rinvenirsi nella giurisprudenza inaugurata da *Åkerberg Fransson* in cui l'art. 53 della Carta viene inteso «riconoscere agli Stati membri la facoltà di applicare *in prima battuta* il sistema costituzionale interno per il giudizio sulle leggi nazionali anche se esse intervengono nel campo di applicazione del diritto europeo, qualora quest'ultimo *non determini totalmente* l'attività legislativa nazionale ma riconosca agli Stati membri un margine di discrezionalità», facoltà condizionata dalla possibile, successiva verifica del giudice nazionale (eventualmente della Corte di giustizia).

dirigenziali, senza alcuna distinzione fra di essi, di pubblicare le dichiarazioni dei redditi<sup>21</sup>. Nella pronuncia n. 112 del 2019 che risponde – insieme all’ordinanza n. 117, all’articolata rimessione operata dalla cassazione con l’ordinanza n. 3831 di cui abbiamo detto poco sopra – l’illegittimità costituzionale della previsione della confisca obbligatoria del prodotto dell’illecito amministrativo e dei beni utilizzati per commetterlo è stata basata sul contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 1 del protocollo addizionale Cedu, nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, paragrafo 3, CDFUE.

Nel vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta, essa potrà dunque valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla CDFUE, anche «attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta [...]»<sup>22</sup>. Quindi, con l’ausilio della Corte di giustizia che non rimane fuori dalla partita, come si dimostra con l’ordinanza n. 117 del 2019. Infine, le violazioni dei diritti della persona richiedono la necessità di un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale tutte le volte in cui il giudice comune sollevi una questione che coinvolga non solo le norme della CDFUE, ma anche quando essa abbia a che fare con il diritto secondario dell’Unione, che corrisponda ai diritti protetti dalla CDFUE<sup>23</sup>.

Tuttavia, il rinvio operato dall’ordinanza n. 117 del 2019 è diverso da quello ipotizzato dall’ordinanza della Cassazione. Si tratta, nella sostanza, di un rinvio che riguarda la validità del diritto derivato, oltre, e forse più, che l’interpretazione della CDFUE. Pare quasi la messa in pratica di quanto Sergio Panunzio aveva suggerito tempo fa (e di quanto la stessa Corte aveva già fatto nella ordinanza n. 24 del 2017): chiedere, nei casi più delicati, alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla interpretazione e validità dell’atto comunitario che pone problemi di conformità alla garanzia dei diritti fondamentali e, in *extrema ratio*, applicare la dottrina dei controlimiti, invalidando *in parte qua* la norma del Trattato su cui si fonda l’atto comunitario lesivo, impedendo la operatività del medesimo e della stessa sentenza resa dalla Corte di Lussemburgo a seguito del rinvio pregiudiziale<sup>24</sup>.

Rimangono almeno tre *incertezze* significative. La prima; che cosa ne è stato dell’inversione dell’ordine delle pregiudiziali, contenuta nell’*obiter* del 2017? Iniziamo col dire che il giudice comune in tutti i casi che abbiamo visto si era rivolto *spontaneamente* al giudice costituzionale che, dunque, non ha faticato a prendersi «la prima parola». Il giudice remittente, la cui ordinanza viene decisa dalla pronuncia n. 20<sup>25</sup>, sapeva bene che in un caso analogo la Corte di giustizia aveva lasciato al giudice del rinvio la valutazione sul corretto bilanciamento tra diritto alla tutela dei dati personali e quello dell’accesso ai dati delle pubbliche amministrazioni, escludendo che l’avesse compiuta

---

<sup>21</sup> Critico sulla decisione n. 20, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2019/I, 113 ss.; Id., *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 2/2019, 1 ss.; così come R.G. CONTI, si veda, per esempio, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta: questo matrimonio s’ha da fare o no?* in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 4 marzo 2019.

<sup>22</sup> Come era stato raccomandato da più parti, cfr., tra gli altri, L.S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale”*, cit., 7; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 2/2018, 1 ss., in part. 3.

<sup>23</sup> G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019*, cit., a tale proposito ha scritto di «macroscopico effetto estensivo» del precedente *obiter*.

La Corte sente la necessità di ribadire questa posizione anche laddove non ce ne sarebbe stato bisogno: per esempio nella pronuncia n. 63/2019 nella quale l’ordinanza di rimessione era incentrata sulla Cedu e sfiorava appena la Carta.

<sup>24</sup> Si rinvia al § 7.1. del Considerato in Diritto. S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in a cura di Id., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 29.

<sup>25</sup> Ordinanza depositata nella Cancelleria della Corte precedentemente alla decisione n. 269/2017.

direttiva comunitaria in oggetto, per quanto contenente norme direttamente applicabili<sup>26</sup>. Al momento viene da concludere che l'anticipazione del giudizio in via incidentale appare una via possibile, ma non obbligatoria, una via che va preservata «[...] in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale». Sia permessa una duplice osservazione finale: qualora le pronunce di Palazzo della Consulta del 2019 avessero realmente inteso smorzare la priorità del giudizio incidentale – riducendola da precedenza in senso tecnico, giuridicamente doverosa, a più tenue opportunità, se non proprio a mera proposta metodologica – ciò metterebbe in discussione il principale argomento posto alla base della precisazione e forse quello più caratterizzante il superamento del modello *Granital*; e che in ogni caso andrebbe spiegato al giudice comune come utilizzare questa possibilità<sup>27</sup>.

La seconda: nelle pronunce nn. 63 e 117 del 2019 viene affermato che i giudici nazionali hanno «il dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Ma questa precisazione, pietra miliare del modello tradizionale, può sembrare in contrasto con l'*obiter* del 2017: è proprio grazie all'aver mancato al dovere di disapplicazione che la Corte costituzionale esamina e dichiara ammissibili le questioni. Questa affermazione va letta alla luce della decisione n. 269 del 2017, ammettendo un contemperamento a tale dovere di disapplicazione che, quantomeno viene ritardato dal passaggio in Corte?

La terza: la Corte pare stia virando verso il monismo, abbandonando la logica duale. L'ordinanza n. 117 mostra una profonda conoscenza della giurisprudenza delle Corti Edu e di quella del Lussemburgo, tanto che svolge un rinvio anche di validità<sup>28</sup>. In questo senso mi pare si possa dire che la Corte italiana abbia seguito ciò che Joseph H. H. Weiler propose al Convegno AIC del 1999: «Le supreme Corti dovrebbero non soltanto rivolgere questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, ma dovrebbero configurare queste ultime non come domande, ma come proposte di soluzione, che spieghino dettagliatamente le ragioni per cui tali proposte siano preferibili nella prospettiva della sensibilità costituzionale della Corte che opera il rinvio. Questo costringerebbe anche la Corte di giustizia europea a prendere in considerazione, a riflettere su e a rispondere a tale sensibilità costituzionale e, nel caso in cui se ne discosti, a giustificare la sua scelta»<sup>29</sup>. Tuttavia, il richiamo, contenuto nell'ordinanza, della Costituzione congiunto con documenti di diritto internazionale e comunitario, evocati come se fossero tutti sullo stesso piano ha già alimentato «la speranza che prima o poi l'atteso riconoscimento della parità delle Carte finalmente si abbia»<sup>30</sup>, Antonio Ruggeri ritiene inoltre che la soluzione ottimale sia, dunque, quella che vede «tutte le Carte simultaneamente affermarsi, alimentandosi e rigenerandosi senza sosta a vicenda»<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Ritenuto in fatto, § 1.12.

<sup>27</sup> M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit.; sull'ordine delle pregiudiziali si veda S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2019.

<sup>28</sup> Va segnalato che l'ordinanza n. 117 è, inusualmente, articolata in un *Ritenuto in fatto* e in un *Considerato in diritto*. Questa articolazione potrebbe essere dovuta, oltre ad un elaborato rinvio pregiudiziale, all'intenzione di «valorizzare» J.J.H. WEILER l'articolata ordinanza di rimessione della Cassazione.

<sup>29</sup> J.J.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quad. cost.*, 2000, 5 ss., in part. 13-14.

<sup>30</sup> A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del «dialogo» con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2019/II, 242 ss., in part. 246.

<sup>31</sup> *Rapporti interordinamentali*, cit., l'A. trova una conferma anche nelle decisioni nn. 24, 25 e 26 del 2019. Antonio Ruggeri non esclude, per un aprioristico orientamento, che quest'esito possa dimostrarsi talora non raggiungibile, se non a costo di palesi e vistose forzature dei testi, malgrado la strutturale duttilità ed apertura semantica dei loro enunciati. Non ha dubbi comunque che verso di esso si debba risolutamente puntare, producendo ogni sforzo possibile e sollecitando i canoni che presiedono all'interpretazione al massimo del loro rendimento possibile, in part. 24.

Il Relatore stesso, del resto, ha espresso<sup>32</sup> l’auspicio di muoversi in direzione di una prospettiva almeno *tendenzialmente monistica*<sup>33</sup>: «La prospettiva di una tutela integrata dei diritti fondamentali implica, infatti, il riconoscimento che *ogni* giudice nazionale – compresa la stessa Corte costituzionale! – è, in quanto garante dei «diritti inviolabili dell’uomo», *al tempo stesso* giudice della Costituzione, della Convenzione e della Carta, nonché degli altri strumenti internazionali che – in un contesto di *pluralisme ordonné*, per riprendere l’efficace immagine di Delmas-Marty – concorrono al riconoscimento e alla garanzia di tali diritti, a cominciare dal Patto internazionale sui diritti civili e politici».

Ma è davvero opportuno e possibile muoversi in questa direzione<sup>34</sup>? Criteri simili, è stato fatto notare, «sono intrinsecamente inadeguati a risolvere i conflitti tra diritti, per la struttura relazionale che li connota»<sup>35</sup>.

### *3. Prime conclusioni: la prospettiva corretta è quella istituzionale*

La prima evidenza di quanto si è venuto dicendo è che l’Unione europea ha costruito un sistema di autolegittimazione tendenzialmente perfetto attraverso il primato, l’effetto diretto e il rinvio pregiudiziale. La giurisprudenza della CGUE da questo punto di vista ha fornito assist preziosi, anche grazie al formidabile aiuto che le ha fornito il giudice nazionale. Da questa visuale, sorprende poco che sia la Cassazione francese<sup>36</sup>, quanto quella austriaca<sup>37</sup> abbiano portato davanti alla CGUE i tentativi che, nei rispettivi ordinamenti, miravano a ridurne l’autonomia nell’utilizzo dello strumento del rinvio.

La seconda è che, almeno per quanto concerne il nostro ordinamento, la Corte costituzionale dopo aver stentato ad adeguarsi, lo ha fatto dalla pronuncia *Granital* in poi con un atteggiamento

---

<sup>32</sup> F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 481 ss., in part. 494.

<sup>33</sup>In tema, si veda la riflessione di G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L’interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in *Diritto e questioni pubbliche* (<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/index.htm>), 2/2018, 315 ss., sulla cd. interlegalità, descritta come la dimensione in cui il diritto non deriva né può farsi dipendere in modo esclusivo da uno tra i singoli ordini giuridici, in part. 330.

<sup>34</sup> *Contra*, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, pubblicata anche in *Quad. cost.*, 1/2018, 149 ss. Lo stesso A., in realtà aveva già sostenuto posizioni simili, ben prima di essere eletto giudice costituzionale, cfr. ID., *I (non ancora chiari) “vincoli” internazionali e comunitari nel primo comma dell’art. 117 della Costituzione*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta il 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, 107 ss.; ID., *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quad. cost.*, 2/2007, 335 ss.; ID., *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di P. Bilancia, E. De Marco, Milano, Giuffrè, 2004, 89 ss.

Da ultimo, R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 2019, 11 ss.; ID., *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018.

<sup>35</sup> M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 6.

<sup>36</sup> Pasquale Costanzo ha seguito queste problematiche, per esempio, in *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2010. 30.V.10.

<sup>37</sup> Cfr. la pronuncia *A. contro B. e altri*, dell’11 settembre 2014, C-112/13, nella quale la Cassazione metteva in discussione una pronuncia del *Verfassungsgerichtshof* austriaco che allargava il suo controllo di costituzionalità delle leggi alle disposizioni della CDFUE, si veda R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. Cost.*, 2014, 4089 ss., in part. 4098; A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 2014, per il quale la decisione della Corte costituzionale austriaca è rivelatrice della tendenza a *rinazionalizzare la tutela dei diritti fondamentali e a riaffermare il ruolo centrale che hanno da giocare le corti costituzionali nazionali*. Peraltro, va ricordato che, in entrambe le decisioni la CGUE fornisce al giudice i chiarimenti necessari per risolvere direttamente la questione.

che, nei risultati, è stato collaborativo certamente, ma allo stesso tempo criticabile, in particolare per l'*estraniamiento* in cui si è rinchiusa, rifiutando di ritenersi legittimata a utilizzare il rinvio. Una modalità relazionale improntata in questo modo non è più sostenibile. Non lo è più almeno per tre motivi: *i*) il tema dei diritti è entrato nell'orbita del diritto primario Ue<sup>38</sup>; *ii*) si sono sviluppate dinamiche istituzionali interne complesse in base alle quali il giudice comune nazionale ha visto aumentare la portata del proprio ruolo e, in non pochi casi, l'entusiasmo lo ha portato ad un'interpretazione disinvolta delle fonti del diritto a propria disposizione; *iii*) in un sistema di giustizia costituzionale come quello italiano tutto ciò si è tradotto, come abbiamo detto, in una vera e propria crisi del giudizio incidentale. È in questa prospettiva eminentemente istituzionale che va letta la svolta operata dalla giurisprudenza costituzionale.

Sul tavolo c'è già un'ipotesi (provocatoria) avanzata da Roberto Romboli<sup>39</sup>: la trasformazione del nostro modello misto in uno *duale*, con previsione di un modello diffuso accanto a quello accentrato. Il giudice avrebbe l'alternativa fra disapplicazione e proponimento della questione di costituzionalità, quello di ultima istanza anche in caso di disapplicazione sarebbe tenuto a rimettere altresì la questione alla Corte costituzionale, sulla base della sola non manifesta infondatezza (per definizione la disapplicazione esclude la rilevanza). Questo consentirebbe alla Corte di procedere alla dichiarazione di incostituzionalità e di eliminare l'atto normativo dall'ordinamento o di fornire indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata. Nel caso in cui sussistano dubbi relativamente alla corretta interpretazione del diritto Ue il giudice potrà sempre chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo, all'esito del quale procedere di conseguenza, secondo i casi, a disapplicare o a sollevare questione di costituzionalità.

I futuri pronunciamenti dei tre interlocutori giudiziari diranno il grado di consolidamento e di rendimento del nuovo modello, certamente non esente da complessità sul piano sistemico<sup>40</sup>. In particolare, la risposta al rinvio pregiudiziale, da ultimo proposto dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 117/2019, svelerà l'orientamento dei giudici del Lussemburgo nei confronti del nostro ordinamento: sarà *tollerante*, scegliendo di confermare o aumentare le concessioni già fatte all'ordinamento francese? O, piuttosto, sarà invece di segno opposto? In quest'ultima evenienza, mi chiedo, se il dovere di disapplicazione potrebbe essere neutralizzato dal controlimite offerto dal rispetto di uno dei principi fondamentali che è lo stesso ordinamento ad opporre<sup>41</sup>. Del resto, come già fatto con il sistema Cedu, la Corte costituzionale torna a ribadire il proprio dovere di compiere il bilanciamento con tutti i diritti, costituzionali/nazionali e Ue. In tale opera di bilanciamento sono insiti due principi fondamentali: quello della massima espansione delle libertà e delle garanzie, teorizzato da Paolo Barile, e quello della necessità che la tutela sia sistemica e non frazionata (sent. n. 317/2009). Potrebbe, e con quali risultati, ciascuno di questi due principi entrare a far parte del bagaglio dei cd. controlimiti?

Certamente ci si troverebbe a utilizzare uno strumento molto meno dialogante e più estremo della svolta giurisprudenziale inaugurata con l'*obiter* del 2017, che, per di più, non avrebbe nemmeno la potenzialità di *rinverdire* il boccheggianti giudizio in via incidentale.

---

<sup>38</sup> Non va dimenticato del resto il tono perentorio del parere 2/13 con cui la CGUE chiude la porta all'adesione alla Cedu, cfr. §§ 170, 189, 194, 199, 207, 225, 227, 238, 242.

<sup>39</sup> *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2014, 1 ss., in part. 31.

<sup>40</sup> C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2014, 1 ss., in part. 14.

<sup>41</sup> Così in riferimento al cd. modello Taricco, M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, 187.



ENRICO ALBANESI

## A protezione del Veglio di Creta. Il ruolo costituzionale della procedura d'infrazione dell'UE a garanzia del ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale

SOMMARIO: 1. La natura costituzionale dei rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla Corte di giustizia e, in particolare, della procedura d'infrazione. Specifica ipotesi di ricerca con riguardo a quest'ultima. – 2. Il ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale, «cerniera» tra ordinamento dell'Unione europea o ordinamenti nazionali. – 3. Il Veglio di Creta. La riluttanza di alcune Corti costituzionali dei Paesi membri ad attivare il rinvio pregiudiziale e l'aberrante deriva in Polonia (le sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio). – 4. Recenti sviluppi. Il ruolo costituzionale della procedura d'infrazione a garanzia del ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale: a) la condanna della Francia per mancato adempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale (4 ottobre 2018, C-416/17) e le prospettive aperte; – 5. (segue): b) l'avvio della procedura d'infrazione verso la Polonia per le misure disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio pregiudiziale (3 aprile 2019). – 6. Conclusioni.

1. *La natura costituzionale dei rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla Corte di giustizia e, in particolare, della procedura d'infrazione. Specifica ipotesi di ricerca con riguardo a quest'ultima*

Nel suo *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*<sup>1</sup>, Pasquale Costanzo legge a più riprese il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea ed i rimedi giurisdizionali esperibili di fronte ad essa, secondo una chiave di lettura strettamente costituzionale.

Secondo l'Autore, infatti, non solo la Corte di giustizia avrebbe nel corso degli anni concorso ad una «costituzionalizzazione giudiziaria sostanziale» di alcuni settori, venendo quindi essa a colmare alcune «lacune» nei Trattati<sup>2</sup>. A monte di ciò, le competenze stesse della Corte, funzionali al chiarimento della latitudine delle rispettive competenze tra Unione e Stati membri, si porrebbero come tipiche di «uno Stato costituzionalmente e territorialmente decentrato»<sup>3</sup>: tali da potersi parlare di «un ruolo di carattere costituzionale» della Corte di giustizia (in questo caso, contrapposta al Tribunale, accomunato piuttosto ad un organo giurisdizionale a carattere amministrativo)<sup>4</sup>.

Nell'esaminare poi i rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla Corte di giustizia, Costanzo ne sottolinea la «valenza costituzionale [...] intrinseca», specie in ragione del parametro alla luce del quale i controlli sono svolti dalla Corte, in quanto funzionali a censurare le violazioni dirette ed indirette (ossia gli atti applicativi) dei Trattati. Quantunque si tratti di un controllo generale di legittimità simile a quello conferito nel nostro ordinamento e in quello francese ai giudici amministrativi, sottolinea l'Autore, «è il parametro di tale controllo a fare la differenza», appunto

---

<sup>1</sup> Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, V ed., Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>2</sup> Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, 335.

<sup>3</sup> *Ibidem*. Il dibattito sull'assimilabilità del ruolo della Corte di giustizia a quello di una Corte federale è assai articolato. Alcuni Autori l'hanno affermata senz'altro (cfr. A. HINAREJOS, *Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 1 ss.); altri hanno parlato piuttosto di «quasi-federal disputes» (cfr. F. HOFFMEISTER, *The Constitutional Functions of the European Court of Justice*, in I. Pernice-J. Kokott-C. Saunders (a cura di), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 2006, 143); altri hanno rimarcato le differenze tra i due tipi di Corte (cfr. M. ROSENFELD, *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4/2006, 33 ss.).

<sup>4</sup> Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, 351.

in chiave costituzionale<sup>5</sup>. Ciò accomuna gran parte dei rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla Corte di giustizia: non solo le azioni in senso stretto (quali l'azione di annullamento, l'azione c.d. in carenza, le azioni risarcitorie) ma anche la procedura d'infrazione, comunque rientrante «nel concetto ampio (e complesso) di legalità nell'ambito dell'Unione europea»<sup>6</sup>.

Sulla scia delle appena richiamate chiavi di lettura avanzate da Costanzo, in un recente lavoro monografico ho tentato di riprendere e sviluppare la ricostruzione in termini costituzionali, in particolare, della procedura in infrazione<sup>7</sup>.

Nell'opera, si è cercato di riflettere in particolare sulla natura costituzionale del parametro alla luce del quale la procedura d'infrazione è condotta. Richiamandosi poi categorie familiari alla dottrina costituzionalistica italiana<sup>8</sup>, si è tentato di far emergere le funzioni, rispettivamente, di controllo e garanzia costituzionale, svolte dalla Commissione nella fase precontenziosa e dalla Corte di giustizia nella fase contenziosa della procedura<sup>9</sup>. Per poi, infine, affrontarsi alcune questioni che investono la procedura d'infrazione e che sono parse di rilievo costituzionale, inquadrandole peraltro nel contesto teorico del pluralismo costituzionale, quale chiave di lettura dei rapporti tra ordinamento dell'Unione europea ed ordinamenti degli Stati membri<sup>10</sup>. Tra le altre questioni, ci si è ad esempio chiesti se la procedura d'infrazione possa essere utilizzata come strumento a salvaguardia dei valori fondamentali dell'Unione europea di cui all'art. 2 TUE<sup>11</sup>. Oppure se la procedura d'infrazione possa essere utilizzata come strumento per sanzionare la violazione da parte degli Stati membri (specie delle loro Corti Supreme, in particolare costituzionali) dell'obbligo di sottoporre questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, in particolare in caso di *espresso* disconoscimento da parte di un giudice di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o di un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale<sup>12</sup>.

Quest'ultima questione veniva risolta in senso positivo nella monografia, in via però del tutto ipotetica.

Da allora, la Corte di giustizia nell'ottobre 2018 ha condannato per la prima volta uno Stato membro (la Francia) per violazione dell'obbligo di sollevare questione di pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>13</sup>. Dal canto suo, la Commissione europea nell'aprile 2019 ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti di un altro Stato membro (la Polonia) per una legge che, riformando il sistema delle misure disciplinari nei confronti dei giudici, espone questi ultimi al rischio di vedersi irrogare tali sanzioni ove sollevino questione pregiudiziale (*sic*)<sup>14</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, 355. *Contra*, B. VESTERDOF, *A Constitutional Court for the EU?*, in I. Pernice-J. Kokott-C. Saunders (a cura di), *op. cit.*, 83 ss., il quale, ragionando delle competenze della Corte di giustizia in generale, nega che esse abbiano dimensione costituzionale, potendosi secondo l'Autore riconoscere tale qualifica solo ai casi in cui la Corte di giustizia si occupi di questioni attinenti alla distribuzione dei poteri tra i vari organi dell'Unione o la tutela dei diritti fondamentali stabiliti dai Trattati. Secondo tale chiave di lettura non avrebbero dunque di per sé valenza costituzionale i giudizi svolti dalla Corte in relazione all'azione di annullamento, all'azione in carenza, alla procedura d'infrazione, alla procedura pregiudiziale (salvo rari casi) né quelli resi in appello. Non si riesce davvero a comprendere però perché in questa chiave di lettura il riconoscimento di una dimensione costituzionale sia limitata alle sole procedure pregiudiziali che coinvolgono direttive in materia ambientale.

<sup>6</sup> Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, 363.

<sup>7</sup> Cfr. E. ALBANESI, *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2018, specie 181-187.

<sup>8</sup> Cfr. S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (Presupposti e concetti)*, Giuffrè, Milano, 1950 e Id., *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1963.

<sup>9</sup> Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie 187-201.

<sup>10</sup> Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie 61-89.

<sup>11</sup> Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie 241-263.

<sup>12</sup> Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie 273-280.

<sup>13</sup> Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 4 ottobre 2018, C-416/17, *Commissione c. Repubblica francese*.

<sup>14</sup> Cfr. *EU Commission Press Release*, 3 aprile 2019.

Si tratta di due casi concreti che, sembra potersi ritenere, avvalorano le ricostruzioni teoriche allora svolte e che, da differenti prospettive, gettano nuova luce su di esse e giustificano quindi la scelta di riprendere in mano in questa sede quella questione.

L'ipotesi di ricerca che si intende dunque qui avanzare è che, attraverso questi due casi, la procedura d'infrazione sia venuta concretamente ad assumere la funzione *costituzionale*, tra le altre, di garanzia della funzione *metacostituzionale* del rinvio pregiudiziale.

Per comprendere cosa si intenda con ciò, è necessario partire dalla funzione metacostituzionale svolta dal rinvio pregiudiziale (paragrafo 2) ed esaminarne l'effettiva tenuta (paragrafo 3); per analizzare quindi successivamente i due casi concreti del 2018-2019 (paragrafi 4 e 5) e, dopo avere esaminato alcune questioni sul tappeto, giungere quindi a provare l'ipotesi di ricerca appena avanzata (paragrafo 6).

## *2. Il ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale, «cerniera» tra ordinamento dell'Unione europea o ordinamenti nazionali*

Nel celebre parere reso nell'ottobre 2014 sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia ebbe modo di definire il rinvio pregiudiziale come la «chiave di volta» del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati.

Tale sistema si caratterizza per il fatto che spetta ai giudici nazionali ed alla Corte di giustizia garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione europea nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione. In tale contesto, scrive la Corte nel parere, il procedimento di rinvio pregiudiziale, «instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'interpretazione del diritto dell'Unione [...], permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati»<sup>15</sup>.

In altri termini, il rinvio pregiudiziale è dunque in definitiva l'istituto che Costanzo definisce la «cerniera» tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamenti nazionali<sup>16</sup>. La sede principale<sup>17</sup>, dunque, nella quale può svolgersi quel dialogo tra Corte di giustizia e giudizi nazionali<sup>18</sup> che, nell'ottica del *constitutional pluralism*, alcuni Autori (quali, ad esempio, Walker e Maduro) individuano proprio come soluzione procedurale ai potenziali conflitti tra i due ordinamenti<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte di giustizia (Seduta plenaria), parere 18 dicembre 2014, 2/13, paragrafo 176.

<sup>16</sup> Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, 370.

<sup>17</sup> Altre forme di dialogo ufficiali sono quelle che sono state definite «co-operation in the case law», cioè il dialogo «quotidiano» attraverso l'ordinaria produzione giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia e delle Corti nazionali (cfr. C. TIMMERMANS, *Multilevel Judicial Co-operation*, in P. Cardonnel-A. Rosas-N. Wahl (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 2012, 20); oppure le forme di «dialogo nascosto», quale ad esempio la doppia pregiudizialità (cfr. G. MARTINICO, *Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of 'Hidden Dialogue'*, in *King's Law Journal*, 2009, 309 ss. nonché *Id.*, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The frustrating knot of Europe*, Routledge, London/New York, 2013, 135 ss.). Ma non mancano neppure forme di dialogo informale, quali incontri periodici organizzati dalla Corte di giustizia con i giudici nazionali o visite di delegazioni delle Corti nazionali a Lussemburgo, sulle quali cfr. ancora C. TIMMERMANS, *op. cit.*, 15 ss.

<sup>18</sup> Sul quale cfr., per tutti, G. MARTINICO, *op. cit.*, 133 ss. nonché, anche con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, G. MARTINICO-O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)/Northampton (MA), 2012.

<sup>19</sup> Si vedano in particolare N. WALKER, *Sovereignty in the European Union*, e M.P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 2003, 29 e 513.

Ovviamente l'esistenza di un siffatto strumento ufficiale di dialogo non esclude di per sé l'impossibilità di ricomporre divergenze interpretative tra la Corte di giustizia e le Corti nazionali<sup>20</sup>, specie ove vengano in rilievo i principi supremi dell'ordinamento costituzionale di uno Stato membro. I casi *Melloni*<sup>21</sup> e *Taricco*<sup>22</sup> (se pur comunque risoltisi, il primo, con una «imbarazzante retromarcia» del Tribunale costituzionale spagnolo<sup>23</sup>, il secondo, con la riconduzione, da parte della Corte di giustizia, del principio in questione alle tradizioni costituzionali comuni) hanno mostrato come in potenza un conflitto insanabile tra i due ordinamenti sia pur sempre possibile. Altri casi, poi, che pure hanno avuto meno risonanza nel dibattito accademico, hanno effettivamente condotto a divergenze interpretative, a valle dell'esperienza di un rinvio pregiudiziale<sup>24</sup>.

Ma non è questa la sede per esaminare, per così dire, il "merito" del dialogo tra le Corti ove vengano in rilievo i principi supremi dell'ordinamento costituzionale di uno Stato membro.

Qui interessa concentrarsi sullo strumento procedurale che l'ordinamento dell'Unione europea ha messo a disposizione come «chiave di volta» di un sistema giurisdizionale che vede la Corte di giustizia e i giudici nazionali entrambi impegnati ad applicare il diritto dell'Unione europea: la procedura pregiudiziale, appunto.

In quest'ottica, allora, la procedura pregiudiziale sembra venire ad assumere non meramente una funzione *costituzionale* (se guardata con esclusivo riferimento all'ordinamento dell'Unione europea), nei termini richiamati nel precedente paragrafo; ma, proprio in quanto «cerniera» tra i due ordinamenti, persino una funzione *metacostituzionale*.

È questa la prospettiva cui guarda d'altronde ai rapporti tra Unione europea e Stati membri Neil Walker (Autore non a caso sopra citato con riguardo al rinvio pregiudiziale, il quale vede quest'ultimo come soluzione procedurale ai potenziali conflitti tra i due ordinamenti). Secondo Walker, il metacostituzionalismo costituirebbe un «new legal discourse» che attiene a regole, norme o principi, aventi ad oggetto regole costituzionali, peraltro non necessariamente solo riguardanti lo Stato (*state-centred* o *domestic metacostituzionalism*) ma anche altre entità (*cosmopolitan metaconstitutionalism*)<sup>25</sup>. In quest'ottica, il rinvio pregiudiziale sembra dunque a pieno titolo svolgere una funzione metacostituzionale, se, come scrive Walker, secondo un approccio metacostituzionale la soluzione dei conflitti tra ordinamenti è affidato a meccanismi non rigidamente gerarchici ma costruiti secondo un «heterarchical and dialogic approach»<sup>26</sup>.

Se però la procedura pregiudiziale è venuta a "caricarsi" di siffatte implicazioni sistemiche («chiave di volta» del sistema giurisdizionale, «cerniera» tra i due ordinamenti, funzione metacostituzionale quale sede procedurale per la risoluzione di conflitti tra ordinamenti), diventa allora a questo punto indispensabile che il rinvio procedurale funzioni effettivamente: cioè, che i giudici nazionali siano liberi di sollevare questione pregiudiziale *ex art. 267.2* TFUE; e che i giudici nazionali di ultima istanza *ex art. 267.3* TFUE adempiano all'obbligo di sollevare questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Detto in altri termini, diventa indispensabile che l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale sia improntato sul rispetto da

---

<sup>20</sup> Cfr. G. MARTINICO, *The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1343-1374.

<sup>21</sup> Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*.

<sup>22</sup> Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 5 dicembre 2017, C-42/17, *Taricco*.

<sup>23</sup> Così G. GUZZETTA, *La contaminazione costituzionale del diritto europeo. Interrogativi su un ordinamento in divenire*, Giappichelli, Torino, 2015, 118.

<sup>24</sup> Li esamina G. ZACCARONI, *Un'altra crepa nella diga del dialogo? La Corte Suprema danese rifiuta di dare applicazione ad un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 155-158.

<sup>25</sup> Cfr. N. WALKER, *Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe*, in G. De Búrca-J. Scott (a cura di), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, 15.

<sup>26</sup> Cfr. N. WALKER, *op. cit.*, 26.

parte degli Stati membri del principio di leale cooperazione ex art. 4.3 TUE, in virtù del quale l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati.

Se queste condizioni siano effettivamente rispettate, è questione che verrà analizzata nel prossimo paragrafo.

### *3. Il Veglio di Creta. La riluttanza di alcune Corti costituzionali dei Paesi membri ad attivare il rinvio pregiudiziale e l'aberrante deriva in Polonia (le sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio)*

La procedura pregiudiziale, così sopra descritta, sembra tuttavia all'atto pratico atteggiarsi come il Veglio di Creta, la colossale statua che Dante colloca sul Monte Ida, a Creta, dalla testa d'oro, il petto e le braccia d'argento, il ventre di rame, le gambe ed il piede sinistro di ferro, «salvo che 'l destro piede è terra cotta»<sup>27</sup>.

Non un colosso dai *piedi d'argilla*, dunque, come la statua apparsa in sogno al Nabucodonosor dell'Antico Testamento<sup>28</sup>, dalla quale Dante pur trae ispirazione. Piuttosto, un colosso da *un piede* di terracotta, che, secondo un'interpretazione invalsa dell'allegoria dantesca, simboleggerebbe la posizione di *una* delle due autorità (lo Stato e la Chiesa) su cui poggiava allora l'umanità: autorità (la Chiesa) che, secondo Dante, una volta perduta l'innocenza dell'età dell'oro, avrebbe reso precaria la stabilità dell'umanità intera<sup>29</sup>.

Fuor di allegoria, è questa la situazione in cui sembra trovarsi il rinvio pregiudiziale: un istituto "colossale", in quanto caricato delle implicazioni sistemiche e metacostituzionali di cui si è sopra trattato, che poggia tuttavia sul fragile sostegno fornito dall'autorità statale, quantomeno se si prendono in considerazione alcuni Stati membri.

In primo luogo, infatti, in alcuni Stati membri si assiste ad una tendenza dei giudici nazionali di ultima istanza<sup>30</sup> (nello specifico: le Corti costituzionali<sup>31</sup>, in questo caso per lo più giudici nazionali di *unica* istanza<sup>32</sup>) a non sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. D. ALIGHIERI, *Inferno*, XIV, 94-120.

<sup>28</sup> Cfr. Dn 2, 31-35.

<sup>29</sup> Cfr. U. Bosco-G. Reggio (a cura di), *La Divina Commedia con pagine critiche. Inferno*, Le Monnier, Firenze, 1993, 207-208.

<sup>30</sup> Per una panoramica dei rinvii pregiudiziali da parte delle Corti supreme dei Paesi membri, cfr., sia pure in un'analisi risalente a dieci anni fa, F.C. MEYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in A. von Bogdandy-J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Hart-CH Beck, Oxford-München, 2009, 401-407.

<sup>31</sup> Sulle quali si vedano le analisi di M. CLAES-B. DE WITTE, *The Role of National Constitutional Courts in the European Legal Space*, in P. Poperlier-A. Mazmanyman-W. Vanderbruwaene (a cura di), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, Antwerp, 2013, 79-104 nonché il numero monografico *The Preliminary Reference to the Court of Justice* di *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, del quale si segnalano in particolare, oltre agli altri articoli specifici citati nelle note successive, i contributi introduttivi M. DICOSOLA-C. FASONE-I. SPIGNO, *Foreword: Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis*, e M. CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, rispettivamente 1317-1330 e 1331-1342, e quello conclusivo di M. CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, 1791-1796. Dell'articolo della Claes, si segnala qui in particolare la delimitazione del perimetro della ricerca a quelle che sono le (18 o 19, a seconda della classificazione) Corti costituzionali in senso stretto nell'Unione europea.

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost. ord. 15 aprile 2008, n. 103.

<sup>33</sup> Nei restanti Paesi, le Corti costituzionali hanno ad oggi sollevato questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (Austria, Belgio, Francia, Germania, Italia, Lituania, Polonia, Slovenia, Spagna) oppure hanno espressamente o implicitamente mostrato di ritenersi comunque soggette all'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE (Portogallo, Repubblica Ceca, Romania).

È bene precisare che non si tratta di casi in cui le Corti abbiano *espressamente* rifiutato di qualificare sé stesse come giudici di ultima istanza ai sensi dell'art. 267.3 TFUE, come un tempo fecero le Corti costituzionali di Paesi quali l'Italia, la Spagna o la Germania (organi che, come è noto, hanno poi radicalmente mutato la propria opinione rispettivamente nel 2008<sup>34</sup>, nel 2011<sup>35</sup> e nel 2014<sup>36</sup>). E non è ovviamente agevole dimostrare se si possa parlare di casi di sistematico rifiuto di tali Corti a sollevare questione pregiudiziale.

Sembra piuttosto trattarsi di riluttanza quella che emerge dall'eloquente silenzio delle Corti costituzionali di Paesi come ad esempio la Bulgaria<sup>37</sup> o l'Ungheria<sup>38</sup>, in fattispecie che, come ritenuto da quanti hanno indagato in dettaglio la giurisprudenza di tali Corti, avrebbero al contrario giustificato un rinvio pregiudiziale. Quanto alla Romania, dove la *Curtea Constituțională* aveva anch'essa mantenuto per anni un eloquente silenzio<sup>39</sup> (pur avendo riconosciuto in via astratta nel 2011 la possibilità di sollevare questione pregiudiziale), il primo rinvio si è avuto finalmente nel 2016, nel celebre caso *Coman*<sup>40</sup>.

Una riluttanza in parte comprensibile, reputandosi le Corti costituzionali le "depositarie" ultime della garanzia dei principi fondamentali di ciascun ordinamento costituzionale: in altri termini, i custodi ultimi dei c.d. controlimiti<sup>41</sup>.

Tale atteggiamento, tuttavia, da un lato, rischia di confinare le Corti costituzionali in uno "splendido isolamento"<sup>42</sup>: proprio un dialogo con la Corte di giustizia consentirebbe se mai alle Corti costituzionali di meglio difendere i propri c.d. controlimiti<sup>43</sup>, come fatto ad esempio dalla Corte costituzionale italiana nel caso *Taricco*, in cui la Corte costituzionale ha esposto alla Corte di giustizia i c.d. controlimiti dell'ordinamento italiano<sup>44</sup>. D'altro lato, per quanto qui più interessa, ove ciò si trasformasse in un *espresso* disconoscimento della propria qualifica quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o in un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale, si verrebbe a porre in seria crisi il meccanismo procedurale indispensabile per assicurare il dialogo e la (potenziale) risoluzione dei conflitti tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamenti nazionali.

---

<sup>34</sup> Cfr. Corte cost. ord. 15 aprile 2008, n. 103., cit., sulla quale cfr. O. POLLICINO, *The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice: a Progressive Overlapping between the Supranational and the Domestic Dimension*, in P. Poperlier-A. Mazmanyán-W. Vanderbruwaene, *op. cit.*, 101-129.

<sup>35</sup> Cfr. Tribunal Constitucional, auto 86/11, sulla quale M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *The Spanish Constitutional Court and Fundamental Rights Adjudication After the First Preliminary Reference*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1509-1528.

<sup>36</sup> Cfr. 134 BVerfGE 366, sulla quale cfr. E.J. LOHSE, *The German Constitutional Court and Preliminary References – Still a Match not Made in Heaven?*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1491-1508.

<sup>37</sup> Cfr. M. VATSOV, *European Integration Through Preliminary Rulings? The Case of the Bulgarian Constitutional Court*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1591-1622.

<sup>38</sup> Cfr. F. GÁRDOS-OROSZ, *Preliminary Reference and the Hungarian Constitutional Court: A Context of Non-Reference*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1569-1590.

<sup>39</sup> Cfr. V. VIȚĂ, *The Romanian Constitutional Court and the Principle of Primacy: To Refer or Not to Refer?*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1623-1662.

<sup>40</sup> Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, sulla quale cfr. P. FARAGUNA, *L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2018, 711-715.

<sup>41</sup> Cfr. M. DICOSOLA-C. FASONE-I. SPIGNO, *op. cit.*, 1319 nonché F.C. MEYER, *op. cit.*, 407.

<sup>42</sup> Così M. BOBEK, *The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts*, in M. Claes-M. de Visser-P. Popelier-C. Van de Heyning (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2012, specie 304 ss.

<sup>43</sup> Come nota F. GÁRDOS-OROSZ, *op. cit.*, 1589, parlando di identità costituzionale.

<sup>44</sup> Come sottolineò A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 1/2017, 81 ss.

In secondo luogo, tornando alle fragilità del fondamento statale su cui poggia il rinvio pregiudiziale, c'è il caso specifico della Polonia, dove si è giunti fino all'aberrante deriva di una legge che, nel riformare il sistema delle misure disciplinari nei confronti dei giudici, espone questi ultimi a vedersi irrogate tali misure nel caso in cui sollevino rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

In questo preoccupante quadro, tale da minare la stabilità del meccanismo idoneo per eccellenza ad assicurare il dialogo tra Unione europea e Stati membri, ci si è chiesti dunque se la procedura d'infrazione possa costituire valido rimedio per sanzionare l'obbligo degli Stati a sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267.3 TFUE, peraltro accanto ad altri possibili rimedi<sup>45</sup> (tra i quali si ricorda qui, in ambito extra-UE, anche il possibile ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 6 CEDU<sup>46</sup>).

Come già detto, la questione è stata affrontata più in dettaglio in altra sede<sup>47</sup>.

Ci si limita qui a ricordare, in generale, come la Corte di giustizia abbia nel corso degli anni precisato la portata di tale obbligo. In particolare, la procedura pregiudiziale non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale: non basta quindi che una parte sostenga che la controversia ponga una questione di interpretazione del diritto eurounitario perché il giudice interessato sia obbligato a sollevare il rinvio<sup>48</sup>. Inoltre, il giudice di ultima istanza non è obbligato a sollevare il rinvio, ove: (i) la questione non sia pertinente, cioè qualora questa non possa influire sull'esito della controversia; (ii) la questione sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie e già decisa in via pregiudiziale; (iii) la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea si imponga «con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata» (c.d. dottrina dell'*acte clair*)<sup>49</sup>.

Nello specifico, quanto alla esperibilità della procedura d'infrazione come rimedio "sanzionatorio" in caso di violazione di siffatto obbligo, va detto che sin dal 2002 la Commissione europea in una propria Comunicazione aveva incluso, tra quelle infrazioni che addirittura mettono in causa i fondamenti della Comunità di diritto, quelle che «ostacolano per esempio il ricorso dinanzi alla Corte di giustizia per una richiesta di pronuncia pregiudiziale»<sup>50</sup>. Dal canto suo, la Corte di giustizia aveva espressamente riconosciuto nel 2005 che la Commissione potesse agire in riferimento alla violazione di un siffatto obbligo da parte dello Stato<sup>51</sup>.

Non se ne vedono d'altronde ostacoli giuridici: sollevare un rinvio pregiudiziale costituisce un obbligo incombente sullo Stato ai sensi dell'art. 267.3 TFUE al pari degli altri obblighi incombenti su di esso in virtù dei Trattati, per la violazione dei quali l'art. 258 TFUE riconosce alla Commissione la possibilità di avviare una procedura d'infrazione.

È infine bene precisare come ovviamente la procedura d'infrazione non possa costituire rimedio contro ogni *singolo* caso di mancato utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza, per l'impossibilità pratica per la Commissione di operare un monitoraggio completo delle

---

<sup>45</sup> Sui quali cfr. F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3/2015, 589-622.

<sup>46</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabeck c. Belgio)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2011.

<sup>47</sup> Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie 273-274.

<sup>48</sup> Cfr. Corte di giustizia (Sesta Sezione), sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo Spa c. Ministro della Sanità*, paragrafo 8 ss., in *Racc.*, I-3415.

<sup>49</sup> Cfr. Corte di giustizia (Sesta Sezione), sentenza 17 maggio 2001, C-340/09, *TNT Traco*, paragrafo 3.

<sup>50</sup> Cfr. *Comunicazione della Commissione sul miglioramento nel controllo dell'applicazione del diritto comunitario COM (2002) 725 def/4*, 12.

<sup>51</sup> Cfr. Corte di giustizia (Quarta Sezione), ordinanza 3 giugno 2005, C-396/03 P, *Repubblica federale di Germania*, paragrafo 28, in *Racc.*, I-4967.

pronunce di questi ultimi<sup>52</sup>. D'altronde, la prospettiva che qui interessa non è tanto quella di possibili rimedi in caso di singola violazione di tale obbligo; quanto quella dell'utilizzo della procedura d'infrazione quale strumento utile per sanzionare i casi di *espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o di *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

È per tutte queste ragioni che appare qui meritevole di approfondimento il recente caso del 2018 in cui si è per la prima volta concretizzata la condanna di uno Stato per violazione (da parte del Consiglio di Stato francese) dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE.

Certo, è bene chiarire come questo caso riguardi un organo che non ha mai negato la propria qualifica di giudice di ultima istanza, né si è mai sistematicamente rifiutato di sollevare rinvii pregiudiziali, avendone anzi il Consiglio di Stato francese sollevati in passato<sup>53</sup>. Tuttavia, la prima condanna di uno Stato membro per violazione dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE può forse aiutare a comprendere (almeno in parte) quali siano le condizioni concrete sulla base delle quali la Corte ritiene violato tale obbligo: condizioni che la Corte di giustizia, nelle due sentenze sopra menzionate del 1982 e del 2001, aveva declinato in astratto.

Altrettanto meritevole pare poi qui l'esame del recentissimo caso (2019) dell'avvio da parte della Commissione di una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia (dove pure, nel 2015, la Corte costituzionale ha compiuto il suo primo rinvio pregiudiziale<sup>54</sup>), per la legge che, nel riformare il sistema delle misure disciplinari nei confronti dei giudici, espone questi ultimi a vedersi irrogare tali misure nel caso in cui sollevino questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Qui l'effetto è evidentemente quello di azzerare in radice l'esperibilità del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici polacchi ed appare interessante, ancora una volta nell'ottica che qui rileva, il fatto che la Commissione abbia avviato una procedura d'infrazione avverso la Polonia avente ad oggetto tale legge.

L'esame dei due casi concreti condurrà quindi a chiedersi nelle *Conclusioni* se la procedura di infrazione, così delineata, non sia forse venuta ad assumere un ruolo costituzionale di garanzia della funzione metacostituzionale della procedura pregiudiziale.

*4. Recenti sviluppi. Il ruolo costituzionale della procedura d'infrazione a garanzia del ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale: a) la condanna della Francia per mancato adempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale (4 ottobre 2018, C-416/17) e le prospettive aperte;*

Con la sentenza del 4 ottobre 2018, la Francia è stata condannata per violazione dell'obbligo di sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267.3 TFUE, per avere il Consiglio di Stato francese ommesso di adire la Corte di giustizia ex art. 267.3 TFUE, nonostante l'interpretazione da esso accolta in due sentenze del 2012 «non s'imponesse con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio». La Corte di giustizia ha dunque individuato nel caso concreto l'assenza di tale condizione per affermare che il giudice fosse obbligato al rinvio.

Perché dunque, nel caso concreto, una soluzione interpretativa è stata ritenuta non idonea ad imporsi con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio?

Una delle indicazioni fornite dalla Corte nella sentenza sembra provare troppo.

---

<sup>52</sup> Come giustamente nota T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2009, 227.

<sup>53</sup> Dal 1970, come ricorda F.C. MEYER, *op. cit.*, 405.

<sup>54</sup> Cfr. A. KUSTRA, *Reading the Tea Leaves: The Polish Constitutional Tribunal and the Preliminary Ruling Procedure*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 6/2015, 1539-1568.



Trattasi del passaggio in cui essa afferma che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato «ha portato quest'ultimo ad adottare, in dette sentenze, una soluzione basata su un'interpretazione delle disposizioni [del diritto dell'Unione europea] in contrasto con quella accolta nella presente sentenza, il che implica che l'esistenza di un dubbio ragionevole in merito a tale interpretazione non poteva essere escluso nel momento in cui» il Consiglio di Stato ha statuito<sup>55</sup>. Il passaggio sembra provare troppo perché, seguendosi tale ragionamento, si dovrebbe infatti escludere di per sé che un giudice di ultima istanza dovesse sollevare la questione pregiudiziale ove l'interpretazione accolta risultasse invece poi condivisa dalla Corte di giustizia.

Più eloquente è l'altra indicazione della Corte, nella quale si sottolinea come il Consiglio di Stato francese, pur in mancanza d'indicazioni contenute in una sentenza della Corte di giustizia del 2011 (avente ad oggetto il regime fiscale da applicarsi in Francia a società controllate, di primo livello, residenti nel territorio di uno Stato membro)<sup>56</sup>, si sia discostato da una precedente sentenza della Corte di giustizia stessa del 2012 (avente ad oggetto il regime fiscale da applicarsi nel Regno Unito a società controllate, di secondo livello, residenti nel territorio di uno Stato membro)<sup>57</sup>, nel dare soluzione nel 2012 ad una vicenda riguardante società controllate di secondo livello, adducendo il Consiglio di Stato il motivo che il regime britannico del credito d'imposta e dell'anticipo di imposta era diverso da quello francese. Una soluzione interpretativa, quest'ultima, in relazione alla quale il Consiglio di Stato non poteva «avere la certezza che il suo ragionamento si sarebbe imposto con la stessa evidenza alla Corte» di giustizia<sup>58</sup>.

In definitiva, dunque, un diverso regime legislativo nazionale non sembra costituire un elemento tale per far sì che l'interpretazione del Consiglio di Stato (in difformità con una precedente sentenza della Corte di giustizia riguardante uno Stato diverso) si imponesse con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio.

Certo, al di là di tale elemento (inevitabilmente legato alle circostanze del caso concreto), la sentenza non chiarisce in positivo quando un'interpretazione s'imponga con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio<sup>59</sup>.

L'importanza della sentenza, ai fini che più qui interessano, è comunque quella di aver costituito il primo caso di condanna di uno Stato per mancata sollevazione di una procedura pregiudiziale ex art. 267.3 TFUE.

Uno strumento dunque finalmente effettivo, da utilizzare, sembra potersi ritenere, anche in relazione ai casi di mancato rinvio che qui paiono più preoccupanti: quello dell'*espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE e quello del *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

---

<sup>55</sup> Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 4 ottobre 2018, C-416/17, cit., paragrafo 112.

<sup>56</sup> Cfr. Corte di giustizia (Prima Sezione), sentenza 15 settembre 2011, C-310/09, *Accor*.

<sup>57</sup> Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 13 novembre 2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

<sup>58</sup> Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 4 ottobre 2018, C-416/17, cit., paragrafo 111. Come ben sintetizzato dall'Avvocato generale: «Nel caso di specie, è pacifico che la questione della presa in considerazione dell'imposta assolta dalle controllate di secondo livello non fosse stata affrontata dalla Corte nella sentenza del 15 settembre 2011, *Accor* [...], mentre era stata oggetto della sentenza del 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* [...]. Di conseguenza, scegliendo di discostarsi da tale sentenza con l'unica motivazione che il regime britannico era diverso da quello francese del credito d'imposta e dell'anticipo d'imposta, il [Consiglio di Stato] non poteva avere la certezza che il suo ragionamento si sarebbe imposto con la stessa evidenza alla Corte. La divergenza fra le soluzioni proposte dalle società ricorrenti e dal relatore pubblico (*rapporteur public*) dimostrava d'altronde la mancanza di certezza sulla soluzione da accogliere». Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet 25 luglio 2018, C-416/17, *Commissione c. Repubblica francese*, paragrafo 99.

<sup>59</sup> Qualche ulteriore elemento interessante sembra potersi trarre da una precedente sentenza della Corte, resa tuttavia in una procedura pregiudiziale. Cfr. Corte di giustizia (Seconda Sezione), sentenza 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva*, paragrafi 23-35.

Difatti, *plus semper in se continet quod est minus*. I casi di un *espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE e del *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale paiono cioè porsi ad una soglia liminale rispetto a quelli di giudici di ultima istanza che, pur riconoscendo a sé tale qualifica e facendo di regola ricorso, omettano il rinvio in un caso concreto, al di fuori delle tre eccezioni sopra richiamate.

Certo, si potrebbero avanzare due obiezioni.

La prima è che un siffatto utilizzo della procedura d'infrazione condurrebbe ad una qualificazione, imposta dall'*esterno*, di un organo quale giudice di ultima istanza *interna*. Questione ancor più delicata specie ove trattasi di Corti costituzionali che al livello interno svolgono il ruolo di custodi dei c.d. controlimiti, proprio cioè il nucleo intangibile dell'ordinamento nazionale.

Così tuttavia evidentemente non è.

La Corte di giustizia considera ormai da anni la qualificazione di un giudice interno ai sensi dell'art. 267.3 TFUE come questione di diritto dell'Unione europea<sup>60</sup>. I giudici nazionali sono giudici eurounitari, parte cioè di quel sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, di cui si è sopra discusso, che si caratterizza per il fatto che spetta ad essi (assieme alla Corte di giustizia) garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione europea nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione. In quest'ottica, la qualificazione quale giudice di ultima istanza, non può essere di esclusivo appannaggio dell'ordinamento interno.

Più nello specifico, quanto alle Corti costituzionali, è vero che la Corte di giustizia non si è mai pronunciata espressamente sulla loro qualificazione come giudici ai sensi dell'art. 267.3 TFUE. Tuttavia non pare concretizzarsi alcuna *deminutio* per la Corte costituzionale dello Stato membro, che, ove sia qualificata come tale, non è comunque in alcun modo vincolata alla determinazione del *merito* del nucleo intangibile del proprio ordinamento costituzionale, ove questo venisse in rilievo; ma solo al rispetto del principio di leale collaborazione *ex art. 4.3 TUE*, affinché sia garantita effettivamente la *procedura* attraverso la quale garantire il dialogo con la Corte di giustizia, se del caso sui c.d. controlimiti del proprio ordinamento costituzionale.

E poi, sembra qui valere una considerazione più generale: a fronte della tenuta delle fondamenta (in questo caso: il principio di leale collaborazione) e dell'architettura dell'Unione (lo strumento del rinvio pregiudiziale), non sembra esserci spazio per "timidezze" da parte dell'Unione europea.

La seconda obiezione è più di ordine pratico: la difficoltà cioè di individuare quando ci si trovi di fronte ad un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

È ovvio che a fronte della scelta di sanzionare uno Stato in una simile circostanza, la Corte dovrebbe soffermarsi ad argomentare ampiamente le ragioni per cui ritenesse di rinvenire tale ipotesi nel caso concreto.

Tuttavia, proprio la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di violazioni sistematiche e persistenti degli obblighi derivanti dai Trattati<sup>61</sup>, sviluppata nel corso degli anni nell'ambito della procedura d'infrazione, pare costituire un riferimento per costruire, *mutatis mutandis* ed in combinato disposto con la giurisprudenza CILFIT, un modello. Modello che consenta appunto di configurare, come violazione dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE, il *sistematico* rifiuto di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

---

<sup>60</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza 9 settembre 1981, C-246/80, *Broekmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*, paragrafo 8 ss., in *Racc.*, I-2313.

<sup>61</sup> Cfr. per tutti P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases, and materials*, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, 449-450.

5. (segue): b) *l'avvio della procedura d'infrazione verso la Polonia per le misure disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio pregiudiziale (3 aprile 2019)*

Il 3 aprile 2019 la Commissione europea ha annunciato l'avvio di una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia in relazione alla legge contenente la riforma delle misure disciplinari nei confronti dei giudici. Tale riforma, venendosi a caratterizzare per la possibilità di irrogare sanzioni in ragione del *contenuto* delle decisioni giudiziali, espone i giudici interni, per quanto qui più interessa, a vedersi irrogare le stesse in caso di esercizio del diritto a sollevare rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

É tuttavia bene precisare come la procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per l'intera riforma delle misure disciplinari si collochi all'interno del più ampio contesto che, come è noto, vede Ungheria e Polonia "sorvegliati speciali" da parte dell'Unione europea per una serie di misure costituzionali e legislative che, a partire dal 2010 in Ungheria e dal 2015 in Polonia, sembrano avere messo a serio repentaglio la tenuta del principio dello Stato di diritto nei due Stati membri ed in particolare il principio dell'indipendenza della magistratura.

Non è possibile in questa sede ripercorrere le questioni giuridiche sulle quali si è incentrato il dibattito circa la possibilità di utilizzare la procedura d'infrazione ex art. 258 TFUE in alternativa alle procedure "politiche" di cui all'art. 7 TUE (queste ultime, di difficile percorribilità pratica) per sanzionare la violazione del principio dello Stato di diritto e degli altri valori fondamentali dell'Unione europea ex art. 2 TUE<sup>62</sup>. Ci si limita qui a ricordare come, non potendo la Commissione europea ricorrere alla procedura d'infrazione per sanzionare la violazione dei valori fondamentali dell'Unione europea, in virtù dell'interpretazione restrittiva invalsa della procedura ex art. 7 TUE quale *lex specialis* rispetto all'art. 258 TFUE, la Commissione stessa ha saggiamente avviato nei confronti di Ungheria e Polonia una serie di procedure d'infrazione, *formalmente* per violazione di puntuali articoli dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali in relazione però a fattispecie che *sostanzialmente* investono il rispetto del principio dello Stato di diritto ed in particolare dell'indipendenza della magistratura<sup>63</sup>.

Di particolare interesse è l'uso fatto nelle procedure più recenti da parte della Commissione europea del parametro di cui all'art. 19.1 TUE, ai sensi del quale gli Stati membri stabiliscono rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, in connessione con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce il diritto ad un ricorso effettivo. Ciò probabilmente, sulla scia di alcune sentenze in cui la Corte di giustizia nel 2018 aveva enfatizzato il ruolo dell'art. 19.1 TUE, in indiretta connessione con l'art. 2 TUE<sup>64</sup>.

Il ragionamento della Commissione europea, sviluppato in particolare nei ricorsi per inadempimento presentati alla Corte di giustizia nei confronti della Polonia nel marzo 2018<sup>65</sup> e nell'ottobre 2018<sup>66</sup>, è infatti il seguente. La messa a repentaglio dell'indipendenza della magistratura in un sistema giurisdizionale quale quello sopra ricordato (in cui i giudici nazionali sono chiamati a dare applicazione al diritto dell'Unione europea e garantire la tutela giurisdizionale dei

---

<sup>62</sup> Sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *op. cit.*, 241-263.

<sup>63</sup> Sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *The Use of the EU Infringement Procedures to Protect De Facto the Rule of Law via the Development of the Parameter. From Obligations under the Treaties to the Charter of Fundamental Rights*, in M. Belov (a cura di), *Courts, Politics and Constitutional Law*, Routledge, London, 2019.

<sup>64</sup> Cfr. Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, paragrafo 48 e Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 25 luglio 2018, C-216/18, *PPU, LM*, paragrafo 32.

<sup>65</sup> Cfr. la procedura d'infrazione avviata nei confronti della Polonia il 15 marzo 2018, C-192/18.

<sup>66</sup> Cfr. la procedura d'infrazione avviata nei confronti della Polonia il 2 ottobre 2018, C-619/18.

diritti) è tale da condurre alla violazione del diritto ad un ricorso effettivo protetto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, che menziona l'accesso ad un giudice indipendente tra i requisiti connessi ad esso.

In altri termini, sono queste le parole con cui la Corte di giustizia ha condannato la Polonia il 24 giugno 2019 al termine della fase contenziosa della seconda delle due procedure d'infrazione appena menzionate: «questo requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione» nonché (e qui la Corte menziona in modo indiretto i valori fondamentali dell'Unione europea) della «salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'art. 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto»<sup>67</sup>.

Il ragionamento della Commissione europea nella lettera di messa in mora inviata alla Polonia il 3 aprile 2019 sulla legge contenente le sopra citate misure disciplinari è esattamente lo stesso. Il sistema di misure disciplinari delineato dalla legge polacca, sottoponendo i giudici ad una procedura disciplinare condotta, tra l'altro, da un organo di appello i cui componenti sono scelti da un organo i cui membri sono eletti esclusivamente dal Parlamento, non assicura l'indipendenza della magistratura. Con l'inevitabile esito di una violazione da parte della Polonia degli artt. 19.1 TUE e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È però l'altro parametro richiamato dalla Commissione che qui più interessa, con riferimento alla possibilità che, introducendosi sanzioni disciplinari in ragione del *contenuto* delle decisioni giudiziali, queste siano irrogate nei confronti dei giudici che sollevino rinvio pregiudiziale: l'art. 267 TFUE, ovviamente.

La Commissione sottolinea come la legge produca un «chilling effect» in relazione alla sollevazione da parte dei giudici del rinvio pregiudiziale. Il funzionamento della procedura pregiudiziale (che la Commissione definisce la «backbone» dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea) richiede infatti che i nazionali siano liberi di sollevare ogni questione che ritengano necessaria, in qualunque fase del processo.

Ragione sufficiente, dunque, per avviare una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per violazione dell'art. 267 TFUE.

## 6. Conclusioni

Attraverso l'analisi qui condotta si è cercato di dimostrare come la procedura d'infrazione sia venuta ad assumere nel corso degli anni una funzione costituzionale (tra le altre) a garanzia della funzione metacostituzionale della procedura pregiudiziale.

Se quest'ultima ha infatti indubbiamente una funzione metacostituzionale (in quanto «chiave di volta» del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, «cerniera» tra l'ordinamento dell'Unione europea e quello degli Stati membri, «backbone» dell'Unione europea), se ne è anche vista l'estrema fragilità. Come il dantesco Veglio di Creta, il meccanismo sembra infatti poggiare su un piede di terracotta, costituito dalla componente statale in alcuni Stati membri, dove i giudici di ultima istanza paiono restii all'utilizzo della procedura pregiudiziale, mettendo però così in crisi in radice la possibilità che si svolga un dialogo con la Corte di giustizia. Fino all'estremo della Polonia, dove una recente legge ha in pratica esposto i giudici al rischio di misure disciplinari ove sollevino questione pregiudiziale.

---

<sup>67</sup> Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Repubblica di Polonia*, paragrafo 58.

Per queste ragioni, alla luce della prima condanna da parte della Corte di giustizia nei confronti di uno Stato membro per violazione dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE e della decisione della Commissione europea di avviare procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per l'appena ricordata legge sulle misure disciplinari, è sembrato qui opportuno vagliare la possibilità di utilizzare la procedura d'infrazione per sanzionare uno Stato membro in caso di *espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o di *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

L'esito di tale analisi sembra essere positiva, non essendosi scorti ostacoli giuridici ad un utilizzo della procedura d'infrazione in tali circostanze, poiché la sollevazione di un rinvio pregiudiziale costituisce un obbligo incombente sullo Stato ai sensi dell'art. 267.3 TFUE al pari degli altri obblighi incombenti su di esso in virtù dei Trattati, per la violazione dei quali l'art. 258 TFUE riconosce alla Commissione la possibilità di avviare una procedura d'infrazione.

Si sono se mai qui affrontate alcune possibili obiezioni pratiche, quale la difficoltà di individuare quando ci si trovi di fronte ad un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale; o di opportunità istituzionale, dato che si giungerebbe in tal modo ad una qualificazione, imposta dall'*esterno*, di un organo quale giudice di ultima istanza *interna*. Tuttavia si è qui dimostrato come, da un lato, la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di violazioni sistematiche e persistenti, sviluppatasi proprio nell'ambito della procedura d'infrazione, possa costituire un valido modello da cui trarre ispirazione; dall'altro, si è ricordato come i giudizi nazionali sono parte di quel sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, caratterizzato per il fatto che spetta ad essi (assieme alla Corte di giustizia) garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione europea nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione.

Alla luce di tutto ciò, sembra potersi riconoscere dunque, tra le altre, la funzione *costituzionale* della procedura d'infrazione a garanzia della funzione *metacostituzionale* della procedura pregiudiziale. Ciò non solo in virtù del parametro costituzionale (l'art. 267 TFUE); ancor più in ragione del suo fine ultimo, quello di garantire, attraverso una misura ostativa nei confronti di un'attività costituzionalmente irregolare, un oggetto di rilevanza costituzionale<sup>68</sup> (anzi, in questo caso, finanche metacostituzionale) che è appunto la procedura pregiudiziale).

L'auspicio è che l'Unione europea conduca fino in fondo l'opera avviata di tutelare la procedura pregiudiziale, senza limitarsi a rimpiangere dantescaamente una propria mitica età dell'oro «sotto 'l cui rege fu già 'l mondo casto»<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, cit., 36 ss. e ID., *La garanzia costituzionale*, cit., 137 ss.

<sup>69</sup> Cfr. D. ALIGHIERI, *Inferno*, XIV, 96.



LUISA CASSETTI

## L'«ordinamento» sovranazionale dell'Unione europea e il «sistema» CEDU: diritti, garanzie (*multilevel*) e politiche pubbliche

SOMMARIO: 1. Il carattere “sovranazionale” dell’integrazione europea e le specificità del «sistema» CEDU: l’Unione europea che allarga l’orizzonte delle politiche e la “grande Europa” dei diritti dell’uomo nella prospettiva del giudice delle leggi. – 2. Le carte e i “custodi” dei diritti nella pluralità dei sistemi di protezione. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia come luogo privilegiato per testare la necessità del bilanciamento tra obiettivi politici e nucleo essenziale dei diritti: il confronto con i bilanciamenti in ambito nazionale. – 2.1. Nucleo essenziale incompressibile dei diritti e politiche sociali tra spinte in avanti dell’ordinamento europeo e livello costituzionale della protezione. – 3. Le garanzie costituzionali alla luce dei rapporti tra ordinamenti che producono fonti ed elaborano politiche pubbliche: l’ipotesi della contestuale violazione di norme costituzionali e di garanzie della Carta DFUE. – 3.1. Le relazioni tra ordinamenti giuridici (nazionale e sovranazionale) e il ruolo centrale del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 4. La «garanzia di sistema» rivendicata dalla Corte costituzionale rispetto al livello di tutela internazionale dei diritti dell’uomo. – 5. Relazioni ordinamentali per la protezione più efficace dei diritti ed effetto di vincolo della giurisprudenza internazionale dei diritti dell’uomo: a ciascuno il suo.

1. *Il carattere “sovranazionale” dell’integrazione europea e le specificità del «sistema» CEDU: l’Unione europea che allarga l’orizzonte delle politiche e la “grande Europa” dei diritti dell’uomo nella prospettiva del giudice delle leggi*

Come è noto l’aggettivo “sovranazionale” accompagna la narrazione e la comprensione del processo di integrazione europea nel senso di precisare la peculiare natura dell’ordinamento nato e sviluppato attraverso le modifiche dei Trattati istitutivi delle Comunità europee: di rapporti tra ordinamenti «autonomi e distinti, ancorché coordinati» parla del resto la nostra Corte costituzionale quando prende piena consapevolezza della forza dirompente del principio della prevalenza del diritto comunitario di matrice regolamentare sul diritto nazionale e sente il bisogno di ribadire al contempo la barriera dei controlimiti a garanzia dell’intangibilità del livello costituzionale di garanzia dei «principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona umana»<sup>1</sup>.

Rispetto alla necessità di identificare la natura di tale ordinamento sovranazionale merita una particolare menzione lo sforzo del giudice costituzionale tedesco di precisare la assoluta peculiarità dell’integrazione europea attraverso la formula dello *Staatenverbund* ovvero di una realtà ordinamentale posta a metà strada tra uno Stato compiutamente federale (*Bundestaat*) e una confederazione di Stati (*Staatenverbund*) all’interno del quale tutti gli Stati, nonostante le imponenti spinte in avanti del processo di integrazione contenute nel Trattato di Maastricht sull’Unione Economica e Monetaria, avrebbero dovuto considerarsi a tutti gli effetti ancora “Signori dei Trattati” (*Herren der Verträge*)<sup>2</sup>. Come è noto, la difficoltà di trovare una formula per tradurre quella definizione e, più in generale, la difficoltà di immaginare in termini univoci i contorni della «forma di governo» dell’Unione europea ha spinto autorevole dottrina a ricorrere alla teoria della pluralità (*multilevel*) dei livelli costituzionali giacché con il passaggio «storico» all’Unione economica e

<sup>1</sup> Così Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, par. 4 e 7 del *Considerato in diritto*. Per un inquadramento di questa giurisprudenza nell’evoluzione storico/politica del processo di integrazione europea v. P. COSTANZO, *Le tappe dell’edificazione eurounitaria: dall’idea d’Europa all’Unione europea*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, G. Giappichelli, Torino, 2019, 46.

<sup>2</sup> Così *BVerfG*, sent. *Maastricht* 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89,155.

monetaria era giunta a maturazione non solo una forte espansione delle competenze trasferite dagli ordinamenti nazionali degli Stati membri, ma si era altresì consolidata in via giurisprudenziale l'attenzione verso la tutela dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee<sup>3</sup>.

Con il Trattato di Lisbona, che sancisce la piena incorporazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (inizialmente proclamata a Nizza nel 2000 e poi di nuovo a Strasburgo nel 2007) all'interno del diritto dei Trattati, la pluralità dei livelli ordinamentali e la pluralità delle carte poste a presidio dei diritti fondamentali è stata regolamentata nelle clausole generali (artt. 51-54) che disciplinano il rapporto tra la Carta DFUE, la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni: sullo sfondo opera il principio fondamentale secondo cui l'adozione formale di quelle garanzie nel diritto primario dei Trattati non può giustificare alcuna estensione delle competenze conferite dagli stessi all'Unione (art. 51, comma 2)<sup>4</sup>.

Parallelamente alle tappe dell'evoluzione dell'integrazione appena richiamate, nello spazio giuridico europeo si è sviluppata la dimensione della protezione dei diritti umani grazie al sistema CEDU che, come è noto, affida alla Corte di Strasburgo il delicato ruolo di aggiornare e far evolvere il peso di un catalogo di diritti che ha di fatto accompagnato la ricostruzione della storia e della cultura europea dopo la tragica esperienza del secondo conflitto mondiale. La fisionomia della CEDU come fonte che legittima un sistema internazionale regionale di protezione dei diritti umani è bifronte giacché la capacità, riservata alla Corte di Strasburgo, di interpretare in chiave evolutiva la Convenzione di Roma non è solo un registro modulabile da parte degli Stati membri della "Grande Europa" chiamati a precisarne il rango rispetto alle fonti interne, ma costituisce uno dei parametri di riferimento per misurare l'impegno delle istituzioni eurounitarie nella protezione dei diritti fondamentali.

In questo processo evolutivo della cultura dei diritti umani l'aggettivo «sovranzionale» è stato in effetti sempre più spesso utilizzato per evidenziare le peculiarità del «sistema CEDU» nel variegato mondo dei meccanismi di protezione predisposti dai trattati internazionali.

Questo approccio interpretativo mira, fin dagli anni '90 del secolo scorso, a valorizzare il peso e il valore via via acquisito dal custode della Convenzione europea del 1950 in uno spazio di circolazione dei modelli di protezione dei diritti. È la circolazione dei modelli giurisprudenziali elaborati dai giudici di Strasburgo e il loro impatto sul diritto degli Stati membri della "grande Europa" che suggerisce l'idea di un ordine sovranazionale dei diritti dell'uomo<sup>5</sup>. In altre parole, la centralità dell'interpretazione elaborata dai giudici "sovranzionali" tanto per la crescita dell'integrazione comunitaria (Corte di Giustizia come motore dell'integrazione) quanto per l'affermazione di un ordine europeo dei diritti umani (Corte europea di Strasburgo come garante

---

<sup>3</sup> La teoria volta ad affermare l'esistenza di una costituzione europea multilivello e composita dell'Unione è stata elaborata da I. Pernice a metà degli anni '90 del secolo scorso, come ricorda R. IBRIDO, *Oltre le "forme di governo". Appunti in tema di "assetti di organizzazione costituzionale dell'Unione europea*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2015, 31. Il carattere composito fondato sui plurimi livelli di integrazione nell'esperienza dell'UE è stato riproposto in versione più articolata nella recentissima sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 5 maggio 2020 dove si qualifica appunto l'Unione come «*ein Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*»: cfr. *BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 5. Mai 2020*, § 111: come sottolineano B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)) 14/2020, vi, la difficoltà di rendere il concetto di "associazione di Stati, Costituzioni, amministrazioni e giurisprudenze in indotto i giudici costituzionali tedeschi a utilizzare nella versione inglese della sentenza la formula della cooperazione *multilevel* (*multilevel cooperation of sovereign states, constitutions, administration and courts*). Su questa vicenda v., *infra*, ulteriori riferimenti al par. 2.1.

<sup>4</sup> Sulla genesi della Carta DFUE, v. P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 387 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1994.



dell'evoluzione dei diritti protetti dalla CEDU) giustificherebbe una sorta di assimilazione delle due realtà che contribuiscono a comporre lo spazio giuridico europeo.

L'indagine comparatistica ha tratto da questa realtà in divenire le premesse per immaginare “nuove” frontiere della comparazione ovvero la possibilità di analizzare, appunto in chiave comparata, sia l'impatto e la reazione delle singole realtà nazionali rispetto al processo di integrazione europea (diritto comunitario comparato), sia le reazioni degli ordinamenti nazionali rispetto al diritto convenzionale così come elaborato dalla Corte di Strasburgo (diritto convenzionale comparato)<sup>6</sup>. È indubbio che nel nostro ordinamento l'evoluzione culturale sopra richiamata ha acquisito una precisa fisionomia a partire dalla svolta giurisprudenziale che sul versante del sistema CEDU è arrivata con le sentenze della Corte costituzionale del 2007 (nn. 348 e 349): l'attitudine della Corte di Strasburgo ad operare come “cuore pulsante” delle istituzioni internazionali che fanno capo al Consiglio d'Europa costituisce senz'altro una valida ragione per evidenziare la peculiare capacità di incidere per via giurisprudenziale in una dimensione «sovranazionale» secondo modalità e strumenti che ne fanno un *unicum* nel panorama dei sistemi internazionali di protezione dei diritti. Tale capacità è in particolare legata alla sperimentazione di modelli decisori che avrebbero traslato il suo spazio di intervento in una dimensione “costituzionale” o “quasi costituzionale” che si realizzerebbe tutte le volte che questo giudice internazionale dei diritti umani forza le maglie della procedura e arriva a censurare i limiti strutturali di alcune legislazioni nazionali ovvero l'assenza di apposita normativa da parte dello Stato convenuto in giudizio attraverso l'adozione di sentenze *pilota* che forzano e superano i confini naturali dell'efficacia *inter partes* delle pronunce di un giudice internazionale<sup>7</sup>.

Il fatto che le due Corti europee siano in qualche modo accomunabili in quanto partecipano entrambe del carattere «sovranazionale» visto dal lato della capacità delle rispettive giurisprudenze di incidere sugli ordinamenti nazionali costituisce la premessa per quegli studi che hanno ragionato sul carattere dei relativi ordinamenti ovvero sulla capacità degli stessi di aver eventualmente maturato una dimensione effettivamente “costituzionale”<sup>8</sup>. Sempre privilegiando l'analisi dell'impatto delle “giurisprudenze sovranazionali” e quindi le tecniche argomentative della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo alcune analisi in ambito costituzionalistico tendono ad “accomunare” i due giudici operanti nello spazio europeo al fine di evidenziare e valorizzare la distanza che li separa dalla giustizia costituzionale nazionale. Secondo questo approccio, a fronte di due Corti europee che utilizzano e praticano il giudizio di proporzionalità, sia pure con esiti talora opposti e con argomentazioni in alcuni casi diverse, la vera cifra del sindacato di costituzionalità è

---

<sup>6</sup> Sulle premesse teoriche e sugli sviluppi di queste indagini comparatistiche, v. V. SCIARABBA, *I sistemi sovranazionali “paracostituzionali” dell'UE e della CEDU ed i loro rapporti con i sistemi nazionali: “svolte” recenti e nuove frontiere della comparazione*, in *Europeanrights.eu*, 17.12.2008, 24; D. PARIS, *Allies and Counterbalances. Constitutional Courts and the European Court of Human Rights. A Comparative Perspective*, in *ZaöRV* 77 (2017), 623 ss..

<sup>7</sup> L'analisi di questa e altre evoluzioni della giustizia resa dalla Corte di Strasburgo è alla base della ricerca di B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012, il cui obiettivo finale è in realtà quello di approfondire il *modus operandi* di un giudice internazionale che divide lo spazio europeo con la Corte di giustizia e insieme a quest'ultima rappresenta una sfida continua per il giudice costituzionale che in un siffatto sistema di tutela multilivello può correre il rischio di essere emarginato (ivi, 241). Sul ruolo e l'impatto della procedura per le sentenze-pilota sul funzionamento e sulla legittimazione della Corte EDU, rinvio per ulteriori riferimenti al mio *La manipolazione dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, in R. ROMBOLI - A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, G. Giappichelli, Torino - Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 83 ss.

<sup>8</sup> È la posizione di O. POLLICINO e V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2011, 1-70, escludono che dal carattere sovranazionale delle due Corti si possa far derivare ai rispettivi ordinamenti una dimensione “costituzionale”.

nettamente diversa e si caratterizza per essere inserita all'interno di una forma di governo ovverosia di un indirizzo politico in grado di definire e scegliere il livello di protezione dei diritti fondamentali all'interno dello schema composito di principi diritti e doveri definito dalla Costituzione<sup>9</sup>. Nella prospettiva di analisi che privilegia lo studio della tecnica argomentativa e decisoria delle due Corti "sovrnazionali" è stata sottolineata la distanza rispetto al sindacato svolto a livello nazionale dalle Corti costituzionali: viste dal lato del loro *modus operandi*, tanto la Corte di giustizia quanto la Corte di Strasburgo sono definite come «giurisdizioni senza legislazione e senza Stato» in grado di operare in un contesto privo dei meccanismi della revisione costituzionale che costituisce, nella dimensione nazionale, un limite esterno all'elaborazione giurisprudenziale<sup>10</sup>. Per i giudici internazionali dei diritti umani si pone del resto il problema radicale della legittimazione delle loro decisioni proprio muovendo dal confronto con le decisioni che le corti nazionali adottano «in nome del popolo della Repubblica»<sup>11</sup>.

Grazie a questi filoni di indagine è stato possibile affinare una consapevolezza oramai matura in merito al diverso contesto in cui sono elaborate le decisioni sui diritti a livello nazionale, sovranazionale e internazionale e quindi alle peculiarità del bilanciamento<sup>12</sup> posto in essere dalle Corti che operano nei rispettivi livelli sopra richiamati.

Quando ci si pone nella prospettiva del giudice costituzionale italiano è opportuno mantenere ben chiare le distinte caratteristiche dei due livelli di giustizia europea che vengono sovente accomunati dalla formula della "sovrnazionalità"<sup>13</sup>. L'obiettivo di questo articolo è proprio quello di focalizzare l'attenzione sui canali di relazione intessuti dal giudice delle leggi con il custode dell'integrazione europea e con il garante della CEDU avendo cura di evidenziare il reale peso specifico da riconoscere al fatto di essere (o non essere, come nel caso della Corte EDU) un giudice che ha alle spalle un vero e proprio ordinamento capace di elaborare politiche pubbliche e quindi produrre norme giuridiche finalizzate a declinare, svolgere e attuare quelle politiche. In questa ottica ci proponiamo di evidenziare la diversa (e ben più articolata) complessità che si apre sul versante delle relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, quando si trovano a confrontarsi sui livelli di garanzia "materialmente costituzionali" offerti dalla Carta DFUE, rispetto alle dinamiche che ruotano attorno alla controversia sul livello più elevato di protezione nel confronto tra garanzie costituzionali e garanzie CEDU riferito a un singolo diritto fondamentale<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> È la prospettiva di analisi utilizzata da G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2017.

<sup>10</sup> Così G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti*, cit., 26.

<sup>11</sup> Cfr. A. VON BOGDANDY, I. VENZKE (a cura di), *In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification*, in *European Journal of International Law* (<http://www.ejil.org/index.php>), 2012, n. 1, 7-41; per una sintesi efficace di queste problematiche v. A. VON BOGDANDY, *In the name of European Club of Liberal Democracies: How to Evaluate the Strasbourg Jurisprudence*, in *Blog of the European Journal of International Law* (<http://www.ejil.org/index.php>), December 20, 2018. Sulla crescente legittimazione "sociale" delle decisioni della Corte interamericana dei diritti umani v. F. PIOVESAN, *O impacto da jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit., 129-151, specialmente 150-151.

<sup>12</sup> Per un attento esame delle diverse tipologie di bilanciamento ("sistemico" della Corte costituzionale, "funzionale" della Corte di giustizia UE e "casistico" della Corte EDU) si rinvia a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 53 ss.

<sup>13</sup> Sulla questione delle differenti realtà istituzionali della UE e della Cedu che pesano in modo diverso sull'interpretazione delle recenti rivendicazioni sulla centralità del sindacato di costituzionalità, v. L. CASSETTI, *Cedu e cultura giuridica italiana. 3. Carta costituzionale e Cedu: tutto risolto?* (intervista di R.G. Conti), in *Giustizia Insieme* ([www.giustizainsieme.it](http://www.giustizainsieme.it)), 2019 (5 dicembre 2019).

<sup>14</sup> Come sottolinea S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit., 276, le diverse prospettive di tutela sovranazionale apprestata dalla Corte Edu e dalla Corte di giustizia sono legate a molteplici ragioni, la prima delle quali deriva dal fatto che «l'Unione europea è, a differenza del consiglio d'Europa, un ordinamento giuridico vero e

Mentre dal confronto con il livello delle garanzie elaborato in ambito UE derivano una serie di problematiche interpretative/applicative collegate al fitto intreccio tra fonti interne nazionali e fonti prodotte dall'ordinamento sovranazionale in virtù del riparto delle competenze definite nei Trattati istitutivi (e quindi degli spazi per elaborare politiche pubbliche anche a livello europeo), quando si confrontano le garanzie della CEDU con i diritti/principi costituzionali i rispettivi custodi (Corte EDU e Corte costituzionale) sono impegnati in un lavoro interpretativo dal quale emerge la peculiarità del «sistema» nazionale (di diritti, doveri, politiche pubbliche) rispetto alla dimensione e all'impatto della soluzione adottata nel singolo caso giurisprudenziale risolto a Strasburgo <sup>15</sup>.

*2. Le carte e i “custodi” dei diritti nella pluralità dei sistemi di protezione. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia come luogo privilegiato per testare la necessità del bilanciamento tra obiettivi politici e nucleo essenziale dei diritti: il confronto con i bilanciamenti in ambito nazionale*

Con l'ampliamento delle competenze e quindi delle politiche dell'Unione sono aumentate le occasioni di confronto tra il livello interno e il livello europeo di alcuni presidi dello Stato costituzionale di diritto. Sappiamo bene che la costruzione di un efficace e solido quadro «costituzionale» di riferimento per potenziare le garanzie dei singoli che si muovono all'interno dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia è intimamente legata alla valorizzazione delle garanzie contenute nella Carta DFUE<sup>16</sup>. Si tratta del resto di ambiti in cui le politiche concordate in Europa si devono confrontare con alcuni presidi fondamentali della sovranità statale e con la necessità di rispettare il livello costituzionale delle garanzie. In particolare, la giurisprudenza che si è formata sul mandato di arresto europeo è la prova più evidente di un confronto che chiama costantemente in causa le clausole della Carta DFUE in materia di giustizia (tutela giurisdizionale dei diritti, giusto processo, diritto alla difesa, principi sui delitti e sulle pene, divieto del *ne bis in idem* di cui agli articoli 47-50).

Se è indubbio che lo spazio suddetto rappresenti in un certo senso il luogo più idoneo per affinare le tecniche del bilanciamento, è altrettanto evidente come la valorizzazione dei precetti della Carta costituisca ormai un costante banco di prova per la Corte di giustizia che ha addirittura impresso di recente una significativa accelerazione sul versante del riconoscimento dell'effetto diretto di alcuni diritti fondamentali in materia sociale (es. diritto alle ferie) grazie a una virtuosa interconnessione tra diverse fonti del diritto europeo (fonti derivate e fonti del diritto primario dell'Ue) in modo da favorire la massima effettività di alcune garanzie previste nella Carta DFUE <sup>17</sup>.

---

proprio in cui la *sfera politica* rileva al pari delle garanzie»; nel sistema CEDU la Corte di Strasburgo opera come unico attore sulla scena delle garanzie senza reali contrappesi di natura politica.

<sup>15</sup> È del resto la stessa Corte costituzionale che continua a mantenere distinte le fonti costituzionali di riferimento che restano gli articoli 11 e 117, comma 1, per l'ordinamento eurounitario e l'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui invoca gli “obblighi internazionali”, per il sistema CEDU, come ben sottolinea A. O. Cozzi, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), Rassegna, n. 2/2020 (25 maggio 2020), spec. 8 ss. Insiste sulle diverse premesse ordinamentali dell'integrazione europea rispetto alla legittimazione della giurisprudenza CEDU così come ricostruita dal giudice costituzionale italiano, A. ANZON, *Cedu e cultura giuridica italiana. 3. Carta costituzionale e Cedu: tutto risolto?* (intervista di R. G. Conti), cit.

<sup>16</sup> Cfr. A. DI STASI, *L'incidenza virtuosa della tutela dei diritti fondamentali nel completamento dello spazio europeo di giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (<http://www.fsjeurostudies.eu/>), 1/2019, 5 ove si sottolinea come la compiuta realizzazione dello spazio europeo di giustizia, specie in materia penale, non possa prescindere dalla necessità di garantire la piena tutela dei diritti fondamentali.

<sup>17</sup> Sottolinea l'importanza di questa recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti sociali M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare(?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza “sulle ferie”*, in *Federalismi.it*

Questo fondamentale e sempre più pervasivo obiettivo di potenziamento del ruolo della Carta DFUE deve ovviamente necessariamente fare i conti con le naturali interconnessioni di quelle garanzie con il sistema nazionale (e, in particolare, con il livello costituzionale visto che larga parte delle garanzie della Carta DFUE esprime il condensato delle tradizioni costituzionali maturate a livello nazionale nel secondo dopoguerra attraverso l'esperienza del «Costituzionalismo sociale»<sup>18</sup>) e con le garanzie internazionali elaborate in ambito CEDU grazie all'esperienza interpretativa maturata dalla Corte di Strasburgo. Per queste ragioni ci troviamo ormai quasi quotidianamente a ragionare sul confronto tra le diverse tecniche decisorie delle Corti chiamate a offrire a quelle garanzie effettività all'interno dei rispettivi ordinamenti, ciascuna nei limiti e nelle potenzialità interpretative delle garanzie scritte (Costituzione, Trattati, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) di cui dispone.

Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia fornisce un terreno assai fertile dal quale emergono occasioni frequenti per la Corte di giustizia di misurarsi con il bilanciamento tra obiettivi politici prioritari e la necessità di salvaguardare diritti fondamentali e principi-valori supremi (a partire da quello della dignità della persona) le cui radici si sono consolidate nel momento in cui la Carta dei diritti fondamentali è divenuta, con il Trattato di Lisbona, parte integrante del diritto primario dell'Unione<sup>19</sup>.

Può essere utile richiamare alcuni passaggi decisivi del percorso interpretativo tracciato dalla Corte di giustizia nell'ambito dell'applicazione delle regole sul mandato di arresto europeo.

Nel delicato settore della cooperazione giudiziaria penale abbiamo assistito a un primo approccio volto a rimarcare la priorità dell'obiettivo prioritario della massima collaborazione e fiducia reciproca tra gli Stati, obiettivo ritenuto prevalente rispetto alla valorizzazione del massimo livello delle garanzie individuali rappresentato dalla giurisprudenza CEDU sul processo *in absentia* (caso *Melloni*)<sup>20</sup>. L'obiettivo politico/istituzionale (massimo livello di cooperazione) che è alla base dello spazio di cooperazione giudiziaria ha indotto la Corte di giustizia a rimarcare in questo caso le distanze rispetto al modo di concepire (in termini decisamente più assolutistici e stringenti) le garanzie del giusto processo in ambito CEDU viste dal lato dei diritti dell'imputato processato *in absentia*. In casi del genere siamo in presenza di diverse (e talora non collimanti) narrazioni dei diritti a Strasburgo e Lussemburgo, narrazioni che esprimono approcci diversi alla tecnica del bilanciamento tra garanzie individuali e principi/obiettivi di natura politica. La valorizzazione dell'obiettivo primario della decisione quadro sul MAE e del suo art. 4 bis porta infatti la Corte di giustizia a non ritenere possibile che lo Stato cui è richiesto il rilascio dell'imputato condannato *in absentia* possa opporre il diverso e più stringente livello di garanzia costituzionale del diritto alla difesa: una tecnica del genere vanificherebbe l'efficacia vincolante del diritto dell'Unione su quel territorio, in aperto contrasto con il basilare concetto di primato del diritto UE sul diritto nazionale. Dunque, non è possibile per gli Stati usare "strumentalmente" il dettato dell'art. 53 Carta DFUE nella

---

([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 10/2019, 4-5: questa intercomunicazione tra fonti (principio essenziale, direttiva, diritto primario scritto nella Carta) certifica, qualora ve ne fosse bisogno, il fatto che l'ordinamento dell'Unione è un «vero ordinamento giuridico» in cui le fonti del diritto vivono strettamente correlate al sistema. Su questa giurisprudenza della Corte di giustizia e sul suo impatto sugli stessi equilibri istituzionali dell'ordinamento europeo, si veda, *infra*, al par. 2.1.

<sup>18</sup> Categoria riconducibile all'obiettivo di realizzare uno "Stato sociale di diritto" che non si limita a garantire le sole libertà della tradizione liberale, ma mira piuttosto a realizzare le condizioni per il godimento dei diritti di cittadinanza che includono i diritti sociali, in linea con il programma scritto ad es. nell'art. 3, comma 2 della Costituzione italiana (impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana).

<sup>19</sup> Sui diversi ambiti interessati dalla progressiva estensione delle competenze dell'Unione v. R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 1/2018, 1-36.

<sup>20</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11.

parte in cui vieta di interpretare clausole della Carta stessa come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti nel rispetto ambito di applicazione del diritto UE, dalle convenzioni internazionali - e in particolare dalla CEDU - e... *dalle Costituzioni degli Stati membri*.

Tre anni dopo la Corte di giustizia ha ritenuto invece prevalente il valore "assoluto" della dignità dell'uomo, valore che giustifica la sospensione dell'esecuzione del mandato di arresto in presenza del rischio concreto che il ricercato possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel paese richiedente<sup>21</sup>. Qui siamo nel dominio «totalizzante» del valore supremo della dignità della persona che induce i giudici a rifiutare l'idea del rischio che il condannato possa ricevere trattamenti inumani e degradanti. In questo caso l'art. 4 Carta DFUE e l'art. 3 della CEDU si saldano perfettamente: spetterà poi alle autorità giudiziarie riceventi la richiesta di consegna verificare le reali rassicurazioni offerte dal paese che ha richiesto la misura.

La ricerca di una qualche sintesi fra questi opposti esiti del bilanciamento è arrivata in una recente sentenza in cui la Corte di giustizia ha chiarito che l'autorità giudiziaria chiamata a dare esecuzione al mandato, ove disponga di "elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati" attestanti carenze sistemiche degli istituti penitenziari dello Stato emittente, deve valutare in concreto il rischio della violazione delle garanzie dell'art. 4 della Carta attraverso una valutazione di tutte le condizioni oggettive della detenzione tenuto conto dei requisiti minimi elaborati dalla Corte di Strasburgo in merito ai presupposti oggettivi (dimensioni della cella, presenza di servizi sanitari, loro dimensione etc.) per valutare la precarietà o l'assenza di quelle garanzie come una violazione del divieto convenzionale di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)<sup>22</sup>. In questo caso i giudici di Lussemburgo, avendo scelto di valorizzare al massimo la dignità della persona, hanno attinto ai parametri elaborati in ambito CEDU con riferimento al problema «sistemico» del sovraffollamento carcerario. La Corte di giustizia aveva del resto già in passato offerto il suo punto di vista in merito all'intangibilità della dignità dell'uomo che, essendo parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è destinata a prevalere nelle operazioni di bilanciamento anche quando siano in gioco le libertà economiche fondamentali sulle quali si fonda la stessa costruzione dell'integrazione europea<sup>23</sup>.

Le diverse gradazioni del bilanciamento appena richiamate ci riportano all'esperienza interpretativa del giudice costituzionale quando ricerca caso per caso la ragionevolezza del confronto tra diritti, principi e valori in potenziale conflitto. Ancora di recente, nel corso di un sindacato di costituzionalità di un provvedimento d'urgenza adottato per garantire al contempo il mantenimento dei livelli occupazionali – al fine di dare piena attuazione al diritto al lavoro – e l'adempimento del programma di risanamento ambientale imposto alle acciaierie Ilva di Taranto, la Corte ha ribadito un principio che esprime una precisa linea guida per le operazioni di bilanciamento. I giudici costituzionali hanno infatti invocato la necessità di ricercare caso per caso un equilibrio ragionevole tra diritti fondamentali eventualmente in conflitto: si tratta di un impegno costante che mira a raggiungere sempre una tutela «sistemica e non frazionata in una serie di norme non

---

<sup>21</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

<sup>22</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, causa C-128/18, punto 85. I giudici di Lussemburgo richiamano, tra i presupposti oggettivi da verificare, lo spazio materiale a disposizione del detenuto da calcolare secondo i requisiti minimi risultanti dall'art. 3 Cedu, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, se ai fini della definizione dello spazio disponibile non si deve tenere conto delle infrastrutture sanitarie, quel calcolo dovrà comunque tenere conto del mobilio e si precisa quindi che i detenuti devono in ogni caso conservare la possibilità di muoversi normalmente nella cella.

<sup>23</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbuergermeisterin des Bundesstadt Bonn*: sulla dimensione europea e costituzionale del principio della dignità v. in particolare A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, ESI, Napoli, 2012, 48.

coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (sent. n. 264 del 2012)». E' questa la premessa in nome della quale è possibile evitare la tirannia di uno dei diritti rispetto alle altre situazioni giuridiche che sono tutelate dalla Costituzione e che «costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>24</sup>.

La difficoltà di impostare una qualche forma di bilanciamento con gli obiettivi politici della massima cooperazione e fiducia reciproca tra gli Stati che emerge dal caso *Dorobantu* presuppone in realtà una assolutizzazione della protezione da riservare alle condizioni minime essenziali per garantire la dignità del condannato. Questo ragionamento ci riporta alle argomentazioni utilizzate da ultimo in una recente decisione che ha visto la Corte costituzionale impegnata nel (complesso e problematico) tentativo di precisare i contorni «oggettivi» del principio-valore della dignità umana. La questione di costituzionalità riguardava la ragionevolezza della sanzione penale di alcuni comportamenti criminosi collegati alla prostituzione. Rispetto all'interpretazione offerta dal giudice rimettente, il quale dubitava della legittimità costituzionale delle sanzioni penali previste dalla legge Merlin nei confronti del reclutamento e favoreggiamento della prostituzione ritenendole non coerenti con la realtà odierna in cui la prostituzione è talora frutto di una libera scelta, i giudici costituzionali non solo escludono che la prostituzione volontaria possa essere ricondotta nell'alveo della inviolabilità dei diritti garantita dall'art. 2 Cost. in nome della libera determinazione del singolo nella sfera sessuale, ma ritengono piuttosto che la "scelta" di ricavare denaro da prestazioni sessuali sia da ricondurre nell'alveo del diritto di iniziativa economica. Pur essendo libera, l'iniziativa economica non può però svolgersi in contrasto, tra l'altro, con la dignità umana (art. 41, comma 2 Cost.). Sulla base di questa impostazione la Corte enuclea l'accezione della dignità in termini «oggettivi» e non certo soggettivi, cioè nell'ottica del singolo lavoratore o imprenditore: si tratta del resto di una pratica che ancora oggi non è frutto di una autentica scelta, espressione della libertà di autodeterminazione nella sfera della sessualità, ma di una soluzione che riflette piuttosto la debolezza e la marginalità sociale dell'individuo nel momento in cui accetta di svilire la propria personalità compiendo una scelta che di fatto riduce la sfera più intima della corporeità a merce<sup>25</sup>. Di proteggere questa posizione di debolezza si è del resto fatto carico il legislatore che nel 1958 ha considerato la prostituzione, anche volontaria, un'attività che degrada l'individuo e su questa base ha previsto un ventaglio di ipotesi criminose per tutta una serie di comportamenti atti a impedire che la prostituzione potesse esercitata e quindi regolamentata alla stregua di un'attività di impresa.

È evidente come in questo caso la logica del bilanciamento ragionevole lasci il campo a una assoluta prevalenza del valore della dignità umana che peraltro nella nostra carta costituzionale non è assunta come tale e cioè non opera come un principio pre-positivo e incondizionato<sup>26</sup>, ma è piuttosto declinata in termini relazionali e sociali (la pari dignità «sociale» di cui all'art. 3 comma 1

---

<sup>24</sup> Così Corte cost., sent. 28 novembre 2013, n. 85, par. 9 del *Considerato in diritto*: «Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

<sup>25</sup> Così Corte cost., sent. 7 giugno 2019, n. 141, par.6.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>26</sup> A differenza di quanto accade nella *Grundgesetz* (Legge fondamentale) tedesca (1949) che all'art. 1 proclama espressamente l'intangibilità della dignità della persona, principio che è stato poi ampiamente valorizzato dal Tribunale costituzionale federale in quanto radice di tutti i singoli diritti fondamentali protetti dalla carta costituzionale.

Cost.) e come tale può assumere sfumature diverse in relazione all'evoluzione delle trasformazioni sociali e culturali all'interno della società<sup>27</sup>.

Dal momento che la dignità, in quanto presidio ultimo dei diritti della persona, è stata altresì qualificata come «inviolabile» dall'art. 1 della Carta DFUE<sup>28</sup> registriamo gli esiti di un virtuoso processo circolare di reciproca influenza del costituzionalismo elaborato all'interno del processo di integrazione europea con le tradizioni costituzionali nazionali: in questo processo interpretativo dinamico Corte di giustizia e Corte costituzionale sembrano svolgere ragionamenti nella sostanza convergenti spingendo talora l'acceleratore nella direzione del valore assoluto di quel principio quando si tratta di far valere la tutela prioritaria di soggetti posti in condizioni di vulnerabilità (condannati e persone dedite alla prostituzione).

A differenza di quanto accade per i giudici di Strasburgo, chiamati a interpretare le garanzie convenzionali con riferimento al caso del paese convenuto in giudizio, dinanzi alla Corte di giustizia e alle Corti costituzionali nazionali le questioni relative all'interpretazione e applicazione delle garanzie dei diritti sono necessariamente declinate all'interno dei rispettivi sistemi ordinamentali: la Carta DFUE, che dopo Lisbona ha acquisito lo stesso rango del diritto primario dell'UE, e le Carte costituzionali operano infatti all'interno di una trama di poteri, di politiche, di fonti e quindi si sviluppano all'interno di veri e propri ordinamenti.

È bene ricordare che non tutte le questioni che arrivano alla Corte di giustizia sono ovviamente questioni coinvolgenti diritti fondamentali e anche qualora siano in discussione garanzie di diritti protetti dalla Carta DFUE la Corte di giustizia può, se crede, fare a meno di valorizzare quel parametro (e attenersi unicamente all'interpretazione del diritto derivato). Che i giudici di Lussemburgo operino dentro un sistema di poteri e di competenze è confermato proprio dalla "cura" sovente impiegata nel non considerare norme della Carta recanti diritti e principi sociali, in aperto e chiaro atteggiamento di estrema deferenza verso il legislatore europeo (chiamato a definirne la sostanza normativa) e verso il pieno rispetto del riparto delle competenze tra Ue e Stati membri. Quando la Carta DFUE non viene valorizzata, la Corte di giustizia decide in base alle garanzie prescritte dal diritto derivato (direttiva): questa soluzione appare in linea con l'obiettivo prioritario dell'accordo "politico" che sostiene la Carta DFUE, obiettivo che impone di non utilizzare i principi sociali come valvola per ampliare ed estendere le competenze dell'UE al di là dei confini delle competenze definite dal TFUE<sup>29</sup>.

Si tratta, come vedremo più avanti, di un processo in continua evoluzione visto che la Grande Sezione della Corte di giustizia ha sperimentato negli ultimi anni soluzioni decisorie che vanno invece nella direzione di una coraggiosa spinta verso una piena e incisiva valorizzazione di alcune garanzie proprio nel campo dei diritti fondamentali dei lavoratori. L'attivismo giudiziale in casi del genere conferma in realtà la capacità dei giudici di Lussemburgo di influire sugli equilibri politici e istituzionali attuali nel senso di voler rilanciare il progetto di integrazione nel nome dei diritti in una

---

<sup>27</sup> Cfr. sul punto i rilievi critici di M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) , 8 settembre 2019,13.

<sup>28</sup> Come giustamente rileva A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, cit., 46, il carattere dell'inviolabilità riservato esclusivamente al valore della dignità evidenzia la scelta di riservare una posizione di supremazia di quest'ultimo rispetto agli altri diritti con evidenti ricadute nel campo del bilanciamento.

<sup>29</sup> Per un'indagine comparata sull'approccio della Corte di giustizia rispetto all'interpretazione di principi e diritti in materia sociale in confronto alle tecniche di *self restraint* ovvero di *judicial activism* elaborate dalla Corte costituzionale, v. A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, spec. 414 ss.

situazione contingente assai problematica per l'Unione europea in cui sicuramente prevalgono spinte disgregative e conflittualità tra gli Stati membri<sup>30</sup>.

### 2.1. Nucleo essenziale incompressibile dei diritti e politiche sociali tra spinte in avanti dell'ordinamento europeo e livello costituzionale della protezione

Appaiono in effetti di grande rilievo le aperture recentissime sul versante della piena valorizzazione della Carta DFUE rispetto al riconoscimento, anche nei rapporti inter-privati (dimensione orizzontale) di alcuni diritti fondamentali dei lavoratori (diritto alle ferie retribuite con conseguente diritto all'indennità in caso di mancata fruizione delle stesse). Queste importanti spinte in avanti testimoniano l'affermarsi di una armonizzazione che guarderebbe con sempre maggiore attenzione alla questione dei diritti fondamentali delle persone grazie a una Corte di giustizia ben attenta all'eco che le sue decisioni possono avere in una fase tanto travagliata per l'Unione europea<sup>31</sup>.

È importante sottolineare il passo in avanti nella direzione della tutela effettiva di un diritto sociale fondamentale: le ferie retribuite se non godute si trasformano in indennità economica che non si può perdere automaticamente se il lavoratore, parte debole del rapporto di lavoro, non le ha richieste entro i termini dovuti<sup>32</sup>. In particolare, anche quando il datore di lavoro è una società privata (come nel caso della *Max Planck Gesellschaft*) la garanzia del diritto alle ferie contenuta in una direttiva (art. 7, direttiva 2003/88) sviluppa tutta la sua efficacia in virtù di un ragionamento che consente alla Corte di giustizia di "superare" il problema della natura della fonte europea in questione giacché le direttive hanno di norma effetti giuridici nei confronti degli Stati e degli enti pubblici.

Dinanzi alla questione pregiudiziale interpretativa sollevata dal giudice tedesco (Corte federale del lavoro) in merito alla compatibilità con il diritto dell'Ue della normativa nazionale che ammette la possibilità di perdere il diritto alle ferie annuali retribuite in caso di mancata richiesta da parte del lavoratore nei termini prescritti, i giudici di Lussemburgo chiariscono in primo luogo che il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare se e in quale modo abbia effettivamente messo il lavoratore nelle condizioni di fruire delle ferie annuali e se abbia quindi sufficientemente ricordato che in caso di mancata fruizione le ferie sarebbero andate perse. Per questa via la Corte di giustizia sembra voler rimettere ordine tra le parti del rapporto di lavoro muovendo dalla indispensabile premessa che è il lavoratore la parte debole in quel rapporto ed è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di restringere in misura irragionevole i diritti della controparte<sup>33</sup>.

Come abbiamo anticipato, la portata del diritto suddetto, letto alla luce della direttiva 2003/88 e dell'art. 31 par.2 della Carta DFUE, andava precisata nell'ambito di una controversia tra un lavoratore e un datore rappresentato da un ente di diritto privato e dunque il ragionamento si è dovuto spostare sulla possibilità di far valere la prescrizione imperativa e inderogabile della direttiva (art. 7) nei rapporti tra privati. Il passaggio cruciale della decisione è quello in cui si sottolinea che

---

<sup>30</sup> Lo evidenzia, in particolare, M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1 ss.

<sup>31</sup> Cfr. S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito del diritto alle ferie retribuite*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 10/2019, 1-14.

<sup>32</sup> Corte di giustizia, Grande Camera, sentenze del 6 novembre 2018, in causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft zur Foerderung der Wissenschaften e V c. Tetsuji Shimizu*, ECLI:EU:C:2018:874, e in causa C-619/16 *Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin*, ECLI:EU:C:2018:872.

<sup>33</sup> Così Corte di giustizia, Grande Camera, sent. 6 novembre 2018, in causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft*, cit., par. 41.



quel diritto alle ferie annuali retribuite non è stato in realtà introdotto *ex novo* dalla norma della direttiva, ma trova piuttosto la sua fonte in atti internazionali (Carta sociale europea e Convenzione n. 132 dell'OIL del 24 giugno 1970) e riveste la natura di «principio essenziale del diritto sociale dell'Unione»: come tale ha carattere imperativo. Il contenuto di siffatto principio è “riflesso” nella formula dell'art. 31 della Carta DFUE nella parte in cui proclama il diritto alle ferie annuali retribuite. In virtù del carattere imperativo e incondizionato di siffatto parametro (che come tale non richiede una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'UE o del diritto nazionale, le quali sono piuttosto tenute a precisarne i confini temporali e le modalità esatte di fruizione di quel diritto senza alterarne il contenuto essenziale) l'attenzione si sposta dalla direttiva verso il diritto primario dell'Unione (della cui natura partecipa l'art. 31, par.2 della Carta). L'ultimo ostacolo che la Corte di Giustizia supera è quindi lo spazio relativo all'ambito di applicazione dei diritti della Carta, se è vero che le sue disposizioni si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, e nei confronti degli Stati membri (art. 51). Il fatto che il diritto fosse rivendicato nei confronti di un ente privato può essere dunque superato dalla possibilità che talune disposizioni del diritto primario, seppure rivolte *in primis* agli Stati membri, siano fatte valere nei rapporti tra privati<sup>34</sup>.

Il rilievo “politico” di questa operazione interpretativa all'interno degli equilibri istituzionali e quindi dell'indirizzo politico dell'Unione europea è tanto più evidente e ragguardevole se si considera che la garanzia dell'art. 31 è contenuta nella parte della Carta (Titolo IV) dedicata alla «Solidarietà» le cui garanzie sociali sono state, come noto, in passato declassate al rango di meri “interessi legittimi” ovvero confinate entro lo spazio dei principi (che secondo le Spiegazioni della Carta devono essere meramente osservati e non possono generare diritti soggettivi pienamente azionabili)<sup>35</sup>. E' altresì indubbio che i giudici di Lussemburgo imboccando la via della piena valorizzazione della Carta DFUE nei termini appena descritti possono contribuire a superare la narrazione pubblica, così in voga tra i partiti «sovrani», di un'integrazione europea concentrata unicamente sulle politiche del rigore economico e finanziario.

Che l'attivismo giudiziale nel nome della piena valorizzazione dei diritti fondamentali possa generare una dimensione “politica” del custode dei Trattati UE è del resto una prospettiva che ricorda da vicino un processo che ha visto protagonisti gli organi nazionali di giustizia costituzionale.

In un simile *trend* si inserisce oggi a pieno titolo la Corte costituzionale italiana che ha sperimentato fin dai primi decenni della sua attività diversi gradi e sfumature di quegli orientamenti. Quando i giudici costituzionali si ritraggono è per non invadere la discrezionalità del legislatore (*political question*) mentre quando arrivano (persino) a forzare le maglie dell'accesso al giudizio sulle leggi in via incidentale lo fanno per spingere più in alto l'asticella delle garanzie costituzionali. Talune «forzature» del meccanismo di accesso al giudizio sulle leggi ( al fine di ottenere la sindacabilità delle leggi elettorali, inaugurata con la sentenza n. 1 del 2014, e superare quindi quella che era sempre stata una zona d'ombra del giudizio di costituzionalità ) ovvero sul versante della delimitazione nel tempo degli effetti caducatori (annullamento) di norme dichiarate incostituzionali (a fronte dell'esigenza di non alterare l'equilibrio di bilancio imposto dall'art. 81 Cost., come è avvenuto nella

---

<sup>34</sup> Così Corte di giustizia, Grande Camera, sent. 6 novembre 2018, in causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft*, cit., par. 77 ove si cita il precedente costituito dalla sent. 17 aprile 2018, *Egenberger*, in causa C-414/16, EU:C:2018:257, par. 77.

<sup>35</sup> Il pensiero va in primo luogo alla profonda insoddisfazione generata dalle sentenze *Viking* e *Laval* come opportunamente sottolinea R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto orizzontale delle disposizioni in materia sociale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1/2019, 204. Sul grande potenziale delle garanzie contenute nella Carta DFUE ai fini della valorizzazione della tutela dei diritti sociali nel sistema dell'Unione, v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza sociale*, in M. B. DELI, M. R. MAURO, F. PERNAZZA, F. P. TRAISCI (a cura di), *Imprese e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, ESI, Napoli, 2012, 179-214, spec. 190 ss.

sentenza n. 10 del 2015) fanno parte di filoni giurisprudenziali che sono al centro dell'odierno dibattito in ambito costituzionalistico<sup>36</sup>.

Il quadro di riferimento che ci consente di ipotizzare un «indirizzo politico costituzionale»<sup>37</sup> anche per la Corte di giustizia quando interpreta appieno il suo ruolo di custode della Carta DFUE è rappresentato dalla dimensione ordinamentale del processo di integrazione europea in cui il ruolo del potere giurisdizionale si nutre dell'interpretazione sistematica di diverse fonti del diritto via via stratificate (principi generali/essenziali, diritto primario dei Trattati, garanzie positivizzate nel diritto secondario e poi riflesse e riprodotte nella Carta DFUE) nel percorso di crescita e affinamento della «dimensione costituzionale» dell'Unione europea<sup>38</sup>.

La più recente conferma in merito alla graduabilità dell'intensità del sindacato della Corte di Giustizia è giunta nel bel mezzo dell'emergenza sanitaria globale (Covid-19) quando i giudici costituzionali tedeschi hanno censurato - in modo plateale e minaccioso - l'inconsistenza del controllo di proporzionalità che, per ragioni di prudente *self restraint*, i giudici di Lussemburgo avevano svolto per affermare la piena legittimità delle decisioni della Banca Centrale Europea che nel 2015 aveva varato il programma "Quantitative Easing" (denominato *Public Sector Purchase Programme*, PSPP) con l'obiettivo di consentire alle banche centrali nazionali di acquistare sul mercato secondario titoli del debito pubblico statale e ottenere per questa via un contenimento dell'inflazione e un abbassamento dei tassi di interesse sui titoli del debito pubblico dei paesi in condizione di sofferenza finanziaria<sup>39</sup>. E' evidente come l'impostazione debole del sindacato svolto dalla Corte di giustizia dinanzi a una scelta riconducibile a una delle misure di intervento non convenzionali messe in campo dalla BCE (QE e OMT) sia direttamente collegata con la dimensione

---

<sup>36</sup> Ruotano in particolare attorno a questi recenti filoni giurisprudenziali non solo articoli e saggi ma intere monografie volte a definire i contorni odierni del meccanismo dell'incidentalità nel giudizio sulle leggi (G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017) ovvero si interrogano sugli effetti sistemici di una progressiva dilatazione per via giurisprudenziale dell'accesso "diretto" alla Corte costituzionale (G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018 e S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018)

<sup>37</sup> Nel dibattito costituzionalistico si ricorre a questa formula al fine di evidenziare l'acquisizione da parte del giudice delle leggi di spazi di intervento che evidenziano l'irrobustirsi di un ruolo politico di questa istituzione, ma non certo sul versante dell'indirizzo politico, in cui come è noto, operano governo e parlamento, ma nella dimensione "alta" di indirizzo politico riconducibile alla piena attuazione del dettato costituzionale.

<sup>38</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Una Costituzione e un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 2-22.

<sup>39</sup> Così L. F. PACE, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 16/2020, 307: l'A. evidenzia la contraddizione nella quale incorre il giudice costituzionale tedesco nel momento in cui critica la totale evanescenza del sindacato di proporzionalità svolto dai giudice di Lussemburgo ma di fatto lascia aperto uno spiraglio alla perentorietà della sua "condanna", consentendo alla stessa BCE di poter dare chiarimenti nel termine di novanta giorni in merito alle ragioni del bilanciamento svolto. Con la sent. C-493/17 dell'11 dic. 2018, la Corte di giustizia (GS), rispondendo proprio ai quesiti formulati dal giudice costituzionale tedesco in sede di rinvio pregiudiziale nel corso di un giudizio sorto da alcuni ricorsi individuali diretti, aveva affermato la legittimità del programma di acquisto adottato dalla BCE in quanto quel programma non integrava una decisione *ultra vires* (ovverosia in violazione delle regole sulla competenza dettate dall'art. 5 TUE) e non era stato neppure adottato in contrasto con il divieto di finanziamento monetario ex art. 123 TFUE. Sulle plurime contraddizioni della sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 v., in particolare, A. FERRARI ZUMBINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020: una decisione contraddittoria*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 2/2020, 1-11. Sull'importanza di questa "politica monetaria non convenzionale" della BCE per fronteggiare a livello sovranazionale la grave crisi economico-finanziaria dell'area euro. v. M. BONINI, *La Banca centrale Europea tra forma di governo parlamentare, democrazia "à la UE" e "Costituzionalismi intrecciati*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della costituzione economica*, Giuffrè, Milano, 2017, 61 ss., 75.

istituzionale di scelte di politica monetaria talmente complesse da mettere in discussione i modelli tradizionali di *Central Banking Independence*<sup>40</sup>.

3. *Le garanzie costituzionali alla luce dei rapporti tra ordinamenti che producono fonti ed elaborano politiche pubbliche: l'ipotesi della contestuale violazione di norme costituzionali e di garanzie della Carta DFUE*

Rispetto al quadro ordinamentale di riferimento in cui si collocano le decisioni della Corte di Giustizia e quelle dei giudici costituzionali non si può, a mio parere, dedurre che la «migliore» (nel senso di massimo livello) prospettiva di protezione dei diritti è automaticamente quella del giudice costituzionale nei casi in cui siano in gioco garanzie di diritti fondamentali positivizzati sia nella Carta DFUE che nella Costituzione italiana.

Come è noto, questa problematica interpretativa ha origine da un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017<sup>41</sup> la cui effettiva portata è stata poi precisata nelle argomentazioni contenute in successive pronunce.

È difficile negare una eloquente e significativa concomitanza temporale: nel momento in cui la Corte di Giustizia evidenzia maturità e padronanza nelle operazioni di bilanciamento tra diritti e principi ovvero interessi pubblici (cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti sociali dei lavoratori alla luce delle garanzie della Carta DFUE<sup>42</sup>) e dunque si registra un accresciuto ruolo istituzionale della stessa nel campo dei diritti, la Corte costituzionale ha sentito il bisogno di chiarire e precisare le evoluzioni ordinamentali successive al Trattato di Lisbona.

In virtù di queste evoluzioni dell'integrazione europea e del ruolo acquisito dalle garanzie della Carta DFUE e dall'organo chiamato ad esserne custode, la Corte costituzionale in realtà riannoda i fili di quanto aveva già affermato dieci anni prima quando ha demarcato, nel quadro del riformato art. 117 comma 1 Cost., i confini del vincolo derivante dalle garanzie della CEDU così come applicate e interpretate (in chiave evolutiva) dalla Corte europea di Strasburgo. Come sappiamo, nella sentenza n. 348 del 2007 la Corte costituzionale chiarì che mentre «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un «ordinamento» più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», la Convenzione europea dei diritti dell'uomo invece «non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano «obblighi» per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri»<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Come chiarito da O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, 363: con queste operazioni non convenzionali si va consolidando un modello europeo atipico di indipendenza della banca centrale che sicuramente forza l'impianto teorico *ordoliberal* ma non integra gli estremi di un modello di intervento pubblico di stampo keynesiano.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269, par. 5.2. del *Considerato in diritto*.

<sup>42</sup> Più in generale sulle applicazioni giurisprudenziali che hanno spinto verso una Carta DFUE «rampante» e sulle possibili tensioni che da questo approccio interpretativo sarebbero potute derivare nelle relazioni con i giudici costituzionali, v. L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, G. Giappichelli, Torino, 2013, 146 ss., 162.

Come vedremo più avanti, è proprio la complessità del processo di integrazione sovranazionale e le relazioni strette tra fonti primarie (Trattati e Carta DFUE) e diritto derivato dell'Ue (direttive) a rendere necessario precisare i confini del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale inaugurata dall'*obiter* del 2017 poi divenuto parte integrante della motivazione in alcune decisioni del 2019.

A fronte di un'evoluzione dell'integrazione europea che mette in circolo ormai sempre più spesso gli obiettivi e le competenze definite nei Trattati europei con le garanzie dei diritti fondamentali e che impone le regole sul funzionamento della Carta DFUE, specie nella parte in cui si prevede che le garanzie della stessa si rivolgono anche agli atti e alle scelte degli Stati membri "allorché applicano il diritto dell'Ue", abbiamo assistito a un avvicinamento tra la Corte di giustizia e il giudice delle leggi. La Corte costituzionale ha infatti radicalmente mutato il proprio atteggiamento di chiusura rispetto alla possibilità di instaurare un dialogo con la Corte di giustizia attraverso il ricorso al rinvio pregiudiziale. Di questa scelta, praticata nell'ambito del giudizio in via incidentale nel 2013, si è avuta conferma proprio nella ordinanza n. 24 del 2017 attraverso la quale la Corte ha fatto valere la radicale incompatibilità tra la linea interpretativa condensata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* del 2015 con alcuni principi costituzionali la cui violazione è in grado di far scattare i "controlimiti" alla efficacia diretta e al primato del diritto dell'Ue<sup>44</sup>.

Dunque, nello stesso periodo in cui maturava il confronto-scontro sui "controlimiti", la Corte costituzionale, proprio nella consapevolezza delle evoluzioni in atto sul versante delle competenze dell'ordinamento europeo, ha sentito il bisogno di chiarire le effettive potenzialità del suo ruolo di custode dei diritti fondamentali invocando, sotto forma di *obiter*, la priorità "temporale" del sindacato di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia allorché si sia in presenza della lamentata violazione di una garanzia della Carta DFUE che riproduce una norma costituzionale. L'elemento distintivo fondato sulla natura e sull'efficacia della fonte europea (direttamente applicabile ovvero priva di questo requisito) sul quale si reggeva la "storica" sentenza n. 170 del 1984 non può essere più l'unico discrimine. Piuttosto, occorre valutare nella sostanza la norma del diritto dell'Unione: pur essendo le disposizioni della Carta DFUE ormai parte del *corpus* del diritto primario dei Trattati (e come tale immediatamente applicabile) ciò che rileva è la natura «materialmente costituzionale» di quelle garanzie. Continuare ad accettare che siano i giudici a poter disapplicare il diritto interno in contrasto con quelle garanzie equivarrebbe a consentire un sistema di controllo diffuso sulla violazione di norme «materialmente costituzionali» e quindi a violare le premesse del sindacato accentrato di legittimità costituzionale e il suo ruolo centrale nell'architettura costituzionale italiana<sup>45</sup>.

La priorità temporale del giudizio di costituzionalità è quindi collegata alla necessità di ribadire le specificità del giudizio di costituzionalità accentrato sulle leggi: la prospettiva di sintesi che solo la Corte costituzionale può adottare è legata al possibile esito di quel sindacato ovvero sia alla facoltà di eliminare dall'ordinamento con effetti *erga omnes* la norma interna che contenga in sé sia profili di violazione della Costituzione, sia profili di incompatibilità con le garanzie dei diritti fondamentali in ambito UE. In nome di queste "virtù" del giudizio accentrato, la Corte costituzionale indica ai giudici la via maestra ovvero sia la "preferibilità" dell'immediato sindacato di costituzionalità rispetto all'eventuale non applicazione limitata al caso di specie direttamente praticata da qualsiasi giudice nazionale nel momento in cui riscontri una violazione del diritto europeo direttamente applicabile scritto in una garanzia contenuta nella Carta DFUE che abbia il suo omologo in una garanzia costituzionale.

---

<sup>44</sup> Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24.

<sup>45</sup> Corte cost. sent. 14 dicembre 2017, n. 269, cit., parr. 5.1.e 5.2. del *Considerato in diritto*.

L'attrazione verso il previo sindacato accentrato di costituzionalità in queste circostanze non mi pare si traduca automaticamente in una scontata prevalenza unilaterale delle garanzie costituzionali in nome di una loro aprioristica predominanza assiologica: l'obiettivo è piuttosto quello di una ricerca della prospettiva interpretativa che offra il massimo delle garanzie e al contempo un luogo in cui quella ricerca sia svolta al meglio delle potenzialità (e cioè da parte del giudice delle leggi, unico a poter annullare una legge incostituzionale)<sup>46</sup>.

Nella giurisprudenza del 2019 vi sono esempi virtuosi della ricerca di questa sintesi fondata sulla comparazione dei livelli di tutela che uno stesso principio può aver maturato in ambito nazionale, sovranazionale e convenzionale<sup>47</sup>. Nel momento in cui la Corte costituzionale mette sul suo tavolo i diversi parametri al fine di ponderare gli ambiti di tutela effettivamente raggiunti da un determinato principio a livello unionale, magari muovendo dal livello minimo garantito allo stesso in ambito CEDU, per poi confrontarlo con l'interpretazione costituzionale che lo sostiene in ambito nazionale non compie un'operazione arbitraria, ma ricerca piuttosto una sintesi che possa fornire una risposta definitiva e incontrovertibile alla situazione soggettiva *sub judice*.

Questa sintesi mira in realtà ad arricchire di sfumature l'affresco delle tradizioni costituzionali eventualmente consolidate attorno a quel principio: l'intervento del giudice costituzionale è in realtà un passaggio in certo modo necessario poiché solo sulla base di un costante aggiornamento/arricchimento di quelle tradizioni da parte di ciascun ordinamento nazionale si può alimentare concretamente la ricerca (effettiva e non meramente nominale) delle tradizioni comuni la cui elaborazione spetta alla Corte di giustizia.

Di questa ricerca vi è ampia traccia nell'ordinanza n. 117 del 2019: in questa occasione la giurisprudenza costituzionale è stata messa a confronto con l'orientamento della Corte di giustizia in ordine all'applicazione del principio *nemo tenetur se detegere* giacché il giudice rimettente (Corte di Cassazione) dubitava della compatibilità della norma interna, adottata in attuazione del diritto UE in ordine al procedimento amministrativo di contestazione dinanzi alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate, con le garanzie costituzionali del diritto alla difesa e del giusto processo (artt. 24, 111, 117, comma 1, Cost.), quest'ultimo letto alla luce dell'art. 6 CEDU e in relazione all'art. 47 della Carta DFUE. In una situazione in cui sono presenti tutti i parametri (costituzionali, europei e sovranazionali) la Corte costituzionale ha chiarito che il diritto al silenzio e a non fare affermazioni che potrebbero danneggiare l'incolpato (garantito dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 CEDU) vale non solo in materia penale, ma si applica anche ai procedimenti amministrativi: al contempo ha attivato il rinvio pregiudiziale al fine di ottenere dalla Corte di giustizia un chiarimento in merito alla lettura di quella garanzia alla luce dell'art. 47 della Carta DFUE. Applicando qui la regola dell'*obiter* del 2017 si raggiunge l'obiettivo della previa valutazione con effetti *erga omnes* della incostituzionalità della norma impugnata e allo stesso tempo si lascia, in questo caso su iniziativa della stessa Corte costituzionale, il dovuto spazio al coinvolgimento interpretativo della Corte di giustizia che è chiamata a chiarire e precisare l'estensione della copertura dell'art. 47 della Carta DFUE allorché una garanzia tipica del processo penale sia invocata rispetto a un procedimento amministrativo<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Secondo A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 260-61 la Corte costituzionale avrebbe invece ecceduto nel rivendicare a se stessa un ruolo centrale nella precisazione dei contenuti della Carta DFUE per via delle tradizioni costituzionali comuni e avrebbe altresì rivendicato una discutibile posizione di egemonia all'interno della rete giudiziaria sulla quale si regge l'integrazione europea.

<sup>47</sup> Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 13/2019, 1-28.

<sup>48</sup> Sul punto, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 18/2019, 14.

È evidente la necessaria circolarità di un processo interpretativo che è il naturale corollario di sistemi nazionali sempre più profondamente integrati in un ordinamento sovranazionale la cui crescita resta sì affidata alla responsabilità di tutti i giudici chiamati a far prevalere il diritto euro-unitario sul diritto nazionale, ma non può prescindere dal confronto continuo e costante sui diritti, attraverso le relazioni tra il giudice costituzionale e le soluzioni interpretative della Carta DFUE riservate alla Corte di giustizia. Come abbiamo già ricordato, la Corte di giustizia ha nel suo corredo interpretativo un ampio spettro di soluzioni che vanno dalla mancata valorizzazione fino alla affermazione della piena e assoluta precettività, sperimentata di recente anche nel campo dei diritti sociali fondamentali (diritto alle ferie retribuite protetto dall'art. 31 Carta DFUE). Per questa via si procede attraverso un confronto costante tra le tradizioni elaborate in ambito nazionale su analoghe clausole di garanzia declinate nella Carta DFUE <sup>49</sup>.

È altresì indubbia la complessità di questo confronto e la molteplicità di situazioni che si possono concretamente verificare se è vero che il valore precettivo delle diverse garanzie offerte dalla Carta DFUE non è certo frutto di un processo interpretativo chiuso e definito, ma costantemente in via di precisazione ad opera della Corte di giustizia.

### 3.1. *Le relazioni tra ordinamenti giuridici (nazionale e sovranazionale) e il ruolo centrale del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*

Il confronto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia si sviluppa sulla base di una fitta e complessa trama di relazioni tra ordinamenti, relazioni che rispecchiano l'andamento del riparto delle competenze e quindi delle politiche che hanno condotto il processo di integrazione europeo al punto in cui siamo. Come abbiamo già evidenziato, il confronto invocato dalla sentenza n. 269 del 2017 origina sia dalla percezione della «frequenza» con la quale ormai la Corte di giustizia imposta e risolve il bilanciamento tra obiettivi politici e diritti fondamentali, coinvolgendo sempre più spesso i principi e le regole contenute nella Carta dei diritti fondamentali, sia dalla praticabilità della via del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (anche) da parte della Corte costituzionale.

Proprio per la complessità di siffatte relazioni tra ordinamenti ormai fortemente integrati, le precisazioni rispetto all'*obiter dictum* del 2017 (relativamente all'ipotesi della contestuale violazione di una garanzia costituzionale che si trovi riprodotta in una norma della Carta DFUE) via via introdotte nelle motivazioni di alcune decisioni del 2019 non risolvono tutte le questioni interpretative, alcune delle quali restano ancora problematicamente aperte.

La prima questione riguarda la natura del vincolo della previa proposizione della questione di legittimità costituzionale di una norma che sia sospettata di violare al contempo garanzie della Costituzione riprodotta nella Carta DFUE. Se, già alla luce delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019, non si può ragionevolmente parlare di un obbligo, è però evidente che la Corte costituzionale ha invitato i giudici a instaurare con essa un confronto diretto: si tratta di un rimedio "fortemente opportuno" che viene sollecitato dai giudici costituzionali<sup>50</sup>.

Sempre alla luce della giurisprudenza del 2019 è stato precisato l'ambito della facoltà dei giudici di sollevare qualsiasi questione pregiudiziale: non vi è alcuna preclusione e dunque la questione

---

<sup>49</sup> Nel valutare l'impatto e la *ratio* della sent. n. 269 del 2017, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit., 226, sottolinea come si sia voluto creare da parte dei giudici costituzionali uno spazio per intervenire sul "terreno comune" delle *tradizioni costituzionali* in cui Corte costituzionale e Corte di giustizia si troverebbero a cooperare nella determinazione dei significati da attribuire alla Carta di Nizza.

<sup>50</sup> Così S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 10/2019, 26.

pregiudiziale può coinvolgere qualsiasi profilo che il giudice ritenga di dover sottoporre all'attenzione della Corte di giustizia una volta concluso il sindacato di costituzionalità.

È altresì inevitabile che il comportamento del giudice dipenderà dall'esito del giudizio di costituzionalità: nell'ipotesi in cui vi sia stata una sentenza di accoglimento, l'annullamento della norma interna incompatibile sia con la Costituzione che con le analoghe garanzie della Carta DFUE rende pressoché inutile domandare alla Corte di giustizia lumi sulla compatibilità di una norma che è stata già sradicata dal sistema.

Diversa è invece l'ipotesi in cui il sindacato di costituzionalità abbia portato a una pronuncia di rigetto: in questo caso il giudice potrebbe avere qualche remora nel disapplicare una norma che è stata ritenuta conforme a Costituzione in virtù di un parametro interno sostanzialmente omogeneo al precetto della Carta DFUE e dunque potrebbe usare lo strumento del rinvio pregiudiziale, sempre che lo stesso non sia stato già attivato dalla stessa Corte costituzionale.

I problemi aperti più rilevanti derivano dalle specifiche caratteristiche ordinamentali relative all'assetto delle fonti europee e in particolare dall'intreccio tra le garanzie della Carta DFUE con analoghe garanzie già introdotte dal diritto europeo derivato, sia di fonte regolamentare (quindi dotato dell'applicabilità immediata e diretta) sia introdotto mediante direttiva (che può lasciare spazi più o meno ampi alla scelta discrezionale del legislatore nazionale in sede di attuazione della direttiva).

Il valore effettivo delle garanzie della Carta DFUE è dunque una questione spesso strettamente correlata con l'esistenza di analoghe garanzie all'interno di norme del diritto derivato (es. direttive) che spesso la Carta DFUE, adottata nel 2000 quando ormai il livello di integrazione tra gli ordinamenti era già molto profondo, si è limitata a riprodurre. In virtù di questo legame è opportuno chiarire di volta in volta il rapporto tra le due fonti. In presenza di norme nazionali che contrastino con una garanzia che si trova positivizzata nella Carta DFUE ma trova la sua origine nel diritto derivato, sarà opportuno verificare la «reale» sostanza normativa dello stesso e quindi stabilirne il carattere eventualmente auto-applicativo.

Se la norma interna di attuazione si inserisce in uno spazio aperto alla discrezionalità del legislatore si giustifica l'attivazione del previo controllo di costituzionalità rispetto all'eventuale non applicazione con possibile rinvio pregiudiziale da parte del giudici: è questo del resto il caso oggetto della sentenza n. 20 del 2019 giacché la norma interna, impugnata dal giudice rimettente per aver introdotto un vincolo di pubblicità per i dati reddituali di tutti i dirigenti pubblici in violazione del principio di proporzionalità nella tutela della *privacy*, si inseriva in un quadro normativo di applicazione del diritto dell'Ue ma operava all'interno di uno spazio non del tutto vincolato dallo stesso. In virtù di questa premessa si giustifica l'intervento in prima battuta della Corte costituzionale anche se, in nome della unità ed effettività del diritto europeo, devono residuare margini al giudice per adottare misure provvisorie, rivolgersi eventualmente alla Corte di Giustizia tramite rinvio pregiudiziale (sia di interpretazione che di validità) e disporre l'eventuale disapplicazione della regola nazionale una volta concluso il sindacato di costituzionalità<sup>51</sup>.

In un'ottica di piena e aperta collaborazione tra i giudici, che restano appunto pienamente titolari e responsabili rispetto all'uso del rinvio pregiudiziale, e la Corte costituzionale, che è in grado di attivare il medesimo strumento per invocare sia il sostegno interpretativo della Corte di giustizia quando non vi sia giurisprudenza (ovvero vi siano interpretazioni contrastanti) in merito al valore e all'estensione di una clausola della Carta DFUE, sia per accertare la validità della fonte europea derivata sospettata di violare un parametro della Carta DFUE, credo si possa ragionevolmente ammettere che anche nell'ipotesi in cui la fonte interna sia pienamente riprodottriva di una direttiva e sussistano le condizioni per avere una doppia pregiudizialità possa essere la Corte costituzionale,

---

<sup>51</sup> In linea con quanto richiesto da Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*.

investita in via prioritaria, a sollevare questione pregiudiziale per aprire la via del controllo di compatibilità rispetto al diritto dell'Unione.

Analoga possibilità dovrebbe poter valere anche quando la norma interna, sospettata di confliggere sia con la Costituzione che con la Carta DFUE, sia riproduttiva di un principio codificato in un regolamento. Il giudice costituzionale è perfettamente consapevole del fatto che un sindacato di costituzionalità su una norma del genere sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione e quindi può valutare, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in materia, se si renda indispensabile la via del rinvio pregiudiziale. È questo il caso già verificatosi in occasione della già citata ordinanza n. 117 del 2019. La Corte costituzionale dinanzi al sospetto di incostituzionalità della previsione che impone un obbligo di collaborazione nell'ambito di indagini su illeciti anticoncorrenziali corredato dalla possibilità di irrogare sanzioni a colui che in sede di audizioni non collabora per non contribuire alla propria incolpazione, obbligo sostanzialmente riproduttivo di una disposizione di natura regolamentare (che aveva sostituito una precedente direttiva del 2003), una volta prospettata l'ipotesi della contestuale violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui comprende il diritto al silenzio, dell'art. 6 CEDU, per la natura sostanzialmente punitiva delle sanzioni applicabili nel caso di violazioni di natura amministrativa, e delle garanzie contenute negli articoli 47 e 48 della Carta DFUE, si ferma dinanzi alla mancata chiarezza della giurisprudenza della Corte di giustizia. Infatti, mentre in alcune sentenze si rimarca la pienezza del vincolo di collaborazione nel corso di indagini su illeciti anticoncorrenziali, in pronunce successive all'entrata in vigore della Carta di Nizza i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto il carattere punitivo delle sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento in materia di abuso di informazioni privilegiate e questo farebbe pensare alla opportunità di estendere all'incolpato in quei procedimenti amministrativi sanzionatori il diritto al silenzio già garantito nei processi penali. A fronte di questa ambiguità, in virtù della sovrapposibilità tra la norma interna e la regola contenuta in una fonte europea direttamente applicabile, la Corte costituzionale, riprendendo in toto la prospettazione offerta nell'ordinanza di rimessione dalla Corte di Cassazione, attiva il rinvio ex art. 267 TFUE chiedendo lumi alla Corte di giustizia in merito sia all'interpretazione della fonte europea, per verificare se consenta allo Stato di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente quando corra il rischio di fare emergere una sua responsabilità per un illecito punito con sanzione amministrativa di natura punitiva, sia in merito alla validità della fonte medesima da valutare, qualora si escluda quella possibilità interpretativa, con riferimento alla garanzia del diritto al silenzio ricavabile dagli articoli 47 e 48 Carta DFUE alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>52</sup>.

Il ruolo di «cerniera» svolto dalla Corte costituzionale in presenza di un dubbio che nel caso sopra richiamato coinvolge la violazione delle tre Carte (Costituzione, CEDU e Carta DFUE) è frutto della piena cooperazione con il giudice rimettente, non mette in discussione il ruolo della Corte di giustizia rispetto alle sue prerogative nell'interpretazione della Carta DFUE né rispetto al suo ruolo nella individuazione delle tradizioni comuni e pone al contempo le premesse per una sintesi che solo il giudice costituzionale, in virtù delle caratteristiche proprie del giudizio accentrato, è in grado di svolgere.

Potrebbe presentare altrettanti profili problematici il confronto tra la norma interna sospettata di violare una garanzia della Carta DFUE che, pur non essendo esplicitamente contenuta nel catalogo costituzionale, è il frutto dell'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale: se si seguisse il criterio "formale" diverse potrebbero essere le situazioni in cui il ri-accentramento del sindacato predicato dal giudice costituzionale, in caso di duplice violazione di parametro europeo e nazionale,

---

<sup>52</sup> Corte costituzionale, ord. 10 maggio 2019, n. 117.



non potrebbe operare. Nel catalogo della Carta DFUE vi sono infatti diversi esempi di garanzie che non trovano una corrispondenza diretta nel catalogo costituzionale ma il cui ambito potrebbe facilmente desumersi da interventi manipolativi del giudice delle leggi (interpretazione evolutivo/estensiva di una garanzia, sindacato di eguaglianza/ragionevolezza, interventi manipolativi/additivi etc.) Se in questi casi si mantenesse la prospettiva di privilegiare la sostanza (costituzionale) della garanzia contenuta nella Carta DFUE certo si estenderebbe ulteriormente il raggio di azione del giudice costituzionale in caso doppia pregiudiziale: ma è altresì indubbio che chiudere gli occhi davanti a questa ipotesi sarebbe come negare il valore di fonte delle sentenze manipolative della Corte costituzionale e la capacità della giurisprudenza costituzionale di aggiornare e potenziare il valore di un catalogo di diritti scritto nel 1947.

#### *4. La «garanzia di sistema» rivendicata dalla Corte costituzionale rispetto al livello di tutela internazionale dei diritti dell'uomo*

La “garanzia di sistema”, che la Corte costituzionale ha più volte invocato al fine di evidenziare il più efficace livello di tutela dei diritti fondamentali realizzabile in ambito nazionale rispetto alla protezione internazionale dei diritti umani, è stata usata, come è noto, per “aggiustare” il peso specifico e la pervasività della giurisprudenza della Corte EDU come parametro interposto ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost. (obblighi internazionali che limitano la potestà del legislatore statale e regionale). L’enunciazione di questo argomento appartiene a una delle «tecniche di distanziamento»<sup>53</sup> dei giudici costituzionali rispetto agli orientamenti elaborati a Strasburgo nel caso delle cd. “pensioni svizzere”. In quella occasione la Corte costituzionale si rifiutò infatti di riconoscere piena tutela al diritto a un equo processo – a differenza di quanto era stato statuito dai giudici di Strasburgo nella condanna a carico dell’Italia per avere dato applicazione retroattiva ad una norma che aveva influito su processi in corso favorendo esiti deteriori per i ricorrenti – sulla base di un giudizio di ragionevolezza impostato autonomamente in cui la Corte ha tenuto conto di altri principi/interessi costituzionali in gioco ovvero della parità di trattamento tra pensionati e della necessità di mantenere il bilancio in equilibrio<sup>54</sup>.

In effetti, sul versante dei rapporti tra Corte costituzionale e CEDU non troviamo l’intreccio tra le garanzie di natura costituzionale di un catalogo dei diritti con un sistema di fonti prodotte da un ordinamento sovranazionale, ma siamo di fronte alla complessa ricerca della delimitazione del vincolo della interpretazione giurisprudenziale delle garanzie convenzionali elaborata dalla Corte di Strasburgo. La difficoltà di questa ricerca, costellata da progressivi «distinguo» successivi alle sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 è direttamente collegata alla tecnica decisoria e alle modalità del *reasoning* di quel giudice internazionale dei diritti umani.

È rispetto a questa specificità della tecnica decisoria e dell’argomentazione utilizzata dai giudici di Strasburgo che si concentra la distanza di questo modello decisionale rispetto alla «tutela sistemica e non frazionata» che il nostro giudice delle leggi continua a opporre con l’obiettivo di far valere la supremazia assiologica delle garanzie costituzionali.

---

<sup>53</sup> Secondo la felice formula utilizzata da F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 483.

<sup>54</sup> Cfr. Corte cost., sent. 28 novembre 2012, n. 264, par. 5.4., ove si contrappone la tutela «in modo parcellizzato» dei diversi valori in campo realizzata a Strasburgo (nel caso *Maggio e altri c. Italia*, sent. 31 maggio 2011) alla «tutela sistemica e non frazionata» che spinge i giudici costituzionali a tenere conto dell’equilibrio complessivo del sistema previdenziale, dei vincoli di bilancio scritti nell’art. 81 Cost. e della necessità di evitare un’insostenibile sperequazione a vantaggio dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo i quali avevano in realtà versato in Svizzera un quarto dei contributi dovuti in Italia.

A differenza delle premesse sopra ricordate con riferimento ai rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento UE, la prospettiva di “sistema” nel caso dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU è tutta *interna* alle modalità, alle forme e alla estensione della tutela dei diritti fondamentali nel singolo caso portato dinanzi a quel giudice internazionale.

Su questa premessa si fonda del resto l’affermazione della giurisprudenza costituzionale sul «più elevato livello di tutela» offerto dalla Carta costituzionale che, a differenza della prospettiva meramente individuale e casistica dell’applicazione delle garanzie convenzionali nelle decisioni rese a Strasburgo, consente al giudice costituzionale di ponderare le garanzie di un diritto calandolo all’interno del sistema nel suo complesso (fatto di diritti, doveri, principi generali).

Nell’ottica di perseguire l’obiettivo della «massima espansione delle tutele» la Corte costituzionale è approdata all’affermazione della «superiorità assiologica» della Carta costituzionale che giustifica la necessità di graduare l’intensità dell’effetto di vincolo delle decisioni della Corte europea di Strasburgo in relazione all’eventuale sussistenza degli indici di riconoscimento della giurisprudenza europea «consolidata» elencati nella sentenza n. 49 del 2015. In questa sentenza la Corte costituzionale ha tentato di precisare i confini del vincolo interpretativo accedendo a una casistica della cd. «giurisprudenza consolidata» non certo soddisfacente né interamente comprensibile<sup>55</sup>: di questo «finto» dialogo abbiamo piena testimonianza con la «risposta» arrivata dalla Corte di Strasburgo nel caso *G.I.E.M. and Others*. La precisazione fornita dalla Grande Camera nel caso in questione, in merito alla «pari» efficacia giuridica vincolante di «tutte» le sentenze adottate dalla Corte di Strasburgo, a prescindere dalla composizione del collegio giudicante competente a decidere, esprime una chiara reazione ai distinguo introdotti nella suddetta sentenza del 2015: ciò è del resto confermato dall’esplicito rilievo del giudice Pinto de Albuquerque quando evidenzia il carattere perentorio della suddetta affermazione della Corte EDU capace di «privare la sentenza n. 49 del 2015 del suo fondamento teorico»<sup>56</sup>. Al di là del carattere perentorio e diretto dell’affermazione in questione non si può però parlare di un vero e proprio chiarimento.

La prospettiva dalla quale prendono le mosse i distinguo della Corte costituzionale è legata alla consapevolezza di dover definire i confini del vincolo di conformità agli obblighi internazionali di cui all’art. 117 comma 1, Cost. Per questo motivo assumono un grande rilievo i dubbi su ciò che a Strasburgo si deve considerare come orientamento «consolidato».

---

<sup>55</sup> Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, par. 7, del *Considerato in diritto*, ove si legge a proposito degli indici di riconoscimento del diritto consolidato: «Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto.

Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale».

<sup>56</sup> Corte EDU, G. C., sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. and Others v. Italy*, par. 252; Opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, spec. parr. 41 e 42.

Rispetto al vincolo derivante dalla giurisprudenza elaborata dai giudici di Strasburgo occorre considerare i caratteri di quel processo e le potenzialità decisorie riservate a quel giudice internazionale, potenzialità che convergono sull'unica possibilità di decidere se il diritto nazionale denunciato abbia violato o meno una garanzia della Convenzione e sulla consapevolezza del fatto che tutte le decisioni sono egualmente vincolanti. Non troviamo qui alcuno spazio per il dialogo costante con i giudici nazionali che si realizza in particolare nelle forme strutturate del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>57</sup>.

Nella giurisprudenza del 2019 resta del resto confermata la premessa del cd. «predominio assiologico» della Costituzione abbinata con la precipua capacità della Corte costituzionale di interpretarla in una prospettiva «di sistema» che significa poter effettuare di volta in volta un bilanciamento con altri valori costituzionali eventualmente confliggenti. Da qui deriva l'unicità del bilanciamento costituzionale e quindi l'unicità del risultato ovvero la possibilità di annullare una legge con effetti *erga omnes*.

Nella sentenza n. 25 del 2019 la Corte si è trovata nella condizione di dover fare la sintesi tra una sua decisione del 2010 (n. 282), la sentenza della Corte EDU *De Tommaso* e una sentenza della Corte di Cassazione (SS.UU. penali n. 40076 del 2017) rispetto al significato del principio di legalità in materia penale. La norma che puniva l'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, passata indenne dal giudizio di non fondatezza dei giudici costituzionali nel 2010, è stata poi scrutinata dalla Corte di Strasburgo rispetto al principio di legalità con riferimento alla libertà di circolazione (art. 2 prot. n. 4 CEDU) e si è arrivati alla censura di quella misura di prevenzione che, per la sua formulazione vaga e imprecisa, collide con la prevedibilità della condotta criminosa necessario presupposto per limitare la libertà personale di circolare. I giudici della Cassazione si sono confrontati con questa interpretazione della Corte EDU giungendo a una sostanziale convergenza, ma quell'intervento non ha generato una vera e propria *abolitio criminis* e dunque permanevano spazi in cui quella norma incriminatrice avrebbe potuto operare. Il sindacato di costituzionalità si pone qui come necessario completamento dell'opera interpretativa della Suprema Corte giacché l'interpretazione adeguatrice dei giudici è soluzione ben diversa dallo sradicamento dal sistema con effetti *erga omnes* mediante la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio convenzionale come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.<sup>58</sup>.

È chiaro l'uso che la Corte fa della giurisprudenza elaborata a Strasburgo riconoscendo a quest'ultima il più elevato livello di garanzia a oggi esistente: su questa base arriva alla decisione di incostituzionalità della norma incriminatrice considerando assorbito il parametro interno dell'art. 25 Cost. Quando la Corte costituzionale “sposa” integralmente, come in questo caso, la versione adottata a Strasburgo - in quanto vi riconosce il più elevato livello di tutela - è come se traghettasse nell'ordinamento un esito giurisprudenziale che si è formato nell'ambiente affatto peculiare della tecnica decisoria utilizzata dalla Corte di Strasburgo.

Dunque, il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU è la premessa per filtrare l'impatto di un pronunciamento di un giudice internazionale che non solo ha un suo modo autonomo di procedere, fortemente condizionato dal caso concreto, ma che non ha strumenti per confrontarsi con i giudici nazionali nel corso della elaborazione del *decisum*.

In altre parole, il livello di protezione offerto dalla CEDU deve essere riportato all'interno dell'ordinamento e interpretato alla luce sistema costituzionale nel suo complesso, senza che vi sia,

---

<sup>57</sup> Per queste e altre sostanziali differenze sulle tecniche processuali e decisorie della Corte di giustizia rispetto alla Corte EDU si rinvia al saggio di S. O'LEARY, *A Tale of Two Cities: Fundamental Rights Protection in Strasbourg and Luxembourg*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-yearbook-of-european-legal-studies>), 20, 2018, 3-31.

<sup>58</sup> Corte cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 25.

però, una scontata prevalenza del livello costituzionale della garanzia. Dunque, in queste dinamiche la rivendicata centralità del giudizio di costituzionalità non implica - necessariamente - la prevalenza della carta costituzionale se il livello maturato a Strasburgo è giudicato più elevato.

5. *Relazioni ordinamentali per la protezione più efficace dei diritti ed effetto di vincolo della giurisprudenza internazionale dei diritti dell'uomo: a ciascuno il suo*

Alla luce delle considerazioni svolte sul confronto fra Corti nell'ottica della dimensione ordinamentale che accomuna i sistemi nazionali e l'Unione europea non mi pare corretto né utile sovrapporre il richiamo alla importanza di una garanzia giurisdizionale dei diritti dentro un sistema di giustizia costituzionale accentrato (che a sua volta si inserisce all'interno di poteri, competenze e responsabilità delle istituzioni repubblicane), richiamo che è alla base delle precisazioni svolte nei confronti della Corte di giustizia, con la necessità di perseguire l'obiettivo del massimo livello delle garanzie che la Corte costituzionale ha elaborato nel – non certo lineare – cammino fatto di progressivi aggiustamenti dell'effetto di «vincolo» della giurisprudenza elaborata in ambito CEDU all'interno dell'ordinamento nazionale.

Non mi sembra che rispetto all'ordinamento dell'Unione europea la Corte costituzionale abbia rivendicato una supremazia, ma piuttosto la possibilità di mettere in campo *in prima battuta* il suo armamentario e cioè la possibilità – che la rende unica nel sistema interno dei poteri costituzionali – di annullare eventualmente leggi incostituzionali con effetti *erga omnes*, senza però precludere in alcuna forma ai giudici comuni di invocare in ogni fase del giudizio la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia quando vi siano le ragioni e i presupposti per poterlo fare. Piuttosto, si tratta di ragionare in termini di leale collaborazione nella lettura delle clausole della Carta DFUE in relazione alla tradizione interpretativa interna che è di per sé in continua evoluzione grazie alla giurisprudenza costituzionale.

Se dalla posizione istituzionale dei garanti si passano a considerare le fonti di riferimento (e cioè le carte dei diritti inserite all'interno di sistemi diversi) ci si rende conto del fatto che mentre nell'evoluzione del cammino ermeneutico volto a precisare i confini del vincolo derivante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo i giudici costituzionali ammettono che da quella giurisprudenza possa effettivamente arrivare un livello «in astratto» più elevato rispetto alle garanzie maturate in ambito nazionale, fatta salva però la premessa che è preferibile la visione di «sistema» propria del giudice costituzionale, rispetto all'ordinamento unionale europeo vi potrebbe essere un livello più elevato grazie alle clausole della Carta DFUE così come interpretate dalla Corte di giustizia. Ciò che caratterizza quest'ultimo ordinamento è il fatto di evolvere all'interno di un tracciato in cui i giudici costituzionali (oltre che i giudici comuni) procedono insieme con la Corte di giustizia mettendo in campo le rispettive capacità di essere non solo custodi delle rispettive carte, ma anche interpreti in grado di relazionarsi con gli equilibri politici maturati nei rispettivi ordinamenti giuridici.

FILIPPO VARI

## Le prospettive di riforma del sistema CEDU.

### Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma

SOMMARIO: 1. Il nuovo ruolo della giurisprudenza (e) della Corte EDU. – 2. Il contenuto del Protocollo 15: il termine per ricorrere, le modifiche del preambolo della CEDU e alcune norme organizzative della Corte di Strasburgo. – 3. Il contenuto del Protocollo n. 16 e il rinvio “pregiudiziale” alla Corte EDU per un parere formalmente consultivo, sostanzialmente vincolante. – 4. Un problema di potere: il potenziamento della Corte EDU a scapito del Parlamento... – 5. ... e della Corte costituzionale. – 6. In conclusione: un difficile equilibrio rimesso in discussione.

#### 1. Il nuovo ruolo della giurisprudenza (e) della Corte EDU

Questo lavoro non può non muovere dalla condivisione – sia pure sul piano descrittivo e non del dover essere – di due rilievi formulati dall’illustre studioso cui è dedicato.

Il primo è relativo al “ruolo oggi accordato alla giurisprudenza come vera e propria fonte del diritto (almeno) nel campo dei diritti umani, non essendo più la relativa elaborazione (se mai lo sia stata) una pedissequa reazione ad una regola di diritto, ma risultando piuttosto uno strumento di conformazione e di reperimento della regola stessa nell’ambito del materiale, talvolta magmatico, fornito da una pluralità di legislatori e corti”.<sup>1</sup> In altri, termini, nell’attuale fase storica siamo di fronte, specie nel settore dei diritti fondamentali, a un ampio fenomeno di creazione di norme a opera dei giudici, il c.d. diritto giurisprudenziale, talora finanche in contrapposizione con il c.d. diritto legislativo.

In questo quadro più ampio – che di per sé suscita non pochi problemi<sup>2</sup> – il secondo rilievo è relativo all’evoluzione del ruolo della Corte europea dei diritti dell’uomo. Essa è “pervenuta nel tempo ad assumere un ruolo alquanto più rilevante di quello già consistente che ad essa spetta nel sistema convenzionale”.<sup>3</sup>

In particolare, il ruolo della Corte EDU è stato, anzitutto, significativamente rafforzato dall’introduzione della possibilità per i singoli di adirla.

Fino all’inizio degli anni ’90 l’impatto della Convenzione sull’ordinamento interno era alquanto limitato. La CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo trovavano spazio marginale anche nella riflessione scientifica di studiosi diversi dagli internazionalisti.

Successivamente la situazione è completamente cambiata: nuove norme di carattere processuale e organizzativo hanno dato la possibilità a tutte le persone che si trovano nello spazio del Consiglio d’Europa di adire la Corte di Strasburgo come giudice “di ultima istanza” delle posizioni

---

<sup>1</sup> P. COSTANZO, *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione europea nella giurisprudenza della Corte EDU* n *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi 2016/I, 11.

<sup>2</sup> Sul punto in senso critico v. di recente A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ibid.*, 757 ss. Per una diversa posizione v., invece, sempre tra gli scritti più recenti. R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in *Sistema penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 2019. Cfr., inoltre, A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) Studi 2019/III, 707 ss.

<sup>3</sup> P. COSTANZO, *op. ult. cit.*, 10.

giuridiche soggettive protette dalla Convenzione,<sup>4</sup> così favorendo “la percezione della Convenzione e della sua Corte in termini «costituzionali»”.<sup>5</sup>

Tale percezione è stata ulteriormente accentuata dalla giurisprudenza di Strasburgo che, con “un’aspirazione del tutto fuori luogo rispetto ai tratti originari della CEDU”,<sup>6</sup> ha inteso quest’ultima non come un testo definito, ma un «*living instrument*» in continua evoluzione.<sup>7</sup> In sostanza, come chiarito da Bin, questa giurisprudenza ha finito per trasformare la CEDU “da programma di difesa dello *status quo* diretto a scongiurare che l’evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste di cui godono le democrazie occidentali” a “strumento volto a governare gli sviluppi futuri, a adattare le proprie previsioni all’evoluzione della società e modificare significati e equilibri tra i principi in corrispondenza ai programmi politici che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche di continuo trasformano”.<sup>8</sup>

In tale orizzonte si collocano le prospettive di riforma della Corte EDU previste in due Protocolli aggiuntivi, il 15 e il 16, alla Convenzione di Roma, attualmente in fase di ratifica nel nostro Paese e al centro di questo lavoro.<sup>9</sup>

## 2. Il contenuto del Protocollo 15: il termine per ricorrere, le modifiche del preambolo della CEDU e alcune norme organizzative della Corte di Strasburgo

Quanto al merito di tali documenti, si può rilevare come la previsione più significativa contenuta nel Protocollo 15 è, all’art. 4, quella che riduce a quattro mesi, dagli attuali sei, il termine massimo dalla “decisione interna definitiva” entro il quale si può portare un caso all’esame della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Si tratta di una modifica all’art 35, par. 1 CEDU, che ha un chiaro scopo deflattivo del contenzioso davanti al giudice di Strasburgo.<sup>10</sup> E’, infatti, noto che la mole di giudizi dinanzi a esso pendenti – circa 60.000<sup>11</sup> – continua a essere eccessiva e i tempi del processo possono essere lunghissimi.

Si assiste conseguentemente a un processo per tutelare i diritti dell’uomo che può realizzarsi in contrasto con la ragionevole durata del giudizio protetta dall’art. 6 CEDU. Il che, oltre a essere senz’altro paradossale, finisce per impedire un’effettiva tutela dei diritti protetti dalla Convenzione da parte della Corte.

E’ sufficiente a dimostrarlo il richiamo a un caso risolto recentemente dalla *Grande Chambre*. Essa ha accertato una lesione della CEDU in conseguenza della decisione delle autorità norvegesi di

---

<sup>4</sup> Sul punto v. M. CASTELLANETA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la procedura di ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell’uomo: diritti azionabili e modalità di presentazione*, a cura di M. Castellaneta, suppl. al n. 1/ 2019 di *Studi integr. eur.*, 12 s.

<sup>5</sup> R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 2018, 642.

<sup>6</sup> R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti?*, cit., 642.

<sup>7</sup> Al riguardo v. P. COSTANZO, *L’uso fatto della Carta*, cit., 12; A.M. LECIS, *Consensus europeo, chi è costui? L’individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d’apprezzamento*, in *Diritti Comparati (www.diritticomparati.it)*, 2011; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 80; F. BUFFA, *La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in *La Corte di Strasburgo*, numero spec. di *Questione giustizia (www.questionegustizia.it)*, aprile 2019, a cura di F. Buffa-M. G. Civinini, 187 ss.

<sup>8</sup> R. BIN, *loc. ult. cit.*

<sup>9</sup> Cfr. i progetti di legge abbinati C. 1124 *Governo* e C. 35 *Schullian*, attualmente all’esame delle Commissioni Giustizia e Affari esteri della Camera dei deputati.

<sup>10</sup> Cfr. G. ZAMPETTI, *The Recent Challenges for The European System of Fundamental Rights: Protocol No. 16 to The ECHR and Its Role Facing Constitutional and European Union Level of Protection*, in *Econstor (https://www.econstor.eu/)*, 2018, 5.

<sup>11</sup> Cfr. i dati disponibili all’indirizzo [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_month\\_2020\\_FRA.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_month_2020_FRA.PDF)

dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale di una madre e consentire l'adozione di suo figlio.<sup>12</sup> Sennonché sul caso la decisione di una delle sezioni della Corte – poi riformata in appello – è giunta dopo più di 4 anni e mezzo dalla presentazione del ricorso della donna, mentre la sentenza della Grande Camera che le ha invece dato ragione addirittura dopo 6 anni e mezzo. È evidente il pregiudizio grave e irreparabile sofferto dal minore e dalla madre (anche) nelle more del giudizio, rispetto al quale l'intervento della Corte non può che essere considerato gravemente tardivo.

Lo stesso scopo deflattivo del contenzioso ha l'art. 5 del Protocollo 15, volto a rendere più semplice la dichiarazione d'irricevibilità di un ricorso individuale, per consentire alla Corte di "scartare" i ricorsi privi di effettiva importanza. Tale disposizione stabilisce l'abrogazione della regola fissata nell'art. 35, par. 3, lett. b CEDU, secondo il quale la Corte potrebbe dichiarare irricevibile un ricorso individuale in assenza di un effettivo pregiudizio del ricorrente soltanto qualora esso sia già "stato debitamente esaminato da un tribunale interno". In sostanza, dopo l'entrata in vigore del Protocollo 15, qualora si tratti di un caso nel quale il ricorrente non ha subito un effettivo danno derivante dalla presunta violazione della CEDU, la Corte di Strasburgo può evitare di occuparsi della vicenda anche se in merito ad essa non si è espresso alcun giudice nazionale. Si tratta di una previsione opportuna, che consente alla Corte di dedicarsi a questioni importanti, tralasciando vicende prive di effettiva consistenza.

Degno di nota è anche l'art. 1 del Protocollo. Esso ha lo scopo d'introdurre nella Carta di Roma un richiamo al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine d'apprezzamento.

In particolare, si prevede una modifica del testo della Convenzione, con l'inserimento nel suo preambolo della seguente disposizione: "the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto". E ciò ribadendo al contempo che, nell'esercizio di tale responsabilità, gli Stati "enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention".

Il richiamo al principio di sussidiarietà dovrebbe servire a ricordare che il controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo è uno strumento residuale, da attivare nel momento in cui non funzionano i meccanismi interni di protezione dei diritti fondamentali. In altri termini, la Corte dovrebbe essere adita ed "entrare in gioco" soltanto nel momento in cui, a livello di Stati, non si riesca efficacemente a garantire un diritto protetto dalla CEDU. Si tratta di una previsione sollecitata in più occasioni anche dai Paesi membri, come viene opportunamente ricordato nella relazione introduttiva al disegno di legge governativo di ratifica del Protocollo.<sup>13</sup>

Quanto al richiamo al margine d'apprezzamento, com'è noto, esso concerne l'ampiezza della discrezionalità di cui godono gli Stati nella disciplina delle singole fattispecie. Quanto maggiore è il margine d'apprezzamento, tanto meno stringente è il vincolo che su una certa disciplina impongono la Convenzione e la Corte EDU.<sup>14</sup>

Sennonché, come evidenziato da Massimo Luciani,<sup>15</sup> l'opportuna esigenza di rimarcare una delimitazione dei ruoli tra Stato nazionale e giurisdizione europea, ribadendo che a quest'ultima spetta un ruolo soltanto sussidiario, si scontra con una formulazione non adeguata della proposta di modifica del Preambolo della Convenzione.

---

<sup>12</sup> Sent. 10 settembre 2019, *Strand Lobben and Others v. Norway*, application no. 37283/13.

<sup>13</sup> Cfr. il DDL C. 1124 *Governo*, sul sito della Camera ([www.camera.it](http://www.camera.it)).

<sup>14</sup> Al riguardo v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 81. Sul tema nella giurisprudenza della Corte EDU, v. ad es. *Grand Chamber*, sent. 16 dicembre 2010, *A, B and C vs. Ireland*, Application no. 25579/05, spec. §§. 231 ss..

<sup>15</sup> M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sistema penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 2019, 4.

È noto, infatti, che il principio di sussidiarietà opera come “un ascensore”,<sup>16</sup> potenzialmente in grado di far ascendere una competenza. Ne discende che il successivo richiamo alla Corte EDU per la garanzia di questo principio e del margine d’apprrezzamento degli Stati finisce, in realtà, per rendere palese che alla prima viene affidata la definizione delle competenze, proprio in contrasto con l’esigenze che invece il Protocollo 15, con la modifica suddetta, vorrebbe soddisfare.

Non è un caso che, durante le audizioni svolte in Parlamento per la ratifica del Protocollo, la modifica del Preambolo della CEDU abbia dato luogo a divergenti interpretazioni, con una parte della dottrina secondo la quale la previsione *de qua* aprirebbe a un’ulteriore espansione del ruolo del giudice di Strasburgo.<sup>17</sup> Tale prospettiva, oltretutto, appare ancora più preoccupante alla luce di quanto si dirà più avanti sul contenuto del Protocollo 16.<sup>18</sup>

Il Protocollo 15 contiene, poi, previsioni meno problematiche, che riguardano la composizione della Corte e il suo funzionamento.

In particolare, l’art. 2 introduce delle modifiche in relazione all’età che debbono avere le personalità proposte dagli Stati all’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa per la nomina a giudice. Si prevede che la rosa di candidati debba essere composta da persone che non hanno raggiunto i 65 anni d’età e, al contempo, si elimina la previsione della cessazione del mandato dei giudici al compimento del 70° compleanno, anche se non sono trascorsi i nove anni di durata del mandato.<sup>19</sup>

L’art. 3 del Protocollo, poi, elimina il diritto delle parti costituite in un giudizio davanti alla Corte di opporsi alla rimessione di una questione, da parte di una sezione, alla *Grande Chambre*, nel caso previsto dall’art. 30 CEDU, e cioè se essa sollevi “gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione” rischi “di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte”.

Questa modifica ha lo scopo di razionalizzare il sistema giurisdizionale convenzionale, consentendo alla grande Camera di esprimersi sulle questioni più spinose. Essa pone, tuttavia, il problema della garanzia del doppio grado di giudizio, che verrebbe messa nelle “mani” della sezione che può richiedere il rinvio alla Grande Camera.<sup>20</sup>

In realtà, è proprio il sistema d’appello della Corte EDU che necessiterebbe una revisione. E ciò non solo perché non è assicurato il doppio grado di giudizio, dal momento che spetta alla stessa Corte la scelta di accettare o meno l’appello contro le sentenze delle sezioni; ma anche perché tale scelta non è adeguatamente motivata e, dunque, priva di chiari presupposti, sembrando talora il frutto di *arcana imperii* invero incompatibili con un giudice chiamato a tutelare i diritti fondamentali.<sup>21</sup>

Il Protocollo 15 è stato già ratificato da parte di tutti i Paesi membri del Consiglio d’Europa, salvo la Bosnia-Erzegovina e l’Italia. Ciò ne blocca l’entrata in vigore, giacché essa è condizionata alla ratifica da parte di tutti gli Stati sottoposti alla giurisdizione della Corte.

---

<sup>16</sup> In tal senso v. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, XV ed., 2017, 91.

<sup>17</sup> Cfr. M. LUCIANI, *loc. ult. cit.* Cfr., inoltre, F. FARRI, *Protocollo 16 CEDU. Verso una super Corte costituzionale europea*, al sito del Centro Studi Livatino (<https://www.centrostudilivatino.it/>), (2019).

<sup>18</sup> V. *infra*, par. 3 ss.

<sup>19</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2019, 3.

<sup>20</sup> M. LUCIANI, *Note critiche*, cit., 3.

<sup>21</sup> Cfr. ad es. la decisione della Corte di non concedere il rinvio alla *Grande Chambre* dopo la sent., sez. II, 28 agosto 2012, *Costa et Pavan c. Italie* (Requête no 54270/10). Su tale pronuncia sia consentito il rinvio a F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 1 2013. Sulla mancata concessione dell’appello v. A. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in *Diritto penale contemporaneo* ([www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), 2013.



### 3. Il contenuto del Protocollo n. 16 e il rinvio “pregiudiziale” alla Corte EDU per un parere formalmente consultivo, sostanzialmente vincolante

Diversamente dal Protocollo 15, il 16, approvato nell’ambito del Consiglio d’Europa nel 2013, è già entrato in vigore, giacché erano necessarie soltanto di 10 ratifiche.

Esso oggi trova applicazione in 13 Paesi – che presto diverranno 14 – su 47 del Consiglio d’Europa. Si tratta di Stati che, sotto il profilo della tradizione giuridica, si potrebbero definire quasi tutti, con l’eccezione significativa della Francia, minori.<sup>22</sup> Tanto per fare qualche esempio, la Germania, la Spagna, il Regno Unito, a differenza del Protocollo n. 15, non hanno ratificato – e, anzi, nemmeno firmato – il Protocollo n. 16.

In una prospettiva di “dialogo” tra le Corti,<sup>23</sup> esso serve a consentire alle “più alte giurisdizioni”, individuate da ciascun Paese,<sup>24</sup> di sospendere eventualmente il giudizio dinanzi a sé e chiedere alla Corte di Strasburgo un parere preventivo su “diritti e ... libertà definite dalla Convenzione o dai suoi protocolli”.

Si tratta di un meccanismo incidentale simile, per molti aspetti, da un lato, a quello che attiva il controllo della Corte costituzionale italiana sulle leggi e, dall’altro, al rinvio pregiudiziale previsto nel diritto dell’Unione europea.<sup>25</sup>

Il Protocollo, all’art. 5, prevede che il parere abbia valore soltanto consultivo, mentre, in realtà, esso finirà per avere un’efficacia vincolante.<sup>26</sup> E ciò già in punto di fatto. Invero, da un lato, si fa fatica a immaginare un giudice che, prima, è talmente in dubbio su come risolvere una certa questione da chiedere un parere alla Corte di Strasburgo e, poi, una volta ottenuto tale parere, abbia la forza di distaccarsene. D’altro lato, lo scostamento del giudice rimettente dalla decisione di Strasburgo inevitabilmente costituirebbe “motivo di ulteriore impugnativa ... alla Corte” EDU da parte del soggetto soccombente davanti al tribunale nazionale.<sup>27</sup> Ed è difficile credere che la Corte di Strasburgo, dopo essersi espressa su una vicenda nella composizione di *Grande Chambre*, smentisca se stessa, “legittimando” la decisione di un giudice che si è opposto al suo parere. Il che è ancora più problematico, come evidenziato da Esposito,<sup>28</sup> nel momento in cui il parere viene reso dalla Corte senza che le parti del processo nazionale possano costituirsi dinanzi a essa.

---

<sup>22</sup> Gli altri Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 16 sono Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Lituania, Paesi Bassi, San Marino, Slovacchia, Slovenia e Ucraina (cfr. sul sito Internet del Consiglio d’Europa: <https://www.coe.int/>).

<sup>23</sup> G. ZAMPETTI, *The Recent Challenges for The European System of Fundamental Rights*, cit., 5.

<sup>24</sup> Per l’Italia il disegno di legge in esame indica, all’art. 3, comma 1, quali giudici legittimati alla richiesta di parere alla Corte EDU, con eventuale sospensione del giudizio *a quo*, “la Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana”.

Visto il particolare regime di autonomia della Corte costituzionale, il comma 3 dello stesso articolo prevede che la Corte costituzionale possa “provvedere con proprie disposizioni all’applicazione” del Protocollo n. 16.

<sup>25</sup> M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 3 del 2019, 10.

<sup>26</sup> Al riguardo v. M. LUCIANI, *Note*, cit., 4 ss.; M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2019, 17 ss.; G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 3 del 2020, 161 s.

<sup>27</sup> G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 5 del 2019, 77.

<sup>28</sup> M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica*, cit., 18.

Se questi rilievi sono già di per sé sufficienti a dimostrare come il parere della Corte EDU, sul piano di fatto, finisce per essere vincolante, anche in punto di diritto si giunge, quanto meno per l'ordinamento italiano, alla medesima conclusione.

In proposito occorre fare riferimento alla nota giurisprudenza della Corte costituzionale, inaugurata nel 2007 con le c.d. sentenze gemelle.<sup>29</sup> In esse il giudice delle leggi ha riconosciuto che la CEDU e le decisioni della Corte di Strasburgo che esplicitano il contenuto della stessa sono fonti interposte nel giudizio di legittimità costituzionale sulla violazione del primo comma dell'art. 117 Cost. – come riscritto a seguito della riforma del Titolo V della parte II della Costituzione avvenuta nel 2001 – e vincolano, dunque, il legislatore interno. Inoltre, per il tramite dell'interpretazione conforme, le decisioni della Corte di Strasburgo possono finire per imporsi anche al giudice,<sup>30</sup> come evidenziato, sia pure con alcune necessarie e opportune precisazioni, sempre dalla Consulta.<sup>31</sup>

Quindi, in Italia, il parere preventivo della Corte di Strasburgo, esplicitando il contenuto della Convenzione, finirebbe per essere vincolante anche in punto di diritto.

#### 4. Un problema di potere: il potenziamento della Corte EDU a scapito del Parlamento...

Massimo Luciani ha di recente ricordato come costituisca “manifestazione di potere la decisione sui diritti”.<sup>32</sup>

Proprio per tale ragione il meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte EDU è uno strumento “rivoluzionario”,<sup>33</sup> che rischia, quanto al nostro ordinamento, di marginalizzare, da un lato, il Parlamento e, dall'altro, la Corte costituzionale.

Come si è detto sopra, il controllo della Corte di Strasburgo sul rispetto dei diritti fissati nella Convenzione e nei suoi protocolli addizionali era stato configurato come una valutazione *ex post*, da attivare una volta esperiti tutti i mezzi di ricorso interni. Era, dunque, un meccanismo sussidiario, che portava all'accertamento che tutti i soggetti istituzionali competenti non erano riusciti ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali protetti dal sistema CEDU: una sorta di “ultima spiaggia”.

---

<sup>29</sup> Sentt. 24 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349.

Su tali decisioni v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (<https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>), 2007; ID., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2009; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (<https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>), 2007.; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2007; M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il “margine di apprezzamento” statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, *ibid.*, 2009, 4772 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 1 del 2011.

<sup>30</sup> Sul punto v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 459, nt. 502.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, con osservazioni di G. REPETTO, *Vincoli al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo* e di V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione d'innocenza* in *Giur. cost.*, 2015, 391 ss.

<sup>32</sup> M. LUCIANI, *Note critiche*, cit., 1.

<sup>33</sup> L'espressione è di M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16*, cit., 4.

Con il Protocollo 16, invece, si affida ai giudici, sia pure supremi, la possibilità di richiedere alla Corte EDU di pronunciarsi preventivamente sul regime dei diritti protetti dalla Convenzione. In tal modo, si spinge la Corte di Strasburgo a farsi essa stessa garante in prima istanza della tutela dei diritti fondamentali, con un ruolo creativo, demiurgico, non più suppletivo, di controllo o di ultima istanza.

La Corte è, così, chiamata a esercitare un compito che potrebbe sovrapporsi a quello degli organi nazionali competenti a garantire i diritti fondamentali, a partire dal Parlamento. Infatti, “in ordinamenti come quello italiano, la decisione sui diritti e sui doveri è concepita come una decisione *politica* che non può essere affidata ai giudici”;<sup>34</sup> a questi ultimi, “nello Stato costituzionale di diritto (quanto meno nella sua versione continentale, ...)” spetta “un’opera essenziale di *protezione* dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all’azione degli organi politici e trasformarsi in opera di *creazione* di quei diritti”.<sup>35</sup>

Al contrario la capacità creativa della Corte EDU – già incisiva in virtù della giurisprudenza, sopra ricordata,<sup>36</sup> che ritiene la Convenzione un “*living instrument*” – è ulteriormente rafforzata dal meccanismo del rinvio pregiudiziale, che consente alla stessa di andare a definire, addirittura prima delle valutazioni dei giudici (supremi) nazionali, il regime di un diritto fondamentale.

È stato, al riguardo, acutamente evidenziato che il ruolo creativo della Corte EDU è prefigurato anche nelle Linee guida della Corte per l’attuazione del Protocollo 16,<sup>37</sup> le quali richiamano l’insorgere di un “«novel point of Convention law» quale ipotesi che potrebbe condurre il giudice nazionale ad avvalersi della possibilità di formulare una richiesta di parere”.<sup>38</sup>

## 5. ... e della Corte costituzionale

La nuova procedura introdotta dal Protocollo 16 rischia, inoltre, di accentuare le tendenze ricordate all’inizio di questo scritto sul carattere costituzionale del giudice di Strasburgo, trasformandolo in una super Corte costituzionale europea, priva oltretutto della “legittimazione” derivante da “una decisione costituente democratica” che caratterizza, al contrario, la Consulta.<sup>39</sup>

Di un “*constitutional role*” della Corte EDU si parla espressamente nella proposta formulata dai saggi<sup>40</sup> da cui ha preso le mosse la redazione del Protocollo 16,<sup>41</sup> in contraddizione, peraltro, con l’intento di limitare il ruolo della Corte che invece sarebbe sotteso, come si è visto innanzi,<sup>42</sup> alla modifica del Preambolo della CEDU introdotta dal Protocollo 15.

---

<sup>34</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1663.

<sup>35</sup> M. LUCIANI, *loc. ult. cit.*

<sup>36</sup> V. par. 1 di questo lavoro.

<sup>37</sup> Sulle *Linee direttrici sull’introduzione e il proseguimento della procedura del parere consultivo previsto dal Protocollo n. 16 alla Convenzione* approvate dalla Corte EDU il 18 settembre 2017 e sulle norme contenute nel Capitolo X del Regolamento della Corte EDU v. E. SPATAFORA, *Il d.d.l. di ratifica ed esecuzione del Protocollo n.16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Dirittifondamentali.it* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), n.1 del 2020.

<sup>38</sup> G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale*, cit., 166.

<sup>39</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1663, il quale chiarisce (nt.79) come con tale riferimento intende richiamarsi non alla “democraticità della legittimazione derivante ... dalla nomina o dall’elezione dei giudici costituzionali da parte di organi politici, ma alla democraticità della decisione che ha originato il parametro di giudizio, che si riverbera sulla legittimazione dell’organo che quel parametro è chiamato ad applicare”.

<sup>40</sup> Cfr. §. 135 del *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, del 15 novembre 2006.

<sup>41</sup> Sul processo di redazione del Protocollo v. il relativo *Rapporto esplicativo al Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*.

<sup>42</sup> V. *supra*, par. 2.

L'intervento preventivo della Corte di Strasburgo potrebbe, dunque, portare a una "dequotazione della Corte costituzionale in tema di diritti fondamentali".<sup>43</sup>

È noto che, a partire dalla sentenza n. 269 del 2017,<sup>44</sup> il giudice delle leggi ha affermato, con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che "le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*" della Consulta, "anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)". E ciò pure "al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali". In sostanza la Corte costituzionale è giunta finanche a "depotenziare" l'efficacia del diritto dell'Unione direttamente applicabile, per riservare a sé un sindacato accentrato sui diritti fondamentali.<sup>45</sup> In contrasto con tale esigenza d'accentramento, il meccanismo del rinvio "preliminare" a Strasburgo finirebbe, invece, per tagliare fuori la Consulta dal controllo sulla disciplina dei diritti fondamentali su cui si pronuncerebbe la Corte EDU.

Tramite tale strumento, quest'ultima potrebbe intervenire nelle questioni più spinose, finendo per proporre/imporre una sua lettura dei diritti diversa da quella propria della Costituzione italiana.<sup>46</sup>

Infatti, può verificarsi una differenza sostanziale tra i diritti protetti dalla Carta repubblicana e quelli regolati dalla CEDU. Sarebbe "ingenuo" credere che alla medesima parola corrisponda lo stesso contenuto o che "la stessa etichetta (poniamo: «libertà di associazione») denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche".<sup>47</sup> Lo dimostra, ad esempio, il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero, protetta come diritto individuale dall'art. 21 Cost., e le libertà d'espressione e d'opinione, oggetto di funzionalizzazione nell'art. 10 CEDU.<sup>48</sup> Inoltre, come chiarito dalla Corte costituzionale nella nota sentenza sulle pensioni svizzere,<sup>49</sup> è diversa la prospettiva nella quale si collocano le pronunce della Consulta e quelle di Strasburgo: infatti, "a differenza della Corte EDU" – che "è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco" – il giudice delle leggi "opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata". Dunque, anche di fronte allo stesso termine, possiamo assistere tra sistema CEDU e ordinamento costituzionale a discipline dei diritti tra loro non pienamente coincidenti, anche quanto ai limiti apponibili. Si può ricordare, per inciso, come la differenza tra regimi di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione

---

<sup>43</sup> G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge*, cit., 3.

<sup>44</sup> Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269 con osservazioni di G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017* e G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità* in *Giur. cost.*, 2017, 2925 ss.

<sup>45</sup> Sul punto e sulle più recenti pronunce del giudice delle leggi v. M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi 2019/III, 589 ss..

<sup>46</sup> *Contra* M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 4 s.

<sup>47</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1661. Al riguardo v. anche G. ZAMPETTI, *Ordinamento*, cit., 168.

<sup>48</sup> Sul tema v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., 459.

<sup>49</sup> Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, con osservazioni di C. PINELLI, «*Valutazione sistematica*» versus «*valutazione parcellizzata*»: un paragone con la Corte di Strasburgo, di R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti* e di F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4216 ss.,

europea, nel sistema CEDU e nelle costituzioni nazionali<sup>50</sup> costituisce il presupposto di recenti due pronunciamenti del *Bundesverfassungsgericht*,<sup>51</sup> la cui portata apparirà chiara soltanto in futuro.<sup>52</sup>

La ratifica da parte dell'Italia del Protocollo 16 porrebbe, dunque, problemi analoghi a quelli evidenziati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel parere del 18 dicembre 2014,<sup>53</sup> sull'adesione dell'UE alla Convenzione. Essa si è espressa criticamente su tale adesione, sottolineando il rischio che le procedure di cui al Protocollo 16 vengano attivate al posto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE,<sup>54</sup> con una sua conseguente marginalizzazione.

#### *6. In conclusione: un difficile equilibrio rimesso in discussione*

Questo scritto ha analizzato le prospettive di riforma del sistema CEDU, evidenziando come esse, in particolare il Protocollo 16, finiranno per rafforzare la Corte EDU in contrasto con il principio di sussidiarietà – pur richiamato nel Protocollo 15 – e a scapito della centralità del Parlamento e del ruolo della Corte costituzionale. Così si finirà anche per rimettere in discussione l'equilibrio nei rapporti tra ordinamento interno e sistema convenzionale, raggiunto dopo le sentenze gemelle del 2007.<sup>55</sup> Il tempo dimostrerà se tali considerazioni sono fondate; o se, invece, hanno ragione gli autori per i quali la ratifica dei nuovi Protocolli costituirà un passo avanti nella tutela dei diritti fondamentali, portando a un miglioramento nel dialogo tra le Corti, come prefigurato in un comunicato dell'ufficio stampa della Corte costituzionale, relativo a un incontro tra quest'ultima, la Cassazione, la Corte dei conti, il Consiglio di Stato e la Corte EDU.<sup>56</sup>

È indiscutibile, tuttavia, che le prospettive sopra descritte, ove pienamente realizzate, contribuiranno a spostare ulteriormente l'equilibrio tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo – descritto dall'illustre studioso cui questo scritto è dedicato con le parole ricordate al suo inizio – a tutto vantaggio del primo.

---

<sup>50</sup> Sulla quale cfr. le riflessioni di A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *DPCE*, 2019, 867 s.

<sup>51</sup> BVerfG, ordd. 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I) e 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II).

<sup>52</sup> Su di essi v. L.S. ROSSI, *Il "nuovo corso" del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 3 del 2020, III ss.

<sup>53</sup> Corte di giustizia, sezione plenaria, parere 2/2013.

<sup>54</sup> Sul punto v. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 15.

<sup>55</sup> Cfr. E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2019, 159 s.; G. ZAMPETTI, *Ordinamento*, cit., 175.

<sup>56</sup> Il testo del comunicato è nel sito della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)). Richiama lo stesso R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – E perché*, in *Sistema penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 2019, 4.



DANIELE GRANARA

**La question prioritaire de constitutionnalité:  
il difficile equilibrio tra tradizione ed esigenze di garanzia  
per una nuova (?) gerarchia di valori**

SOMMARIO: 1. Premessa storica: onnipotenza e primato della legge in Francia. - 2. Alle origini del controllo di costituzionalità: il secondo Dopoguerra e la Costituzione del 1958. – 2.1. L'appartenenza all'Unione Europea e il patrimonio costituzionale dei Paesi membri. – 3. La diffidenza del sistema francese nei confronti dei “*petits juges*”. – 4. L'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC): ragioni e limiti del giudizio incidentale nel sistema francese. – 5. Il bilancio di dieci anni di QPC.

1. *Premessa: onnipotenza e primato della legge in Francia.*

La tradizione francese non conosce il controllo di costituzionalità delle leggi, che è stato introdotto solo con la Costituzione del 1958.

Il fondamento della democrazia francese è costituito, infatti, dai valori della Rivoluzione francese, espressi nell'ideale comune di “*Liberté, égalité, fraternité*”, che ritroviamo nel Preambolo della Costituzione del 1958 (il quale richiama a sua volta la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, il Preambolo della costituzione del 1946), integrato con la Carta dell'Ambiente del 2004<sup>1</sup>, e negli artt. 2 e 72-3.

Tale ideale comune è stato declinato nella incontestabilità della legge, quale espressione della volontà generale<sup>2</sup>, la quale ha assunto storicamente un connotato di vera e propria onnipotenza<sup>3</sup> e non di semplice primato, come sarà a seguito dell'introduzione di un dominio della legge per materie enumerate e del sindacato di costituzionalità ad opera della Costituzione del 1958<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> La Carta è stata compresa nel blocco di costituzionalità dal 2005, con legge costituzionale n. 2005-205 del 1° marzo 2005, la quale ha modificato il Preambolo, l'art. 34 ed integrato la Carta medesima nel testo costituzionale. Il Consiglio costituzionale ha fatto riferimento per la prima volta alla Carta ambientale con una decisione n. 2005-514 DC del 28 aprile 2005, relativa alla creazione del registro internazionale francese della registrazione delle navi. Il Consiglio costituzionale ha dichiarato che il legislatore non aveva ignorato il principio dello sviluppo sostenibile enunciato nell'articolo 6 della Carta ambientale.

<sup>2</sup> In tal senso dispone l'art. 6 della Dichiarazione del 1789: “*La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*”.

<sup>3</sup> La teoria dell'onnipotenza della legge è tradizionalmente riassunta nella massima attribuita a Jean-Louis De Lolme (giurista e filosofo svizzero che studiò la costituzione inglese, apprezzandone in particolare l'equilibrio fra i poteri) secondo cui “*tutto è consentito alla legge, salvo che trasformare l'uomo in donna*”. Cfr., in proposito, P.G. LUCIFREDI, P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato 1. Il sistema francese*, Milano, Giuffrè, 2004, 107.

Evocativa è anche l'espressione di Portalis, uno degli autori del Codice Civile, secondo il quale «*La loi est un commandement*».

<sup>4</sup> Infatti, l'art. 34 della Costituzione vigente individua il c.d. dominio della legge, elencando tassativamente le materie da regolarsi con legge parlamentare. Il successivo art. 37 precisa che “*les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire*”.

*Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent*”.

Sotto la III e la IV Repubblica, la legge è stata formalmente definita come atto adottato dal Parlamento secondo il procedimento legislativo previsto dalla Costituzione e promulgata dal Presidente della Repubblica.

Il dominio della legge, a differenza di quanto poi avvenuto con la Costituzione del 1958, era illimitato e, dunque, si configurava come onnipotenza della legge. Una legge poteva riguardare, infatti, qualsiasi materia e persino applicarsi a un caso particolare. Un atto di forma legislativa non poteva essere modificato se non con un altro atto della stessa forma.

A fronte del predetto potere legislativo illimitato, la potestà regolamentare del Governo era essenzialmente un potere di applicazione della legge. Non c'era differenza nel dominio tra la legge e il regolamento, ma una differenza di forma: la legge era un atto votato dal Parlamento e il regolamento emanato dall'esecutivo.

L'assoluta supremazia della legge, espressione della volontà della Nazione, si rifletteva nell'inammissibilità di un ricorso presentato contro di essa davanti a una giurisdizione, dimostrando l'inconfigurabilità di un sindacato sulla legittimità costituzionale della legge, fosse esso accentrato o diffuso. In altri termini, in un sistema siffatto, la costituzionalità della legge è semplicemente presunta o, quantomeno, si dubita fortemente che una qualche Autorità (specie se giurisdizionale) possa annullare la legge in tal senso intesa.

Il giudice è infatti considerato, in un sistema che propugna l'onnipotenza della legge e una rigida separazione dei poteri, un mero applicatore di essa (*"juge bouche de la loi"*, citando ancora Montesquieu<sup>5</sup>), che non ha poteri né interpretativi né, tantomeno, sindacatori della sua legittimità.

La paura e la diffidenza nei confronti dei giudici, derivata dall'*ancien régime* e diffusa nella legislazione rivoluzionaria, mantenuta anche durante l'impero napoleonico, ha fatto sì che i giudici fossero relegati in un ruolo passivo di meri applicatori della legge<sup>6</sup> e non ha abbandonato mai del tutto i francesi.

---

<sup>5</sup> Ancora ne *"L'esprit des lois"*, forte di una rigida separazione dei poteri, secondo la nota tripartizione, così si esprime: « *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ».

<sup>6</sup> Emblematico, in tal senso, è l'istituto del *référé législatif*, soppresso solo nel 1837, in base al quale, in caso di conflitto di interpretazione della legge tra il giudice di cassazione e i giudici di merito, il primo era tenuto a deferirlo al legislatore che risolveva il conflitto, per autorità, mediante una legge interpretativa.

Il *référé législatif* trova le sue origini nel diritto giustiniano (divieto di *interpretatio* e *relatio ad Principem*), nel diritto canonico (anche qui divieto di interpretazione ed obbligo di rivolgersi al Papa in caso di dubbio, per cui cfr. la bolla di Papa Pio IV, *Benedictus Deus* del 1563) nell'antico diritto francese (cfr. *l'Ordonnance civile* dell'aprile 1667 di Luigi XIV, il cui art. 7 così disponeva: « *Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter ; mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention* »). Per un approfondimento sul punto, cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789*, in *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 86, no 2, avril-juin 2008, 253-262.

Durante la Rivoluzione, l'Assemblea costituente ha introdotto il *référé* con l'articolo 12 della legge del 16 e 24 agosto 1790 sull'organizzazione giudiziaria. Le sue disposizioni sono riprese dalla Costituzione del 3 settembre 1791. Sotto la Prima Repubblica, la Convenzione termidoriana mantiene il *référé* con la Costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III (22 agosto 1795). La legge del 27 ventoso dell'anno VIII (18 marzo 1800), sull'organizzazione dei tribunali, sopprime il *référé*, affidando la relativa funzione alle "sezioni unite della corte di cassazione".

Sotto il Primo Impero, il *référé législatif* fu ripristinato nel 1807. La legge del 16 settembre prevedeva, infatti, che dopo due cassazioni nello stesso caso, l'interpretazione della legge sarebbe stata data sotto forma di regolamento della pubblica amministrazione, cioè da un testo redatto dal Consiglio di Stato e approvato dall'Imperatore.

Sotto la Restaurazione, il deputato Joseph Vincent Dumolard propose, nel 1814, senza successo, l'abrogazione della legge del 1807.

La legge del 30 luglio 1828 prevede poi che, in caso di conflitto di interpretazione, l'ultima parola sarebbe spettata non alla Corte di cassazione, ma alla Corte di appello che si pronuncia sul secondo rinvio dopo la cassazione e il Re avrebbe dovuto proporre per il futuro una legge interpretativa nelle camere. Infine, la legge del 1° aprile 1837 sopprime



Anche il *Code Civil*, all'art. 4, vieta al giudice di pronunciarsi «*sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* » e, all'art. 5, prevede che “*est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*”. Del resto, pure il vigente art. 12 del nuovo codice di procedura civile afferma che “*le juge tranche le litige conformément aux règles qui lui sont applicables*”.

Si è però autorevolmente rilevato come il giudice debba comunque fare i conti con il caso concreto a lui sottoposto dalle parti e nei limiti della domanda proposta e come non sia semplice coniugare il suo ruolo di “*bouche de la loi*” con la comunque doverosa soluzione del caso concreto, per sua natura articolato e connotato da peculiarità, che spesso rendono difficile l'applicazione della legge, non potendo essere considerati in astratto dal legislatore, al momento di esercitare il proprio potere<sup>7</sup>. Il ruolo *animé* del giudice aumenta in senso inversamente proporzionale alla qualità della legge, che è generalmente diminuita nel tempo, almeno negli ordinamenti italiano e francese, e in senso direttamente proporzionale alla sua quantità, certamente aumentata.

La funzione ermeneutica del giudice, specie di ultima istanza (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato) è divenuta poi fondamentale con l'ingresso negli ordinamenti nazionali delle fonti internazionali ed europee, che devono essere armonizzate con le fonti interne, e con l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*, la quale, non a caso, riguarda i diritti e le libertà fondamentali, coerentemente con le origini del controllo di costituzionalità in Francia nel Secondo Dopoguerra e con l'appartenenza all'ordinamento europeo<sup>8</sup>.

Il giudice è, insomma, sempre più “*la bouche du droit avant d'être la bouche de la loi*”<sup>9</sup>.

Dal canto suo, il legislatore non è più onnipotente, ma ha una competenza definita per materie indicate dalla Costituzione, e non è più solo, perché deve tenere conto del legislatore europeo e degli obblighi internazionali (essenzialmente, per quanto qui rileva, della CEDU).

---

il *référé*, obbligando la seconda corte di rinvio a conformarsi, sul punto di diritto giudicato, alla decisione delle sezioni riunite della Corte di cassazione. Cfr., in proposito, J.L. HALPERIN, *La souveraineté de la Cour de cassation: une idéologie longtemps contestée*, in O. Cayla et M.F. Renoux-Zagamé (a cura di), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ? (acte du colloque coorganisé par le Centre d'études des systèmes juridiques et la Société française pour la philosophie et la théorie politiques et juridiques, svoltosi il 27 e 28 marzo 1998 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Rouen)*, Parigi, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, coll. « *Publications de l'université de Rouen* » (no 298), 2001, prima ed., 1 vol., 239 24; P. REMY, *La part faite au juge*, in *Pouvoirs*, n. 107 : *Le Code civil*, 2003, 22-36.

<sup>7</sup> Ed infatti, “*le fait que le juge soit la « bouche de la loi » dépend en effet amplement de la qualité de la loi elle-même. Moins la loi est claire et précise, plus le juge devra, par sa jurisprudence, expliciter la norme et faire ainsi véritable œuvre de législateur à la place du législateur. Les impératifs constitutionnels d'intelligibilité et de lisibilité de la loi devraient en principe limiter ces polysémies et, donc, le travail interprétatif du juge. Mais est-il exagéré d'avancer qu'il peut arriver que la loi soit si peu claire et les normes si pléthoriques voire discordantes que le travail de clarification du juge devienne impérieux. La « bouche se fait alors interprétative » et le juge devient alors un juge animé*”. Così Jean-Claude Marin, Procuratore Generale presso la *Cour de Cassation*, nel suo intervento al convegno « *Club du Châtelet* » 23 novembre 2011, *Le juge est-il toujours la bouche de la loi?*, reperibile in <https://paris.notaires.fr>, che ha richiamato anche Tocqueville: “*Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre... le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de se prononcer sur des cas particuliers et non sur des principes généraux... le troisième caractère est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie*”.

<sup>8</sup> Jean-Claude Marin, *ibidem*, sottolinea infatti che “*avec le contrôle de conventionalité et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, doivent « parler » en prenant en compte des jurisprudences rendues par des juridictions intervenant dans le cadre d'une sorte de « hiérarchie parallèle » des normes : Conseil constitutionnel, Cour de Justice de l'Union Européenne et Cour Européenne des Droits de L'Homme. Dès lors qu'il devient quasi normatif et soumis à des hiérarchies p arallèles et supérieures de normes, le droit interprété devient plus fluctuant et pose ainsi le problème de la lisibilité et de la prévisibilité du droit. Aussi la bouche doit se faire explicative notamment lors de ses revirements de jurisprudence, c'est-à-dire lors du changement de son interprétation de la norme applicable au litige*”.

<sup>9</sup> Jean-Claude Marin, *ibidem*.

## 2. Alle origini del controllo di costituzionalità: il secondo Dopoguerra e la Costituzione del 1958.

Se è possibile individuare un momento storico in cui l'onnipotenza della legge e il ruolo *inanimé* del giudice vengono posti in discussione, esso è il Secondo Dopoguerra. La tragedia della Seconda Guerra Mondiale incrina, infatti, le certezze dell'ordinamento francese sull'onnipotenza della legge e sulla sua adeguatezza a tutelare il popolo di cui esprime la volontà, soprattutto sul fronte dei diritti fondamentali e sul rispetto del principio di separazione dei poteri.

La contestuale istituzione delle Comunità (e poi Unione) Europee, di cui la Francia è, come l'Italia, Paese fondatore fin dal "*Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio*", fatto proprio a Parigi, il 18 aprile 1951, in nome della pace mondiale dopo il flagello del recente conflitto<sup>10</sup>, determinano la necessità di un ripensamento delle garanzie costituzionali, anche nel senso dell'istituzione di un sistema di giustizia costituzionale.

Un altro fattore determinante per l'introduzione del sindacato di costituzionalità è il ridimensionamento del ruolo del Parlamento da parte della Costituzione del 1958, la quale, come si è accennato sopra, da un lato, definisce il dominio della legge (*id est*, le materie riservate alla disciplina del Parlamento, tassativamente enumerate, all'art. 34, secondo la tecnica degli elenchi) e, dall'altro, il dominio residuale del regolamento per tutte le materie non ricomprese nel dominio della legge (art. 37). La predetta ripartizione di competenze non deve però essere intesa nel senso di un depotenziamento dell'organo legislativo, quanto piuttosto di una ridefinizione del suo ruolo, la cui garanzia è affidata al Consiglio Costituzionale, che non è un antagonista del Legislatore ma, appunto, suo garante<sup>11</sup>.

Si tratta comunque di un controllo di costituzionalità limitato, nel senso che originariamente non contemplava il giudizio in via incidentale, in occasione dell'applicazione della legge, dunque concreto e successivo, bensì un controllo preventivo, generale ed astratto, obbligatorio per le leggi organiche e facoltativo per quelle ordinarie, dapprima riservato all'iniziativa del Presidente della Repubblica, del Primo Ministro e dei Presidenti delle due Camere e poi, dopo la L. Cost. 21 ottobre 1974, esteso a quella di sessanta senatori o sessanta deputati<sup>12</sup>.

Trattasi di un sistema che, da un lato, ha il pregio di sindacare la validità delle leggi prima della loro promulgazione, dall'altro lato, ha il grave limite di non considerare minimamente la legge nella sua sfera applicativa, dove emergono le effettive e più critiche ragioni di incostituzionalità, che sono preventivamente rilevabili, solo laddove siano macroscopiche.

---

<sup>10</sup> È significativo in proposito il Preambolo del Trattato che istituisce la CECA, "*CONSIDERANDO che la pace mondiale può essere salvaguardata soltanto con sforzi commisurati ai pericoli che la minacciano ; CONVINTI che il contributo che un'Europa organizzata e viva può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche ; COSCIENTI che l'Europa non si potrà costruire altro che mediante concrete realizzazioni che creino innanzitutto una solidarietà di fatto, e mediante l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico ; DESIDEROSI di concorrere con l'espansione delle loro produzioni fondamentali alla elevazione del livello di vita ed al progresso delle opere di pace ; RISOLUTI a sostituire alle rivalità secolari una fusione dei loro interessi essenziali, a fondare con la instaurazione di una comunità economica la prima assise di una più vasta e più profonda comunità fra popoli per lungo tempo il contrapposti da sanguinose scissioni, ed a gettare le basi di istituzioni capaci di orientare il destino ormai comune*".

Il Preambolo rivela già *in nuce* l'ideale europeista, affermato nel Manifesto di Ventotene, "*Per un'Europa libera e unita*", stilato nell'Agosto 1941 dal Altiero Spinelli, Ernesto Rossi, Eugenio Colorni e Ursula Hirschmann.

<sup>11</sup> Cfr., per un approfondimento sul ruolo del Consiglio Costituzionale, P.G. LUCIFREDI, P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato 1. Il sistema francese*, Milano, Giuffrè, 2004, 127 ss.

<sup>12</sup> Lo strumento è stato definito da DIDIER MAUS (*L'Assemblée Nationale et le Conseil Constitutionnel*, in *Pouvoirs*, 1985) "un'arma dei deputati della minoranza per contestare il blocco Governo – maggioranza", che "ha veramente trasformato la portata del controllo di costituzionalità, accresciuto l'attività del Consiglio Costituzionale e gettato le basi di una profonda trasformazione del diritto francese".

## 2.1. L'appartenenza all'Unione Europea e il patrimonio costituzionale dei Paesi membri.

L'ordinamento europeo, venutosi a creare a partire dal Trattato CECA sopra citato e poi, soprattutto, dai Trattati di Roma del 25 marzo 1957, è stato fattore determinante per l'introduzione del controllo di costituzionalità in Francia.

L'elemento unificante i Paesi membri e che costituisce infatti requisito politico – istituzionale (a cui si aggiungono quelli economico-finanziari) per l'adesione all'Unione è costituito dal “patrimonio costituzionale comune”.

I requisiti politico – istituzionali sono quattro: il primo è il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (c.d. principio personalista), che è indicato dalla Costituzione italiana all'art. 2, laddove afferma che “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*”, e nel preambolo della Costituzione francese del 1958, laddove esprime l'attaccamento del popolo francese ai diritti dell'uomo “*tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004*”.

Il secondo requisito politico-istituzionale è l'adesione al principio democratico, il quale significa che le decisioni politiche, ma più in generale le decisioni assunte dagli organi collegiali, si assumono secondo il criterio democratico, ovvero secondo il criterio della maggioranza. Non è democratico un Paese, nel quale le decisioni vengono assunte da una minoranza o peggio da uno solo.

Il terzo requisito è l'adesione al principio della separazione dei poteri, teorizzato da Montesquieu nella seconda metà del Settecento, nell'opera *L'Esprit des lois*, pubblicato anonimo a Ginevra nel 1748, nella quale si afferma che lo Stato di diritto, cioè lo Stato che rispetta i diritti inviolabili dell'uomo, deve essere incardinato sulla distribuzione e separazione del potere pubblico.

Ecco, quindi, i tre poteri dello Stato individuati dal Montesquieu (legislativo, esecutivo e giudiziario), ma prima ancora da Locke<sup>13</sup> e, nell'antichità, da Platone<sup>14</sup> e da Aristotele<sup>15</sup>.

Lo Stato moderno, quale Stato di diritto, è incardinato su questo principio (che è il *discrimen* con lo Stato assoluto, il quale prevede invece una concentrazione dei poteri nella persona del sovrano), secondo cui la funzione legislativa appartiene al Parlamento, la funzione esecutiva o governativa al Governo e la funzione giurisdizionale alla magistratura.

---

<sup>13</sup> Con John Locke il principio di separazione dei poteri comincia ad assumere la fisionomia moderna. L'opera di riferimento è “*Due trattati sul governo*”, pubblicata anonima nel 1689. Delle due parti che la compongono, la più nota è la seconda, il cui titolo completo in italiano è *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, dove Locke enuncia la sua teoria sullo Stato, ricercando le basi dell'associazione politica, delimitandone la sfera, cogliendo le leggi della sua conservazione. L'opera esprime sentimenti di antiassolutismo, autorità limitata, sostenuta dal consenso del popolo, dal diritto naturale e una volontà di demolire la teoria del diritto divino.

<sup>14</sup> Nel Dialogo *La Repubblica*, dove si esprimeva in termini di indipendenza del giudice dal potere politico.

*La Repubblica* (in greco antico: Πολιτεία, *Politéia*) è un'opera filosofica in forma di dialogo, scritta approssimativamente tra il 390 e il 360 a.C., la quale ha avuto enorme influenza nella storia del pensiero occidentale. L'opera si compone di dieci libri, di cui il primo tratta il tema della giustizia e costituisce introduzione per i due libri successivi, in cui Platone espone la sua teoria di “Stato ideale”. Il quarto e il quinto libro si occupano del rapporto tra cose e idee, tra mondo sensibile e sovransensibile (Iperurano). Il sesto e settimo libro descrivono la teoria della conoscenza. L'ottavo e il nono trattano dello Stato e della famiglia ed, infine, il decimo dell'immortalità dell'anima con il Mito di Er.

<sup>15</sup> Nella *Politica*, delineò una forma di governo misto, da lui denominata *politìa* (fatta propria poi anche da Tommaso d'Aquino), nella quale confluivano i caratteri delle tre forme di governo semplici (monarchia, aristocrazia, democrazia) e distinse tre momenti nell'attività dello Stato: deliberativo, esecutivo e giudiziario.

Della distribuzione dei poteri tratta il Libro VII, “*La costituzione migliore*”, dove per “costituzione” si intende non solo la distribuzione dei poteri ma anche l'ordinamento generale della vita della città.

Nel passaggio tra la forma di Stato moderna e lo Stato contemporaneo si è avvertita la necessità di un quarto potere neutro, di garanzia costituzionale, e tale esigenza stata sentita anche a livello di patrimonio costituzionale comune dell'Unione europea.

Inoltre, il principio della separazione dei poteri si è modulato, nella sua evoluzione nello Stato contemporaneo, secondo il principio di separazione delle funzioni tipiche, superando la rigida separazione dei poteri teorizzata da Montesquieu, per soddisfare le esigenze di governo, poste dall'ampliamento delle finalità dello Stato, anche sociali e di promozione economica (*cura promovendae salutis*), rispetto a quelle proprie dello Stato liberale, con la possibilità che un potere svolga funzioni talvolta, e a certe condizioni e con i dovuti controlli, che appartengono ad un altro potere.

Un esempio è costituito dal Governo, che emana decreti legislativi o decreti legge che sono atti aventi forza di legge e dunque esercita un potere legislativo delegato o urgente e temporaneo, pur essendo, invece, titolare di un potere esecutivo.

Si tratta della teoria della separazione delle funzioni tipiche (ossia le tre funzioni tipiche dello Stato e la quarta funzione di garanzia costituzionale) che sono separatamente attribuite come titolarità delle stesse e, quindi: la funzione legislativa è funzione tipica in titolarità del Parlamento, la funzione esecutiva è funzione tipica in titolarità del Governo e la funzione giurisdizionale è funzione tipica in titolarità della magistratura e la funzione di garanzia costituzionale è funzione tipica in titolarità a livello preliminare del Presidente della Repubblica e a livello giurisdizionale della Corte costituzionale.

Ferma restando la titolarità della funzione, che rimane distintamente assegnata agli organi del Parlamento, del Governo e della magistratura, non si esclude che vi sia anche l'esercizio di altre funzioni da parte di organo costituzionale che non ne sia titolare in relazione a quanto prevede la Costituzione e in relazione a quanto le esigenze di autonomia degli organi costituzionali o di governo richiedono.

Il quarto requisito che devono soddisfare i Paesi dell'Unione europea ed i Paesi che aspirino ad aderirvi, è costituito appunto da un sistema di giustizia costituzionale, che è, poi, l'elemento che distingue lo Stato contemporaneo dallo Stato moderno di diritto, il quale non aveva o non conosceva la giustizia costituzionale, con la notevole eccezione degli Stati Uniti, che costituiscono, non a caso, il più grande sistema di democrazia moderna.

Negli Stati Uniti, infatti, il sistema di giustizia costituzionale è diffuso e nacque nel 1803 con la famosa sentenza *Marbury vs Madison*, la quale stabilì che, nel contrasto tra la Costituzione americana e le leggi dello stato federale o degli stati federali, il giudice applica direttamente la Costituzione americana e non applica la legge dello Stato federale o la legge dello Stato federato, che egli ritenga essere in contrasto con la Costituzione.

E, quindi, negli Stati Uniti vi è l'applicazione prevalente e diffusa della Costituzione da parte dei giudici.

Il sistema si riconduce ad unità perché, allorché, a seguito delle successive impugnazioni, si addivene ad una decisione della Corte Suprema: quando la stessa disapplica una determinata legge ritenuta in contrasto con la Costituzione, tutti i giudici, secondo il noto principio dello *stare decisis*, si adegueranno alla decisione della Corte Suprema e non applicheranno quella legge ritenuta dalla Corte Suprema incostituzionale.

Tale sistema ha segnato l'inizio della stagione della giustizia costituzionale nel mondo occidentale, che gli Stati Europei hanno introdotto soltanto dopo la Seconda guerra mondiale. L'assenza di sistemi di giustizia costituzionale vigenti negli Stati europei, rendeva deboli e aggredibili i relativi ordinamenti, come le esperienze tragiche delle dittature fascista, nazista e franchista spagnola, hanno purtroppo dimostrato.

In Europa, vi erano Stati liberali di diritto, che non conoscevano la possibilità di annullare o di disapplicare le leggi, che fossero in contrasto con la Costituzione<sup>16</sup>.

Questo derivava, anche dal punto di vista storico, dall'influenza che ebbe la Rivoluzione francese e dell'idea che instaurò della legge come espressione della volontà generale. Quindi, non si ammetteva un potere che potesse annullare, disapplicare o porre nel nulla un atto, la legge, che era ritenuta promanante – a mezzo dei suoi rappresentanti - dalla volontà del popolo.

Non a caso, per diretta influenza del portato della Rivoluzione, l'ordinamento che ha il sistema di giustizia costituzionale meno evoluto è quello francese, mentre l'Italia, la Germania, l'Austria, la Spagna, il Portogallo e gli altri Paesi europei hanno un sistema di giustizia costituzionale più articolato.

Ovviamente anche la Francia, come già osservato, ha introdotto, con la Costituzione della V Repubblica francese del 1958, un sistema di giustizia costituzionale (accentrato, siccome imperniato sul *Conseil Constitutionnel*, organo *ad hoc* al quale è deputato il sindacato sulle leggi), ma in misura più ridotta, nonostante le riforme intervenute nel tempo, rispetto a quanto avveniva, è avvenuto e avviene in altri Paesi come l'Italia, in cui il sistema di giustizia costituzionale è molto più evoluto e articolato.

L'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale in Francia è stata circondata da timidezze e cautele, proprio perché l'idea francese restava quella pervasiva della Costituzione, ovvero che la legge, in quanto espressione della volontà generale e, quindi, espressione dei rappresentanti del popolo, non tollerava di essere annullata per via giudiziaria.

Tuttavia, lo Stato contemporaneo è imperniato sul diverso assioma che la legge deve sottostare alla Costituzione: sono la Costituzione e le leggi costituzionali a fornire il quadro condiviso nell'ambito del quale la legge opera le scelte politiche.

La mancanza di un sistema di giustizia costituzionale, che garantisca la prevalenza concreta e diffusa della Costituzione sulle leggi è stata una delle cause (se non la causa principale) delle derive totalitarie che si sono avute in Europa a seguito del crollo dello Stato liberale.

Di qui, nel patrimonio costituzionale comune dei Paesi dell'Unione europea, al quarto elemento, dopo il principio personalista, il principio democratico e il principio della separazione dei poteri, vi è la necessità che tutti i paesi dell'Unione europea prevedano un sistema di giustizia costituzionale.

Anche nello Stato liberale, la Costituzione (ad esempio, lo Statuto Albertino per il Regno d'Italia) si riconosceva un valore maggiore rispetto alle leggi ma non aveva un meccanismo di rigidità in grado di resistere ad interventi legislativi e del Governo, che determinarono la deriva totalitaria (così fu in Italia con le leggi c.d. "fascistissime" che derogavano alle garanzie di libertà Statuto, in assenza dell'attuale garanzia di cui all'art. 138 Cost.).

Soprattutto, lo Statuto Albertino, nel nostro esempio, era una costituzione flessibile. Alle Costituzioni flessibili si contrappongono le Costituzioni rigide, le quali sono tali quando prevedono (come prevede la Costituzione italiana, nell'art. 138 Cost., e tutte le Costituzioni europee, tranne l'ordinamento britannico che non ha una vera e propria costituzione scritta) per la loro modifica o integrazione con norme di pari rango, cioè che si collocano nel livello super primario del sistema della gerarchia delle fonti, un procedimento pluriaggravato di formazione rispetto a quello che è necessario per l'approvazione della legge formale.

A tale procedimento, a garanzia della rigidità costituzionale, si aggiunge la previsione di un organo di giustizia costituzionale, variamente denominato (in Italia Corte costituzionale, in

---

<sup>16</sup> Un'eccezione è costituita dalla sentenza, rimasta peraltro per lungo tempo un caso isolato, pronunciata nel 1610 dalla Court of Common Pleas d'Inghilterra, sotto la presidenza di Sir Edward Coke, quale court's Chief Justice, nel caso *Thomas Bonham v College of Physicians*, nota come *Dr. Bonham's Case* o semplicemente *Bonham's Case*, che ha spiegato perché "*in many cases, the common law will control Acts of Parliament*". Il testo della decisione è pubblicato per estratto in P. COSTANZO, *Codice di giustizia costituzionale*, XII ed., Giappichelli, Torino, 2019, 813 ss.

Germania e in Spagna Tribunale costituzionale, in Francia Consiglio Costituzionale), il quale ha il potere, attribuitogli dalle Costituzioni stesse, di annullare leggi che siano in contrasto con la Costituzione.

Questo quarto elemento (o quarto potere, com'è stato acutamente definito) di garanzia costituzionale rende effettivi gli altri tre principi, agendo sugli altri tre elementi, nel senso di far sì, da un lato, che sia garantita la subordinazione del principio democratico, che è il secondo elemento, al primo, che è il riconoscimento dei diritti inviolabili (giudizio di costituzionalità) e, dall'altro, che sia assicurata la separazione dei poteri (conflitto di attribuzioni).

Le leggi sono approvate in applicazione del principio democratico, che è incardinato sul principio di maggioranza (in tal senso, l'art. 64 della Costituzione italiana, al terzo comma, sancisce l'applicazione concreta generale del principio democratico: "*Le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento non sono valide se non è presente la maggioranza dei loro componenti (c.d. quorum costitutivo), e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale*", come appunto prescrive per le leggi di amnistia e indulto, per le quali è necessaria la maggioranza di due terzi dei componenti in ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale, ex art. 79 Cost.).

Salvo queste pur significative eccezioni, il principio di maggioranza è regolato su due *quorum*: il *quorum* costitutivo, ossia la necessità che sia presente al voto almeno la metà più uno dei componenti dell'assemblea, e la maggioranza semplice<sup>17</sup>.

La giustizia costituzionale fa sì che le decisioni assunte secondo il principio democratico - cioè le decisioni politiche che si traducono nelle leggi ordinarie, cioè nelle leggi formali, o, se si tratta del Governo dei decreti legislativi delegati dal Parlamento o dei decreti legge - siano subordinate comunque al principio del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo: con le decisioni politiche che approvano le leggi (anche costituzionali) non si possono scalfire i diritti inviolabili dell'uomo, con conseguente soggezione del principio democratico al principio personalista.

Non solo.

Il sistema di giustizia costituzionale garantisce, altresì, il terzo elemento, ossia il principio di separazione dei poteri, oggi declinato come principio di separazione delle funzioni tipiche, che è sempre funzionale alla garanzia del primo elemento.

---

<sup>17</sup> La maggioranza relativa ha uno scarso significato giuridico (candidato più votato), mentre la maggioranza semplice ha invece un importante rilievo giuridico, costituendo la regola, a meno che la Costituzione non preveda una maggioranza speciale come la maggioranza assoluta o una maggioranza qualificata, ossia, rispettivamente, la metà più uno dei componenti il Collegio e una maggioranza superiore alla maggioranza assoluta.

Nel caso delle maggioranze qualificate, vi è il tentativo della Costituzione di ampliare il consenso sulla delibera o sulla nomina, rispetto a quello che è la maggioranza politica in Parlamento.

Così avviene, ai sensi dell'art. 138 della Costituzione italiana, per le leggi costituzionali, che non dovrebbero essere leggi frutto di decisioni politiche. Infatti, è richiesta almeno la maggioranza assoluta nella seconda votazione, ma quando, nella seconda votazione, non si ottengano i due terzi di ciascuna camera, cioè vi non sia un coinvolgimento molto vasto delle forze politiche, addirittura è previsto quell'aggravamento eventuale, dato dalla possibilità che un quinto dei membri di una Camera o cinque Consigli regionali o 500.000 elettori di chiedere il *referendum*, per coinvolgere il popolo nella decisione, appunto perché non si tratta di una decisione politica ma che riguarda il quadro delle regole, nel quale dovrebbero riconoscersi parti politiche diverse e anche opposte, perché un conto è stabilire i grandi principi e le regole del gioco, un conto è operare delle scelte politiche che sono dovute alla visione della società che ciascuna forza politica coltiva.

A livello costituzionale, si tratta di delineare regole, a cui le diverse forze politiche devono sottostare e quindi è bene che esse partecipino alla loro formazione ed auspicabilmente le condividano.

Questa è l'idea per cui la Costituzione, quando prevede il procedimento di revisione o di integrazione costituzionale, eleva la maggioranza, addirittura prevedendo che vi sia un consenso dei due terzi, perché in questo modo presume che vi sia un largo consenso nel Paese, quantomeno dell'opposizione più importante.

Altrimenti, lascia spazio all'eventuale operatività del principio di democrazia diretta, attraverso il referendum costituzionale oppositivo.

I quattro elementi che integrano il patrimonio costituzionale comune dell'Unione europea non sono enumerati casualmente, ma secondo un ordine logico, con priorità decrescente.

Al primo posto è collocato il principio personalista, quello previsto dalla Costituzione italiana nell'art. 2, che non a caso è associato al principio pluralista, per cui *"la Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"*.

Non si tratta semplicemente dell'affermazione del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, ma anche di una garanzia puntuale di essi, fermo restando che si tratta di una clausola aperta, perché i diritti inviolabili dell'uomo non sono un *numerus clausus* ma possono essere individuati in tutti i diritti che attengono alla persona umana.

Il sistema di giustizia costituzionale garantisce, quindi, la subordinazione del principio democratico al principio personalista ma garantisce, altresì, il principio della separazione dei poteri, quale garanzia, anch'esso, in relazione alla distribuzione del potere pubblico, del riconoscimento dei diritti inviolabili.

Non a caso, quando Montesquieu teorizzava il principio della separazione dei poteri, diceva che *"lo Stato di diritto è incardinato su questo"*.

Lo Stato di diritto è lo Stato che garantisce i diritti inviolabili e, quindi, il rispetto del primo principio richiede che vi sia effettività del terzo principio, ossia, da un lato, che vi sia la subordinazione del principio democratico al principio personalista, e, dall'altro lato, che il principio di separazione dei poteri sia effettivo e non semplicemente enunciato.

Da qui la competenza del Giudice costituzionale a dirimere anche i conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, volta proprio a garantire effettivamente il principio della separazione dei poteri, cioè la sua strumentalità rispetto al primo elemento.

Lo Stato contemporaneo, che nasce a seguito della tragedia della Seconda Guerra Mondiale e delle dittature dell'Europa continentale, ha ben presente che, con la fine dello Stato moderno liberale, la mancanza di un organo di giustizia costituzionale ha impedito l'effettiva garanzia dei principi personalista e di separazione dei poteri come sopra delineati.

In tutti i Paesi, in cui vi sono livelli di governo articolati su più piani, il meccanismo è analogo: da un lato, vi è il giudizio di costituzionalità, che garantisce la subordinazione del principio democratico al principio personalista, dall'altro vi è la risoluzione dei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, sempre in capo all'organo di giustizia costituzionale, per garantire che i diritti inviolabili dell'uomo siano effettivamente rispettati. Mentre, come noto, non lo erano nello Stato assoluto, in cui vi era la concentrazione del potere in un unico organo.

Tutti i Paesi membri devono mantenere i quattro elementi sopra descritti, pena l'avvio di una procedura di infrazione, come è avvenuto nei confronti dell'Ungheria<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Due prime procedure di infrazione furono avviate all'inizio dell'anno 2012, successivamente all'entrata in vigore della nuova Costituzione ungherese il 1° gennaio del medesimo anno. Successivamente, il 12 settembre 2018, il Parlamento europeo, con 448 voti a favore, 197 contrari e 48 astensioni, ha chiesto l'attivazione dell'art. 7 TUE, ossia la norma da applicare ai paesi che violano i *"valori di cui all'articolo 2"*, ossia i *"valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini"*. Da ultimo, in occasione dell'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 e alla protrazione *ad libitum* dello stato di emergenza, al fine di giustificare l'attribuzione dei pieni poteri al premier Viktor Orban, il 17 aprile 2020, il Parlamento ha dichiarato che le decisioni dell'Ungheria di prolungare lo stato di emergenza a tempo indeterminato, di autorizzare il premier governare per decreto e di indebolire il controllo del Parlamento sono *"totalmente incompatibili con i valori europei"*.

I deputati hanno sottolineato che tutte le misure relative al COVID-19 *"devono essere in linea con lo stato di diritto, strettamente proporzionate (...), chiaramente collegate alla crisi sanitaria in corso, limitate nel tempo e sottoposte a controlli regolari"*. Nel mese di Maggio 2020, il Parlamento europeo ha poi nuovamente sollecitato la Commissione ad

### 3. La diffidenza del sistema francese nei confronti dei “petits juges”.

Se l'appartenenza all'Unione Europea ha spinto anche la Francia ad introdurre un sistema di giustizia costituzionale, con la funzione di garanzia sopra delineata, il fattore che ne ha invece determinato la cautela e la limitatezza, anche a fronte della maggiore evoluzione degli altri Paesi europei, è stata, come sopra osservato, la tradizionale diffidenza nei confronti dei “petits juges”, ossia i giudici di pace e i giudici unici ovvero i giudici inferiori.

Muovendo dall'adagio di Montesquieu, secondo cui “*le magistrat unique ne pouvait avoir lieu que dans le gouvernement despotique*”, è rimasta nel sistema francese l'idea che il giudice unico sia sinonimo di iniquità e parzialità (“*juge unique, juge inique*”), mentre la collegialità e, con essa, la spersonalizzazione della decisione contribuisca alle (e sia anzi decisiva per) equità e imparzialità, affermate anche dall'art. 6 CEDU. Certo, la collegialità non è obbligatoria o imposta dai principi che regolano l'esercizio del potere giurisdizionale, ma non si può fare a meno di notare come la collegialità sia la regola per le decisioni più gravi e delicate, sia nell'ordinamento italiano come in quello francese, essendo collegiali i giudici di secondo grado e di legittimità, i giudici penali per i reati più gravi, i giudici importanti per i diritti fondamentali (Corte EDU, Corte di Giustizia UE, Corte costituzionale).

Tradizionalmente, si ritiene che la collegialità garantisca una decisione più meditata, l'indipendenza del giudice, che non si espone personalmente per la decisione assunta, l'imparzialità del giudice, che in seno ad un collegio più difficilmente potrà subire influenze, la formazione dei giudici più giovani, che possono contare sulla maggiore esperienza degli altri componenti del collegio, e non trovarsi da soli ad assumere decisioni coinvolgenti interessi anche molto rilevanti. Inoltre, la collegialità garantisce il confronto dialettico tra i componenti del Collegio, riducendo il margine di errore, comunque sempre possibile. D'altro canto, a sostegno del giudice unico, si adducono ragioni di celerità e risparmio, di maggiore efficienza, di specializzazione e responsabilizzazione del giudice, che non è schermato dalla collegialità. Tali ragioni, peraltro, anche alla luce dell'esperienza italiana, a seguito dell'introduzione del giudice unico di primo grado avveduta con d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, non sembrano prevalere su quelle a favore della collegialità<sup>19</sup>.

La Francia, come detto, è sempre stata legata alla collegialità, per la sua diffidenza nei confronti del giudice unico, anche se la collegialità ha conosciuto un progressivo declino. Nel settore civile, il *Tribunal de grande instance* (oggi *Tribunal judiciaire*) opera sia in formazione collegiale sia come giudice unico e la decisione spetta al Presidente, per le materie più semplici e salva l'opposizione delle parti, che determina di diritto la trattazione collegiale della causa<sup>20</sup>.

---

avviare una nuova procedura di infrazione e il Consiglio a prendere posizione sulla precedentemente attivata procedura di violazione dell'art. 7 del Trattato.

<sup>19</sup> Tale introduzione ha comportato un aumento smisurato delle impugnazioni davanti alle Corti di Appello, creando un arretrato preoccupante, occorrendo anni per la trattazione e la decisione dei giudizi d'appello, con ogni conseguenza negativa sul principio di ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 Cost.

<sup>20</sup> Con loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, in JORF n°0071 du 24 mars 2019 il *Tribunal de grande instance* (TGI), antica giurisdizione di diritto comune, è stato sostituito, con decorrenza 1° gennaio 2020, dal *Tribunal judiciaire*, che riunisce in un'unica giurisdizione i *tribunaux de grande instance* e i *tribunaux d'instance*. Per il settore civile, si segnala l'art. L. 212-2 del *Code de l'organisation judiciaire*, come modificato dalla predetta legge, secondo cui, “*Lorsqu'une affaire, compte tenu de l'objet du litige ou de la nature des questions à juger, est portée devant le tribunal judiciaire statuant à juge unique, le renvoi à la formation collégiale peut être décidé, d'office ou à la demande de l'une des parties, dans les cas prévus par décret en Conseil d'Etat. Cette décision constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours*”. Ancora, il nuovo art. L. 213-4-8 dispone che “*le juge des contentieux de la protection peut renvoyer à la formation collégiale du tribunal judiciaire, qui statue comme juge des contentieux de la protection. La formation collégiale comprend le juge qui a ordonné le renvoi*”.



## La question prioritaire de constitutionnalité

Nel settore penale, per i delitti meno gravi e per le contravvenzioni, è prevista la competenza del *Tribunal correctionnel* in composizione monocratica, e analogamente in relazione alle novità contemplate dalla riforma della giustizia, di cui alla Loi n° 2019-222 del 23 marzo 2019<sup>21</sup>.

L'ordinamento francese conosce anche un giudice unico amministrativo (il Presidente del Tribunale o magistrato da lui delegato, che abbia almeno il grado di primo consigliere o un'anzianità minima di due anni) sulle materie indicate dall'art. R-222-13 del *Code de justice administrative*<sup>22</sup>, anch'esso peraltro interessato dalla recente riforma della giustizia<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Si segnala il nuovo art. 371-1 del *code de procédure pénale*, ai sensi del quale, in ordine alla decisione sull'azione civile, "La cour peut mettre en délibéré sa décision sur l'action civile.

Elle peut également, après avoir recueilli les observations des parties, renvoyer cette décision à une audience ultérieure dont elle fixe la date. Ce renvoi est de droit à la demande des parties civiles.

L'audience sur les intérêts civils a lieu au tribunal judiciaire dans le ressort duquel se sont tenues les assises.

Sauf si la partie civile ou l'accusé a sollicité lors du renvoi le bénéfice de la collégialité, le président de la cour d'assises statue seul et peut prendre les décisions prévues à la présente section.

L'audience est publique. La présence du ministère public n'est pas obligatoire".

La riforma del 2019 ha poi introdotto il seguente comma dopo il primo dell'art. 510, sulla composizione della *chambre des appels correctionnels*: "Toutefois, lorsque le jugement attaqué a été rendu selon les modalités prévues au troisième alinéa de l'article 398 ou selon celles prévues au troisième alinéa de l'article 464, la chambre des appels correctionnels est composée d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs confiés au président de chambre, sauf si le prévenu est en détention provisoire pour les faits qui lui sont reprochés ou si [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.] l'appelant demande expressément que l'affaire soit examinée par une formation collégiale. La chambre des appels correctionnels ainsi composée ne peut alors prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée supérieure à cinq ans. Elle peut toutefois, si ce renvoi lui paraît justifié en raison de la complexité des faits ou en raison de l'importance de la peine susceptible d'être prononcée, décider, d'office ou à la demande des parties ou du ministère public, de renvoyer l'affaire devant la chambre des appels correctionnels siégeant en formation collégiale".

<sup>22</sup> Così dispone: "Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin et ayant atteint au moins le grade de premier conseiller ou ayant une ancienneté minimale de deux ans statue en audience publique et après audition du rapporteur public, sous réserve de l'application de l'article R. 732-1-1 :

1° Sur les litiges relatifs aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi, mentionnés à l'article R. 772-5 ;

2° Sur les litiges relatifs à la notation ou à l'évaluation professionnelle des fonctionnaires ou agents publics ainsi qu'aux sanctions disciplinaires prononcées à leur encontre qui ne requièrent pas l'intervention d'un organe disciplinaire collégial ;

3° Sur les litiges en matière de pensions de retraite des agents public ;

4° Sur les litiges en matière de consultation et de communication de documents administratifs ou d'archives publiques ;

5° Sur les litiges relatifs aux impôts locaux et à la contribution à l'audiovisuel public, à l'exception des litiges relatifs à la contribution économique territoriale ;

6° Sur les litiges relatifs aux refus de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice ;

7° Sur les requêtes contestant les décisions prises en matière fiscale sur des demandes de remise gracieuse ;

8° Sur les litiges relatifs aux bâtiments menaçant ruine ou aux immeubles insalubres ;

9° Sur les litiges relatifs au permis de conduire ;

10° Sauf en matière de contrat de la commande publique sur toute action indemnitaire ne relevant pas des dispositions précédentes, lorsque le montant des indemnités demandées n'excède pas le montant déterminé par les articles R. 222-14 et R. 222-15".

<sup>23</sup> Con riferimento alla composizione del giudice e con specifico riguardo ai giudici onorari, l'art. L. 222-2-1 del codice è stato così sostituito: "Le président du tribunal administratif peut désigner des magistrats administratifs honoraires choisis parmi les magistrats inscrits, pour une durée de trois ans renouvelable, sur une liste arrêtée par le vice-président du Conseil d'Etat, pour exercer les fonctions de rapporteur en formation collégiale dans la limite d'un magistrat honoraire par formation de jugement.

Les magistrats honoraires peuvent également statuer :

1° Sur les recours relevant de la compétence du juge statuant seul ;

2° Sur les référés présentés sur le fondement du livre V ;

Indubbiamente, la collegialità riveste comunque carattere predominante, specie nel processo amministrativo<sup>24</sup>, rimanendo riservate al giudice monocratico le controversie di minor valore ed essendo sempre aperta la possibilità di disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la trattazione collegiale della causa.

La tradizionale diffidenza nei confronti del giudice unico può ritenersi dunque confermata, anche se, per ragioni di speditezza ed economicità, nonché per l'insufficienza del numero dei magistrati a soddisfare la domanda di giustizia in composizione collegiale, diverse materie sono affidate all'organo monocratico, sul quale comunque il dibattito resta aperto<sup>25</sup>.

#### 4. L'introduzione della question prioritaire de constitutionnalité (QPC): ragioni e limiti del giudizio incidentale nel sistema francese.

Il limitato potere conferito al *Conseil Constitutionnel* dalla Costituzione del 1958 si è presto rivelato insufficiente a soddisfare le esigenze sottese alla sua introduzione e che si sono sopra illustrate. Ciò essenzialmente per i limiti fisiologici del sindacato di costituzionalità preventivo e astratto, al quale sfuggono le criticità applicative delle leggi controllate prima della loro promulgazione, oltretutto per la mancanza di obbligatorietà del sindacato preventivo, che consentiva l'entrata in vigore di leggi potenzialmente incostituzionali, esponendo l'ordinamento ad un definitivo rischio intollerabile, anche se solo potenziale, specie quando relativo a diritti e valori fondamentali e indisponibili<sup>26</sup>.

Nonostante le competenze del *Conseil* siano state estese al massimo grado possibile, secondo la disciplina costituzionale allora vigente, soprattutto in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali<sup>27</sup>, si è avvertita nel tempo la necessità di sopperire a tale deficit di garanzia, tanto più sotto la spinta del diritto e della giurisprudenza eurounitari e della CEDU, con l'introduzione del sindacato incidentale<sup>28</sup>.

---

<sup>3°</sup> *Sur les recours en annulation dont le tribunal est saisi en application des III et IV de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*".

<sup>24</sup> Analogamente, nel sistema italiano, tutti i provvedimenti giurisdizionali (ordinanze e sentenze) del Giudice Amministrativo sono collegiali, ad eccezione dei decreti monocratici di adozione di misure cautelari urgenti (artt. 56 e 61 CPA) e di estinzione del giudizio, fuori udienza (art. 85 CPA).

<sup>25</sup> In tal senso, cfr. il contributo del magistrato N. BRACONNAY, *La question du juge unique : un état des lieux*, in *Vie Publique* (<https://www.vie-publique.fr/>), 11 giugno 2019, il quale evidenzia come la competenza del giudice unico sia stata ampliata – e non è detto che il rilievo o la complessità delle controversie sia direttamente proporzionale al loro valore, con la conseguenza che i giudici unici possono anche trovarsi ad affrontare questioni assai rilevanti – costituendo anche organi monocratici di giudici normalmente collegiali (quali TGI e Tribunal correctionnel), pur con le riserve di chi non è contrario in linea di principio al giudice unico, a condizione che la funzione sia rivestita da magistrati adeguatamente formati ed esperti.

<sup>26</sup> L'intento di una più sicura garanzia dei diritti fondamentali era chiaramente espresso nella Relazione illustrativa la progetto di legge.

<sup>27</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla teoria del "*bloc de constitutionnalité*", costituito dalla Costituzione vigente, dalle ordinanze organiche attuative ex art. 92 Cost., dalla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 1789 e dal Preambolo della Costituzione del 1946.

Sicuro rilievo ha rivestito poi la decisione del 25 gennaio 1985, in L. FAVOREU – L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Parigi, 1989, 619, con la quale il *Conseil* ha affermato la propria competenza a sindacare le leggi in vigore, quando ciò sia necessario, in sede di controllo preventivo di una delibera legislativa che richiami, modifichi completi le prime o comunque incida su di esse.

<sup>28</sup> Si consenta di rinviare in proposito a D. GRANARA, *Il giudice a quo nei progetti francesi*, in P. Costanzo (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Milano, Giuffrè, 1995, 174 ss., in cui la questione, il dibattito dottrinale e i progetti di riforma sono stati compiutamente esaminati.

In proposito, negli Anni Ottanta si è acceso un dibattito dottrinale<sup>29</sup>, che ha portato alla formulazione di un progetto di legge costituzionale per la revisione degli artt. 61, 62 e 63 della Costituzione, presentato dal Presidente della Repubblica all'Assemblea Nazionale il 30 marzo 1990, contestualmente al progetto di legge organica attuativo, il quale si proponeva un equilibrio tra sindacato successivo e preventivo, cercando di acquisire i vantaggi del primo senza compromettere i pregi del secondo.

Le linee essenziali<sup>30</sup> di tale progetto, che presentano molte analogie con al *QPC* introdotta nel 2008, erano costituite da: sindacato in via incidentale limitato alle leggi lesive dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche e successive all'entrata in vigore della Costituzione del 1958; esclusione delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e di quelle referendarie, nonché di quelle organiche, già obbligatoriamente sottoposte al giudizio preventivo, e di quelle già sottoposte al controllo.

Sotto il profilo procedimentale, si prevedeva l'iniziativa di parte, con possibilità di rilievo d'ufficio o su istanza del pubblico ministero, un doppio filtro introduttivo, con l'apprezzamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza affidato al giudice (ivi compreso quello istruttore) del processo *a quo* e quello della serietà della questione affidato alle magistrature superiori, Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, che soli potevano sollevare (e qui è evidente la diffidenza nei confronti dei "*petits juges*"), in caso di delibazione positiva, la questione al Consiglio Costituzionale.

Non era contemplata l'*autosaisine* del Consiglio Costituzionale.

Quanto all'efficacia delle decisioni del *Conseil*, la si prevedeva *erga omnes* e retroattiva per la dichiarazione di incostituzionalità, salvi gli effetti del giudicato, escludendo la possibilità, proposta dalla dottrina, del Giudice costituzionale medesimo di modulare diversamente gli effetti nel tempo.

Il progetto, pur depurato dal doppio filtro, con l'eliminazione del controllo di serietà da parte delle giurisdizioni superiori, non fu però approvato dalle Camere per opposizione del Senato. Stesso esito fallimentare ebbe poi un successivo progetto presentato al Senato l'11 marzo 1993.

Il sindacato di costituzionalità in via incidentale (*question prioritaire de constitutionnalité*) è stato infine introdotto con l. cost. 23 luglio 2008, che ha introdotto l'art. 61-1 e modificato l'art. 62<sup>31</sup>, a cui hanno fatto seguito la Legge organica 10 dicembre 2009, di modifica dell'ordinanza organica n. 58-1067 del 7 novembre 1958 recante "*loi organique sur le Conseil constitutionnel*", e il Regolamento di procedura del 18 febbraio 2010.

Già dalla prima lettura delle predette disposizioni costituzionali emergono evidenti le analogie con gli studi e il progetto degli Anni Novanta.

È stata innanzitutto confermata la limitazione del giudizio incidentale alla violazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione (*bloc de constitutionnalité*), così come il doppio filtro di

---

<sup>29</sup> I principali contributi sono stati quelli di Maurice Duverger, François Luchaire, Bruno Genevois, del Centro di Ricerca di Diritto Costituzionale presso l'Università di Parigi I, tra i quali ha prevalso la tesi di Genevois, confluita nel progetto del 30 marzo 1990.

<sup>30</sup> Per ogni ulteriore approfondimento, cfr. D. GRANARA, *Il giudice a quo nei progetti francesi*, in P. Costanzo (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, cit., 185 ss.

<sup>31</sup> Ai sensi dell'art. 61-1, "*lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.*

*Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article*".

Il successivo art. 62, comma 2, precisa gli effetti della pronuncia di incostituzionalità, per cui "*une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause*".

accesso, rimesso al rinvio di Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, che si pronunciano entro un certo termine (poi fissato in tre mesi dalla legge organica).

Sul piano dell'efficacia della declaratoria di illegittimità costituzionale, l'art. 62 si esprime in termini di "abrogazione", con decorrenza dalla pubblicazione della decisione o da diversa data stabilita dalla decisione stessa, salvo poi rimettere al Consiglio "*les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause*"<sup>32</sup>.

Le disposizioni organiche, che hanno introdotto nell'ordinanza organica del 1958 un Capitolo II *bis* dedicato alla QPC, disciplinano il procedimento innanzi ai giudici dei processi *a quo* (ossia quelli "*relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation*", alla Sezione I), quello innanzi al Consiglio di Stato e alla Corte di Cassazione (Sezione II), che hanno la funzione di filtro di cui si è detto *supra*, ed infine quello davanti al Consiglio Costituzionale medesimo (Sezione III).

La legge organica contiene poi disposizioni di modifica e coordinamento con i codici di procedura (civile, penale e amministrativo), l'ordinamento giudiziario e lo Statuto della Nuova Caledonia, nei quali si prevede il rinvio alle disposizioni organiche per la disciplina del procedimento.

Più nello specifico, si prevede che il motivo che censura una disposizione legislativa per violazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione deve risultare da apposito atto motivato, che può essere presentato per anche per la prima volta in appello.

Per quanto riguarda le giurisdizioni al cui vertice è la Corte di cassazione, la doglianza è comunicata al Pubblico Ministero, qualora non sia parte del giudizio, affinché possa esprimere il proprio avviso.

È possibile proporre una QPC anche nel corso dell'istruzione penale da parte del giudice istruttore e, in quel caso, ne è notiziata la giurisdizione dell'istruzione di secondo grado.

La questione non può essere sollevata innanzi alla Corte d'assise, ma, in caso di impugnazione, di fronte alla Corte d'assise d'appello, la parte può sollevarla in un atto che accompagni la dichiarazione d'appello, immediatamente trasmesso alla Corte di Cassazione (art. 23-1).

La giurisdizione statuisce senza ritardo con una decisione motivata sulla trasmissione della questione al Consiglio di Stato e alla Corte di Cassazione e vi procede, alla sussistenza delle seguenti condizioni:

1. La disposizione controversa è applicabile alla controversia o alla procedura o costituisce la base del procedimento;
2. la stessa non è già stata dichiarata conforme alla Costituzione nei motivi e nel dispositivo di una decisione del Consiglio costituzionale, salvo il mutamento delle circostanze;
3. La domanda non è priva di serietà.

La soluzione della QPC ha precedenza sulla questione della conformità della legge agli obblighi internazionali della Francia.

La trasmissione della questione al Consiglio di Stato o alla Corte di Cassazione deve avvenire entro otto giorni dalla sua pronuncia con le memorie o le conclusioni delle parti. La decisione non è impugnabile con alcun ricorso. Il rifiuto di trasmettere la domanda può essere contestato solo durante un ricorso contro la decisione di risoluzione totale o parziale della controversia (art. 23-2).

Quando la questione viene trasmessa, il giudice *a quo* soprassedie alla decisione fino al ricevimento della decisione del Consiglio di Stato o della Corte di cassazione o, se è stato adito, del

---

<sup>32</sup> Come osserva P. DEUMIER, *Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 47 (Dossier : 5 ans de QPC) - Avril 2015 - 65 À 78, già nei primi cinque anni dall'introduzione della QPC "*Le Conseil a, en cinq ans de pratique de la QPC, construit un véritable droit de l'exécution des décisions dans le temps. Sa principale caractéristique est peut-être qu'il ne procède pas d'un raisonnement déductif à partir de principes transitoires ou de droits garantis mais qu'il repose sur un raisonnement essentiellement conséquentialiste*".

Consiglio costituzionale<sup>33</sup>. Il corso dell'istruzione non è sospeso e il giudice può adottare le misure provvisorie o conservative necessarie.

Tuttavia, una decisione non viene sospesa né quando una persona è privata della sua libertà a causa del procedimento, né quando il procedimento è destinato a porre fine a una misura di privazione della libertà.

Lo stesso accade, se la legge o il regolamento prevedono che il giudice debba statuire entro un termine preciso o in caso di urgenza. Se il giudice di primo grado si pronuncia senza indugio e viene interposto appello avverso la sua decisione, il giudice d'appello sospende la decisione, tranne che, anch'esso, non debba statuire entro un termine preciso o in caso di urgenza.

È prevista anche una decisione parziale sui punti che devono essere immediatamente definiti, quando la sospensione del procedimento comporterebbe conseguenze irreversibili o manifestamente eccessive per i diritti di una parte (art. 23-3).

Il Consiglio di Stato o la Corte di Cassazione investiti di una questione prioritaria di costituzionalità devono pronunciarsi (con decisione comunicata al giudice *a quo* e notificata alle parti) entro tre mesi, rimettendola al Consiglio Costituzionale, laddove sussistano i requisiti previsti dall'art. 23-2 e la questione sia nuova o connotata da carattere di serietà (art. 23-4 e 23-7, secondo comma).

Nel caso in cui la questione sia proposta per la prima volta innanzi al Consiglio di Stato o alla Corte di cassazione, si applicano le medesime regole sopra illustrate per i giudici inferiori, con la differenza che, in tal caso, la delibazione della questione, ai sensi dell'art. 23-2, avviene unitamente all'apprezzamento della serietà di cui all'art. 23-4 (così l'art. 23-5).

Se il Consiglio di Stato o la Corte di Cassazione non si pronunciano nel termine assegnato, la questione è comunque sollevata di fronte al Consiglio Costituzionale (art. 23-7), con conseguente attenuazione del potere di filtro delle giurisdizioni superiori, cui è attribuito un potere di controllo, ma non di veto sulle QPC sollevate.

Il Consiglio Costituzionale informa immediatamente il Presidente della Repubblica, il Primo Ministro, i Presidenti dell'Assemblea nazionale e il Senato, i quali possono inviare loro osservazioni al Consiglio costituzionale sulla questione prioritaria di costituzionalità che gli è stata sottoposta (art. 23-8)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 23-3, ultimo comma, "se un ricorso in cassazione è stato proposto mentre i giudici di merito si sono pronunciati senza attendere la decisione del Consiglio di Stato o della Corte di cassazione o, se è stato adito, quella del Consiglio costituzionale, è sospesa qualsiasi decisione sul ricorso fino a quando non sia stata decisa la questione prioritaria di costituzionalità. Si procede altrimenti quando l'interessato è privato della sua libertà a causa del procedimento e la legge prevede che la Corte di cassazione decida entro un determinato termine". La disposizione ha suscitato dubbi di costituzionalità, ma il Conseil, con la sentenza 2009-595 DC, cs. 18, ha chiarito che «*considérant, toutefois, que la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel ; que, sous cette réserve, l'article 23-3 n'est pas contraire à la Constitution*». Analoghe considerazioni sono state svolte al successivo cs. 23, con riferimento al caso in cui il giudizio *a quo* penda direttamente davanti al Consiglio di Stato o alla Corte di cassazione: «*Considérant, en troisième lieu, que les deux dernières phrases du dernier alinéa de l'article 23-5 permettent qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, sous la même réserve que celle énoncée au considérant 18, ces dispositions ne sont pas contraires à la Constitution* » c'est à dire que «*ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel* ».

<sup>34</sup> Se si tratta di QPC riguardante una legge di un paese della Nuova Caledonia, il Consiglio informa il Presidente del governo della Nuova Caledonia, il Presidente del Congresso e i Presidenti delle assemblee delle Province.

Il giudizio instaurato di fronte al *Conseil* è, coerentemente con la natura e la funzione del giudizio incidentale, indisponibile, non incidendo su di esso le vicende del giudizio principale<sup>35</sup>.

Sempre nell'ottica del giudizio incidentale, la questione è decisa in udienza pubblica<sup>36</sup>, con l'eventuale partecipazione delle parti, entro un termine i tre mesi (art. 23-10).

La decisione del Consiglio costituzionale è motivata. È notificata alle parti e comunicata al Consiglio di Stato o alla Corte di cassazione nonché al giudice dinanzi al quale è stata sollevata la questione prioritaria della costituzionalità.

Il Consiglio costituzionale comunica inoltre la propria decisione al Presidente della Repubblica, al Primo Ministro e ai Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato nonché, nel caso previsto dall'ultimo paragrafo dell'articolo 23-8 (*QPC* riguardante le leggi della Nuova Caledonia), alle autorità ivi menzionate.

La decisione è pubblicata sul *Journal Officiel* della Repubblica e, se del caso, su quello della Nuova Caledonia (art. 23-11).

##### 5. Il bilancio di dieci anni di *QPC*.

Nell'ultimo decennio, la *QPC* ha costituito una parte rilevante del contenzioso costituzionale, se si considera che in tale breve lasso di tempo il numero di decisioni ha eguagliato quello delle altre pronunce di costituzionalità dal 1958 ad oggi (complessivamente 795).

Dal 2010 al 31 dicembre 2019, sono state complessivamente presentate 839 questioni prioritarie di costituzionalità<sup>37</sup>, di cui 388 da parte del Consiglio di Stato e 451 della Corte di Cassazione, e rese 730 decisioni dal *Conseil*, peraltro prevalentemente nel senso della conformità (481), essendo risultate fra l'altro non conformi parzialmente 68 disposizioni e non conformi totalmente 153 disposizioni.

Si è concordemente affermato, come l'introduzione del sindacato incidentale abbia arricchito la costituzionalizzazione del sistema, rafforzando le garanzie, ed abbia contestualmente ampliato il sindacato del *Conseil constitutionnel*, il quale ha una più ampia e articolata possibilità di esprimersi, alla luce dell'applicazione della legge.

D'altro canto, si è rilevato come l'espansione del giudizio di costituzionalità (e, quindi, del quarto potere di garanzia costituzionale) renda più difficile il seguito alle decisioni del *Conseil*, soprattutto da parte del Legislatore<sup>38</sup>.

Nei rapporti con la magistratura, si è notato come la stessa sia stata molto reattiva e, specie la Corte di cassazione, ispirandosi anche all'operato della Corte italiana nell'elaborazione del cd. "diritto vivente", abbia smorzato alcune questioni prioritarie, anche con significativi *revirement* dei

---

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 23-9, infatti, "*lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question*".

<sup>36</sup> L'art. 8 del Regolamento interno *QPC* (4 febbraio 2010, modificato dalle decisioni del Consiglio costituzionale del 24 giugno 2010, 21 giugno 2011 e 22 novembre 2013) indica i casi eccezionali in cui si deroga alla pubblicità dell'udienza, ossia interesse dell'ordine pubblico, dei minori e di protezione della vita privata delle persone), prevedendo infatti al comma 3 che "*le président peut, à la demande d'une partie ou d'office, restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent. Il ne peut ordonner le huis clos des débats qu'à titre exceptionnel et pour ces seuls motifs*".

<sup>37</sup> Come risulta dalla fonte ufficiale del *Conseil Constitutionnel*, all'indirizzo <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>.

<sup>38</sup> Così S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 57 (prix de thèse du Conseil Constitutionnel 2017) - ottobre 2017; P. DEUMIER, *Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles*, cit.

propri orientamenti, in senso conforme alla Costituzione (*rectius*, al *bloc del constitutionnalité*), applicando le riserve di interpretazione del *Conseil* come tante nuove leggi<sup>39</sup>.

Tutto ciò non può però indurre ad obliterare che il giudizio di costituzionalità in Francia è ancora circondato da limitazioni e cautele, sia in sede di proposizione sia in sede di decisione.

La giustizia costituzionale francese è ancora lontana da quel livello di approfondimento e da quell'affinamento della strumentazione tecnico-giuridica, proprio del sistema italiano, ma anche di quelli tedesco e spagnolo.

Come si vede, la tradizione è dura a morire.

---

<sup>39</sup> Cfr., in proposito, R. LE COTTY - C. ROTH, *Les suites des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans les juridictions de l'ordre judiciaire*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 47 (Dossier : 5 ans de QPC) - Avril 2015 - 27-44. Le *réserves d'interprétation* possono essere assimilate alle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale italiana, trattandosi di una tecnica decisionale, con la quale il *Conseil* dichiara una disposizione di legge conforme alla Costituzione, a condizione che la stessa sia interpretata in un certo senso, che la decisione indica. Si individuano tradizionalmente tre tipi di riserve di interpretazione: le cosiddette riserve di neutralizzazione, che eliminano possibili interpretazioni contrarie alla Costituzione; le cosiddette riserve direttive, che includono un requisito per il legislatore o un'autorità di contrasto statale; le cosiddette riserve costruttive o additive, quando il Consiglio si aggiunge alla legge per renderla conforme alla Costituzione.

Il primo ricorso del Consiglio costituzionale alla tecnica della riserva di interpretazione ebbe luogo nel 1959 in una decisione relativa ai regolamenti dell'Assemblea nazionale.

Per un approfondimento sul punto, cfr. altresì, P.G. LUCIFREDI, P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato 1. Il sistema francese*, Milano, cit., 139.





STEFANO CATALANO

**Il sistema incidentale francese come elemento di riflessione  
per la 'manutenzione' del controllo di costituzionalità italiano**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I 'raccordi' fra controllo di costituzionalità e di compatibilità con le norme sovranazionali in Francia: la priorità della questione di costituzionalità. – 3. La priorità: una soluzione possibile per la doppia pregiudizialità in Italia. – 4. La modulazione degli effetti delle decisioni del *Conseil constitutionnel*. – 5. La soluzione francese come risposta al problema italiano della modulazione degli effetti delle decisioni d'incostituzionalità?

1. *Introduzione*

Le riflessioni che si intendono proporre prendono spunto dal sistema di controllo di costituzionalità francese di cui il Professor Costanzo è un autorevolissimo studioso<sup>1</sup>, fortemente innovato fra il 2008 ed il 2010<sup>2</sup>. In particolare, si cercherà di capire se due degli elementi maggiormente caratteristici del meccanismo incidentale e successivo oggi in vigore, ovvero la priorità della questione di costituzionalità e l'esistenza in capo al Giudice costituzionale del potere di modulare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni, possano fornire possibili soluzioni per alcuni problemi del sistema di giustizia costituzionale italiano. Ci si riferisce, segnatamente, alla 'doppia pregiudizialità' e alla necessità, spesso avvertita dalla Corte costituzionale, di dare indicazioni sugli effetti delle proprie decisioni.

2. *I 'raccordi' fra controllo di costituzionalità e di compatibilità con le norme sovranazionali in Francia: la priorità della questione di costituzionalità*

La Francia, nell'introdurre un controllo di costituzionalità delle leggi di tipo incidentale, ha individuato una peculiare soluzione per le ipotesi nelle quali una disposizione legislativa sia in conflitto, contemporaneamente, con la Costituzione e con le norme internazionali o dell'Unione europea. L'attuale art. 23-2 della *Loi organique sur le Conseil constitutionnel* (Ordonnance n. 58-1067 del 1958) stabilisce la priorità della questione di costituzionalità. Si tratta di un elemento centrale del sistema, enfatizzato al punto di chiamare la nuova procedura "questione prioritaria di costituzionalità", mettendo così in ombra "la più profonda novità dell'istituto", ovvero la natura "a posteriori" del controllo<sup>3</sup>.

Prima di ogni altro ragionamento, è necessario ricordare come vengono risolte le antinomie fra leggi e norme internazionali o dell'Unione europea in Francia. Diversamente da quanto avviene in Italia, le due forme di contrasto hanno la medesima soluzione e si parla di controllo di

---

<sup>1</sup> Importanti scritti di riferimento per lo studio di questi temi sono: P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009; ID., *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 2009-2010*, in *Giur. cost.*, 2011, 3853 e ss.; ID. (a cura di) con i contributi di M. CAVINO, P. COSTANZO, P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 2011-2012*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2013 (03.X.2013)) e in *Giur. cost.*, 2013, 4141 e ss.; ID., *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2010 (10.V.2010).

<sup>2</sup> Il sistema di controllo successivo delle leggi riprende, in molti punti, la proposta discussa e non approvata fra il 1989 ed il 1990. Su tale progetto N. ZANON, *L'exception d'inconstitutionnalité in Francia: una riforma difficile*, Torino, 1990.

<sup>3</sup> P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità*, cit., par. 1.

convenzionalità. La disposizione di riferimento è l'art. 55 Cost. fr. secondo cui "I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi". Da tale regola discende che "spetta ai giudici e, in ultima istanza, alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Stato, dare in via diffusa concretezza a siffatta superiorità, disapplicando, a favore della norma internazionale, la norma interna con essa contrastante"<sup>4</sup>. In questo senso, a seguito della decisione n. 74-54 DC del *Conseil constitutionnel*, si sono espressi la *Cour de cassation* ed il *Conseil d'État*<sup>5</sup>.

In un simile quadro, tenendo conto che sino al 2008 non c'era un controllo di costituzionalità successivo, si è venuta a creare una situazione paradossale: i diritti, pur riconosciuti dai documenti costituzionali francesi, venivano concretamente garantiti in base a disposizioni internazionali dal contenuto sostanzialmente equivalente<sup>6</sup>. Proprio per porre rimedio a ciò e per non condannare alla 'inoperatività' il sistema di controllo di costituzionalità in via incidentale (cosa resa probabile dalla maggiore familiarità di giudici e parti con il controllo di convenzionalità) è stata prevista la priorità della q.l.c. sul controllo di convenzionalità<sup>7</sup>. Si afferma che il giudice, quando è investito di una questione che mette in discussione contemporaneamente la conformità di una legge rispetto ai diritti e liberà garantiti dalla Costituzione e la compatibilità con i vincoli internazionali della Francia, deve "pronunciarsi prioritariamente sulla trasmissione della questione di costituzionalità" (art. 23-2 della *ordonnance* n. 58-1067 del 1958). In breve, si impone ai giudici di risolvere le ipotesi di 'doppia pregiudizialità' a favore di quella costituzionale, prendendo prima in considerazione le norme della Costituzione e solo dopo quelle internazionali<sup>8</sup>. Emerge, dunque, la natura procedurale della priorità<sup>9</sup>.

Stando così le cose, non pare strano che si sia posto il problema di comprendere se il meccanismo fosse conforme all'art. 267 TFUE che prevede, in capo ai giudici nazionali, la facoltà o l'obbligo, se di ultima istanza, di proporre rinvio pregiudiziale. Il quesito è stato inviato alla Corte di giustizia dalla

---

<sup>4</sup> P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 437. Lo Stesso A. precisa che quanto stabilito dall'art. 55 Cost. fr. vale anche per le "norme del diritto derivato comunitario" (429).

<sup>5</sup> Si vedano le sentt. della *Cassation mixte*, 24 maggio 1975, n. 73-13556 (*Jacques Vabre*) e del *Conseil d'État*, 20 ottobre 1989, n. 108243 (*Nicolo*). Sul punto P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 439.

<sup>6</sup> R. BADINTER, *La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel, protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, in P. Mahoney et al. (a cura di), *Protecting human rights: the european perspective. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, 2000, 84 e volendo S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, 2016, 21.

<sup>7</sup> Sottolinea che il legislatore organico ha voluto evitare il ricorso prevalente al controllo di convenzionalità T. DI MANNO, *La QPC, une question incidente de constitutionnalité 'à la française'*, in C. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La 'manutenzione' della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino 2012, 8 s. Che la *priorité* della questione di costituzionalità rispetto a quella di convenzionalità "*est une nécessité*", senza la quale il meccanismo previsto dall'art. 61-1 della Costituzione francese "*serait mort-né*" è affermato espressamente, nell'audizione tenuta davanti alla *Commission des lois dell'Assemblée nationale*, da Guy Carcassonne. Il testo dell'audizione è riportato nel *Rapport* n. 1898 (*Rapport Warsmann*) del 3 settembre 2009 reperibile all'indirizzo <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>, 145. Nello stesso senso si esprime, sempre nella sua audizione alla *Commission des lois*, Bertrand Mathieu, 107 del *Rapport* secondo cui il carattere prioritario della "*question de la constitutionnalité, c'est une des conditions de réussite de la réforme*".

<sup>8</sup> C. MAUGÜE, J.-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Parigi, 2011, 241; X. PHILIPPE, *La question prioritaire de constitutionnalité: à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français ... Réflexions après l'adoption de la loi organique*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, 282.

<sup>9</sup> La preminenza cronologica della questione di costituzionalità rispetto a quella di convenzionalità viene evidenziata da P. COSTANZO, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 2009-2010*, cit., 3866; S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale*, Napoli, 2016, 210.

Corte di cassazione francese, con due ordinanze del 16 aprile del 2010<sup>10</sup>, che hanno dato origine alla nota decisione *Melki* con la quale è stata affermata, a certe stringenti condizioni, la non incompatibilità con l'ordinamento UE della priorità della questione di costituzionalità<sup>11</sup>. Si dice che l'art. 267 TFUE non osta alla priorità della q.l.c. a condizione che i giudici "restino liberi": a) di sottoporre, "in qualunque momento", alla Corte di giustizia "qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria"; b) di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; c) di "disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale" che ritengano in contrasto con le disposizioni provenienti dall'ordinamento europeo.

### *3. La priorità: una soluzione possibile per la doppia pregiudizialità in Italia*

Le ragioni che hanno portato alla previsione della priorità della questione di costituzionalità in Francia, unite al fatto che questa non è di per sé stessa in conflitto con i vincoli derivanti dall'ordinamento UE, ci portano a chiederci se una simile soluzione sia praticabile anche in Italia.

Tuttavia, si impone una precisazione preliminare, pur se scontata. Considerato come vengono risolte le antinomie fra norme interne e internazionali in Italia, si deve limitare l'analisi ai soli casi di conflitto con i vincoli provenienti dall'UE. In effetti, la preminenza degli obblighi internazionali è stata sempre garantita attraverso lo strumento del sindacato accentrato di costituzionalità. Ne consegue che non avrebbe senso immaginare la previsione di una sua priorità, poiché essa esiste già ora, per così dire, al sommo grado.

Ciò detto, va sottolineato come, la Corte costituzionale, nelle ipotesi di 'doppia pregiudizialità', si sia posta per lungo tempo in una condizione di autoemarginazione<sup>12</sup>. Esse, sino alla svolta avutasi con la sentenza n. 269 del 2017 (poi confermata e ulteriormente precisata dalle decisioni n. 20; 63; 112 e 117 del 2019) venivano costantemente decise nel senso della precedenza delle questioni relative al diritto europeo rispetto a quelle di costituzionalità. Tale orientamento, inaugurato con l'ord. n. 536 del 1995, nonostante non siano mancati alcuni tentativi dei giudici volti a riportare nell'alveo del controllo di costituzionalità le questioni di compatibilità delle norme interne rispetto a quelle dell'UE<sup>13</sup>, è stato ribadito costantemente sino all'ord. n. 48 del 2017 compresa.

Il fatto che il compito di garantire la preminenza del diritto UE sia stato affidato ai giudici comuni ha posto il sistema italiano in una situazione sostanzialmente equiparabile, almeno per tale aspetto, a quella francese. Dunque, se si dovesse ritenere necessario un riaccentramento della Corte

---

<sup>10</sup> Sul problema posto dalle ordinanze della Cassazione si veda P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità*, cit., par. 1; 5.e s. L'A., andando ben oltre la semplice cronaca, evidenzia la serietà della questione e come siano state forse un poco eccessive le reazioni assai critiche di gran parte della dottrina francese che ha accusato la Suprema giurisdizione di resistenza e ribellione al nuovo sistema di controllo di costituzionalità.

<sup>11</sup> Ci si riferisce alla sentenza 22 giugno 2010 relativa alle cause C-188/10 e C-189/10. Va segnalato che la giurisprudenza successiva della Corte di giustizia ha confermato l'orientamento espresso in tale decisione. Sulla decisione, con riferimento alla priorità, si vedano R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, 4089 e ss.; S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité*, cit., 175 e ss.

<sup>12</sup> Sull'atteggiamento della Corte R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3 del 2014, 7 e, volendo, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 10 del 2019, 3 e ss.

<sup>13</sup> Lo ricordano G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 426. Gli stessi A.A. citano diverse decisioni che sono espressione dell'orientamento della Corte a favore della "priorità della questione pregiudiziale comunitaria".

costituzionale, l'introduzione della priorità della q.l.c. diventerebbe una soluzione da prendere seriamente in considerazione. Seguire tale strada porterebbe con sé, evidentemente, un vantaggio: la dichiarazione di incostituzionalità avrebbe effetti *erga omnes*, contrariamente alla non applicazione che, come è noto, produce effetti solo nel singolo caso deciso dal giudice, rimanendo comunque in vigore la regola nazionale.

Proprio la necessità di reagire alla situazione di emarginazione, specie nell'ambito della tutela dei diritti, nella quale si è posta la Corte nonché la consapevolezza di dover valorizzare gli effetti generali delle decisioni di incostituzionalità hanno portato il Giudice delle leggi italiano a mutare, con la sent. n. 269 del 2017, orientamento sulla soluzione delle questioni di doppia pregiudizialità<sup>14</sup>. In questa decisione si afferma che "le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte". Ciò anche alla luce "del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale". Date simili premesse, si può ritenere che la Corte abbia voluto sostenere che "nel concorso fra rimedi giurisdizionali nazionale ed eurounitario, il rimedio interno deve precedere quello europeo"<sup>15</sup>. Il cambiamento di prospettiva, relativo inizialmente ai casi nei quali un diritto viene garantito contemporaneamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Costituzione italiana, è stato esteso, con la sent. n. 20 del 2019, alle situazioni nelle quali i diritti costituzionali trovano garanzia anche nelle norme dell'UE che "partecipano all'evidenza della (...) stessa natura" di quelle della CDFUE, ovvero abbiano una natura materialmente costituzionale<sup>16</sup>.

Tuttavia, quella che all'indomani della sent. n. 269 del 2017 poteva sembrare una tendenza della Corte a "riconoscere incondizionata priorità alla q.l.c. (...) nell'ipotesi di parametri costituzionali ed europeo con contenuti almeno parzialmente sovrapponibili", con l'attribuzione al Giudice costituzionale di "un generalizzato *jus primi verbi*"<sup>17</sup>, è stata successivamente ridimensionata. In quattro pronunce del 2019 (le nn. 20, 63, 112 e 117), infatti, la Corte non sembra più voler imporre ai giudici di dare priorità alla questione di costituzionalità<sup>18</sup>. Si parla, semmai, nella sent. n. 20 del 2019, di "opportunità" dell'intervento del Giudice costituzionale e, nelle successive decisioni, si riafferma che il giudice comune è sempre libero di porre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia.

Tutto ciò non deve portare a sminuire la portata innovativa del nuovo corso giurisprudenziale. Pur se non vincolati in modo esplicito a dare priorità alle questioni di legittimità costituzionale, si ritiene che i giudici debbano, nella normalità dei casi, valutare assai seriamente l'esigenza di coinvolgere, per prima, la Corte costituzionale, a meno che essi stessi non si convincano dell'esistenza di rilevanti ragioni, da ben motivare, per le quali sia indispensabile rivolgersi anticipatamente alla Corte di giustizia.

Nel complesso, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale, si può

---

<sup>14</sup> A. ANZON, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei controlimiti*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 28 febbraio 2018, 5; A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2019/I, 164; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 18 dicembre 2017, 1 e s. Quest'ultimo A. ricorda l'impossibilità, nel sistema italiano, di esercitare, attraverso lo strumento della non applicazione per contrasto con la Carta di Nizza, un sindacato di costituzionalità diffuso sulle leggi.

<sup>15</sup> G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudizialità" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 25 gennaio 2018, 3.

<sup>16</sup> Sia consentito rinviare a S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., 10 e ss.

<sup>17</sup> G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2954 e s.

<sup>18</sup> N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 13 del 2019, 16 e ss.

sostenere che la introduzione in Italia della priorità della questione di costituzionalità non sia preclusa. Al contrario, anzi, essa sembra essere suggerita, purché, ovviamente, si rispettino i vincoli indicati dalla Corte di giustizia a partire dalla decisione del caso *Melki*. In altre parole, si potrà chiedere ai giudici di rivolgersi prima al Giudice costituzionale, purché questi restino liberi di rivolgersi al Giudice eurounitario e di dare preferenza al diritto UE laddove il diritto interno incompatibile con quello sovranazionale non sia stato 'messo fuori gioco' dalla Corte costituzionale<sup>19</sup>.

#### *4. La modulazione degli effetti delle decisioni del Conseil constitutionnel*

Un altro elemento caratterizzante del controllo di costituzionalità successivo francese è la possibilità, attribuita dall'art. 62 Cost. fr. al *Conseil constitutionnel*, di dare indicazioni sugli effetti delle decisioni di incostituzionalità. Tale disposizione, pur stabilendo che le regole dichiarate illegittime sono abrogate, rende il Giudice costituzionale "padrone degli effetti temporali [delle] decisioni d'incostituzionalità", sia con riguardo al futuro, sia con riguardo al passato<sup>20</sup>. Si tratta di una attribuzione che può ben essere considerata opportuna<sup>21</sup> e che ha una portata generale, non essendoci nella disposizione "qualsivoglia riferimento (...) a principi costituzionali da tutelare"<sup>22</sup>.

In questo quadro, con riferimento alle situazioni pregresse, il *Conseil constitutionnel* ha precisato, in un importante passo di due decisioni del 25 marzo 2011, n. 2010-108 e 110 QPC, che "in via di principio della dichiarazione di incostituzionalità deve beneficiare chi ha proposto la questione di costituzionalità" e che "la disposizione dichiarata contraria alla Costituzione non può essere applicata ai procedimenti in corso alla data della pubblicazione della decisione" di accoglimento. Come era stato notato già prima di questa presa di posizione, ciò risponde alla "esigenza logica e di giustizia di assicurare quantomeno nel processo *a quo* il risultato utile perseguito dalla sollevazione della questione" e scioglie in senso affermato l'interrogativo sulla necessità di "attribuzione dell'effetto retroattivo *erga omnes*" alle dichiarazioni di incostituzionalità<sup>23</sup>. Resta ferma, evidentemente, la possibilità di escludere, in tutto o in parte, la sua retroattività<sup>24</sup>.

Tuttavia, l'aspetto più interessante del potere di modulazione degli effetti temporali è collegato al possibile rinvio ad una data futura, espressamente stabilita nella decisione, della produzione delle conseguenze della dichiarazione d'incostituzionalità. Pur dovendosi sottolineare l'eccezionalità del potere, non foss'altro perché 'paralizza' l'effetto utile dell'accoglimento della q.l.c., si deve riscontrare un suo utilizzo assai frequente<sup>25</sup>, come testimonia il fatto che già la prima pronuncia QPC del *Conseil constitutionnel* ne abbia fatto ricorso<sup>26</sup>. Le ragioni sono diverse, ma sempre collegate con principi costituzionali. Anzitutto, evidentemente, l'idea è quella di "dar tempo al legislatore di ripianare la lacuna"<sup>27</sup>. Inoltre, si vuole evitare il pericolo che la perdita di efficacia immediata

---

<sup>19</sup> Per approfondimenti S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., 24 e ss.

<sup>20</sup> P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 479.

<sup>21</sup> P. COSTANZO, *Corte costituzionale e forma di governo nella svolta del millennio (appunti per una discussione)*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 211.

<sup>22</sup> M.E. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in questi stessi scritti, 14.

<sup>23</sup> P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 479 e s.

<sup>24</sup> Evidenzia la "notevole estensione" del potere del *Conseil constitutionnel*, G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. La modulazione degli effetti temporali delle decisioni del Conseil constitutionnel, prima e dopo l'avvento della QPC*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014., 237.

<sup>25</sup> Sia consentito rinviare a S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité*, cit., 252 e ss.

<sup>26</sup> Lo evidenzia P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità*, cit., par. 4.

<sup>27</sup> P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 479; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Parigi, 2011, 493.

produca “effetti manifestamente eccessivi”<sup>28</sup> o che comunque rappresenti un elemento di destabilizzazione del sistema giuridico<sup>29</sup>. Va sottolineato, specialmente, che si usa il riferimento agli effetti manifestamente eccessivi quando si considera che le conseguenze immediate della dichiarazione di illegittimità potrebbero mettere a rischio principi di rango costituzionale o avere ricadute peggiori della applicazione della norma incostituzionale<sup>30</sup>.

Non è ovviamente questa la sede per ulteriori riflessioni sul punto. Ciononostante, va ricordato che, in Francia, lo spostamento in là nel tempo degli effetti è considerato molto utile laddove la sola abrogazione non è sufficiente a ristabilire la garanzia dei diritti fondamentali che, invece, va realizzata correggendo positivamente i vizi della disciplina<sup>31</sup>. Il differimento, in questo quadro, consente di rispettare il principio della separazione dei poteri e, in particolare, quello della discrezionalità del legislatore<sup>32</sup>.

##### 5. La soluzione francese come risposta al problema italiano della modulazione degli effetti delle decisioni d'incostituzionalità?

Quanto sinteticamente detto sul sistema francese evidenzia come vi siano forti analogie con l'Italia, per quel che concerne le ragioni giustificative, rispetto alla modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità. Per comprenderlo è sufficiente ricordare il giudizio di costituzionalità sulla disciplina penale dell'aiuto al suicidio, rinviato con l'ord. n. 207 del 2018 e deciso con la sent. n. 242 del 2019, e richiamare le parole pronunciate dall'allora Presidente della Corte costituzionale in apertura del seminario del 1988 dedicato proprio al tema degli effetti temporali delle sentenze della Corte. In quell'occasione si riconobbe che la Corte stessa “si trova talvolta in grosse difficoltà” perché “l'effetto retroattivo della pronuncia di incostituzionalità porterebbe tali sconvolgimenti (...) che in definitiva il rimedio, costituito dalla sentenza della Corte, si rivelerebbe peggiore del male”<sup>33</sup>.

Come è noto, in Italia non esiste una regola simile all'art. 62 Cost. fr. e non può non notarsi che l'introduzione in Francia del potere di modulazione degli effetti “accentua la solitudine della nostra Corte costituzionale sul punto” nel panorama comparato<sup>34</sup>. Quest'ultima, sin dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, è intervenuta in diverse occasioni e con modalità anche differenti<sup>35</sup>, con

---

<sup>28</sup> Sottolineano che il *Conseil constitutionnel* faccia riferimento alle conseguenze manifestamente eccessive P. Costanzo (a cura di) con i contributi di M. CAVINO, P. COSTANZO, P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza del Conseil constitutionnel nel biennio 2011-2012*, cit., 4074; M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Parigi, 2011, 355.

<sup>29</sup> X. MAGNON, *La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle 2011*, Aix-en-Provence, 2012, 562 e 575; G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato*, cit., 239.

<sup>30</sup> P. DEUMIER, *Les effets dans le temps des décisions QPC: un droit des conséquences des décisions constitutionnelles*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, 70.

<sup>31</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, cit., 493 e s.

<sup>32</sup> X. MAGNON, *La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel*, cit., 582; N. TILLI, *La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité a posteriori*, in *Revue du droit public*, 2011, 1599 e s.; G. BERGOUIGNOUS, *La QPC et la revalorisation du Parlement*, in *Politeia*, 2013, n. 23, 253.

<sup>33</sup> F. SAJA, *Introduzione ai lavori del seminario*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenutosi al palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 2 ss.

<sup>34</sup> P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità*, cit., par. 4.

<sup>35</sup> P. COSTANZO, *Corte costituzionale e forma di governo*, cit., 211. Ricorda i tentativi della Corte M.E. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 3 e ss.

l'intento di considerare l'impatto ordinamentale delle proprie pronunce<sup>36</sup>.

Non è questa, ovviamente, la sede per ricostruire i tentativi della Corte e per ritornare sui problemi posti dalle statuizioni sugli effetti temporali. Basti qui segnalare che questi sono stati evidenziati già negli studi condotti sulle decisioni del 1988 e 1989. In estrema sintesi essi sono: *a)* l'esistenza di una "troppo alta discrezionalità" nella "scelta del *dies a quo* dell'illegittimità operata dalla Corte"; *b)* la "possibile violazione dei principi di uguaglianza e di difesa"; *c)* il rischio di "ribellione dei giudici di merito"; *d)* l'esistenza di una "possibile insanabile contraddizione della stessa struttura incidentale del giudizio di costituzionalità"<sup>37</sup>.

Interessante è sottolineare le ragioni che potrebbero giustificare la modulazione degli effetti temporali. Anzitutto essa potrebbe risiedere nella valutazione delle conseguenze ordinamentali della dichiarazione di incostituzionalità<sup>38</sup>. L'idea è che la Corte sia chiamata a bilanciare i principi costituzionali che fra loro si limitano reciprocamente e che ciò può avere delle ripercussioni anche sul regime temporale delle decisioni<sup>39</sup>.

Il bilanciamento sarebbe, insomma, la condizione per poter intervenire sull'efficacia delle pronunce<sup>40</sup>.

Ovviamente, fra i principi invocabili per consentire l'intervento della Corte in materia c'è quello della necessità di rispettare la discrezionalità del Parlamento. Su quest'ultimo aspetto è emblematica la vicenda della questione di costituzionalità sull'aiuto al suicidio<sup>41</sup>. In quest'ultimo caso, per altro, la Corte sembra voler sperimentare, con il rinvio operato dall'ord. n. 207 del 2018, una forma di dialogo, sperabilmente fecondo, con il Parlamento<sup>42</sup>.

Da quanto appena detto, se si richiamano le riflessioni svolte sopra sul sistema francese, risulta confermata la notevole vicinanza fra i due ordinamenti precedentemente segnalata. Ed allora, la disciplina introdotta dall'art. 62 Cost. fr. potrebbe rappresentare una soluzione 'trapiantabile' in Italia<sup>43</sup>. Infatti, comuni sono gli obiettivi perseguiti dai Giudici costituzionali nel momento in cui danno indicazioni sugli effetti nel tempo: evitare le conseguenze eccessive derivanti dalla

---

<sup>36</sup> In argomento E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in M.E. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 401 e ss.

<sup>37</sup> P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 79 e s. La bibliografia sul punto è sterminata. Si vedano, fra i tanti, i volumi AA.VV. *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenutosi al palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989; M.E. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

<sup>38</sup> R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 65.

<sup>39</sup> P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie*, cit., 80; S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali*, cit., 274; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 122 ss.

<sup>40</sup> F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali*, cit., 17.

<sup>41</sup> R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207 del 2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 533 e s.; A. ANZON DEMMING, *Un nuovo tipo di decisione di 'incostituzionalità accertata ma non dichiarata'*, in *Giur. cost.*, 2018, 2462; R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2466 che ricorda come Corte ha deciso di "farsi carico delle conseguenze che scaturirebbero da una lacuna normativa".

<sup>42</sup> Oltre agli autori citati nella nota precedente si veda M. E. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, 2020, n. 1, 290 e s. che evidenzia come la Corte sia dovuta intervenire, constatata l'inerzia del Parlamento.

<sup>43</sup> Sul punto sia consentito rinviare a S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité*, cit., 282 e ss.

dichiarazione di incostituzionalità e rispettare la sfera di discrezionalità del legislatore.

La diversità risiede nel fatto che solo in Francia esiste un fondamento normativo, mentre in Italia, lo si è già sottolineato, è stata la Corte a 'fare da sé'. In questo quadro, allora, introdurre una disciplina per dare a quest'ultima il potere di modulare gli effetti delle decisioni risolverebbe una buona parte delle questioni che si pongono in materia, soprattutto se la regola fosse di rango costituzionale. In effetti, sin dai primi tentativi della Corte, risulta come il problema sta, in sintesi, "nell'esigenza di trovare un modello 'possibile' di soluzione ai problemi portati alla luce" nelle varie decisioni "nel rispetto di quelli che sono ancor oggi i cardini del nostro sistema di giustizia costituzionale"<sup>44</sup>.

Evidentemente, intervenire con una legge costituzionale renderebbe più facile il superamento delle difficoltà. Non è questa, ovviamente, la sede per ragionare dello specifico contenuto della normativa, né dei suoi possibili o necessari bilanciamenti.

Preme però sottolineare che una regolamentazione del potere di modulare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, specie nella parte in cui consentisse un rinvio in là nel tempo per permettere al Parlamento di intervenire, similmente a quanto avviene in Francia, rappresenterebbe uno strumento di dialogo virtuoso fra Corte costituzionale e legislatore<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie*, cit., 84.

<sup>45</sup> Che l'art. 62 Cost. fr. ha l'obiettivo "di porre le condizioni per un dialogo fruttuoso tra giudice delle leggi e Parlamento" è sottolineato da M. CAVINO, *L'eccezione di incostituzionalità delle leggi*, in M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010, 146. Sul punto anche M. E. D'AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, cit., 16. Sul problema della necessaria previsione di strumenti di raccordo fra Corte costituzionale e Parlamento, tema assai arato, si veda M.E. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. E. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 39 e ss. L'A. individua come possibile modello il sistema tedesco.



OMAR CHESA

## Il paradosso di Karlsruhe. Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il nodo strutturale della *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale – 3. La separazione tra politica monetaria e politica economica: una norma paradossale.

### 1. Premessa

La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020 è, ormai, nota e ampiamente commentata, sicché non occorre riepilogarla dettagliatamente<sup>1</sup>. Il suo tratto saliente è il paradosso, tanto che è difficile, se non proprio impossibile, prendere posizione sul ragionamento dei giudici tedeschi, che appare nel complesso valido pur conducendo a conclusioni nel complesso inaccettabili.

In particolare, si esamineranno due questioni cruciali:

- a) il problema del rapporto tra giurisdizioni – quello che è spesso chiamato “dialogo tra le corti” – e in questo specifico caso tra il *Bundesverfassungsgericht* e la corte europea di giustizia;
- b) il problema del rapporto tra politica monetaria e politica economica nel riparto di competenza stabilito dai Trattati.

Con riguardo a entrambe le tematiche emerge la natura paradossale degli argomenti spesi dalla Corte germanica, e, prima ancora, della questione affrontata.

### 2. Il nodo strutturale della *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale

Al fine di inquadrare la questione della *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale, può essere utile muovere da una premessa generale di ordine storico-teorico e concernente la tradizione vetusta e gloriosa del diritto internazionale pubblico, che in parte coincide con la tematica che Schmitt avrebbe chiamato dello *Ius Publicum Europaeum*<sup>2</sup>. In base a questa tradizione gli Stati sono “signori dei trattati” e le norme pattizie prodotte dall’accordo interstatale diventano vincolanti

---

<sup>1</sup> Mi sia consentito rinviare a O. CHESA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 2020/1, pubblicato il 13 maggio 2020. Vedi anche F. SALMONI, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Studi, 2020/II, 289 ss.; A.F. ZUMBINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio: una decisione contraddittoria*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 2020/1, pubblicato il 13 maggio 2020; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell’Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 9-05-2020; A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/>), 10 maggio 2020; F. SAITTO, «Tanto peggio per i fatti». *Sipario sulla presidenza Vosskuhle: il caso quantitative easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritti Comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 7 maggio 2020; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell’ortodossia neoliberale*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 2020/2; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 2, 2020; A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht’s Decision on the ECB’s public sector purchase program: an attempt to “break the toy” or a new starting point for the Eurozone?*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 16/2020.

<sup>2</sup> C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), trad. ital. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, *passim*.

nell'ordinamento nazionale grazie a un ordine legislativo di esecuzione: di conseguenza, i giudici, nella misura in cui sono soggetti alla volontà legislativa, sono altresì tenuti ad applicare le norme del trattato la cui esecuzione sia stata ordinata con legge.

Può darsi che il trattato istituisca un'organizzazione sovranazionale più o meno complessa, con una pluralità di organi e con riparti di competenze tra questi e tra l'organizzazione nel suo complesso e gli Stati; può darsi pure che preveda una corte col compito di interpretare e applicare il trattato in caso di controversie relative a fattispecie ricadenti nelle norme pattizie. Le pronunce di questa corte saranno, ovviamente, vincolanti anche per i giudici nazionali, ma non per forza propria, bensì sempre per il fatto che i giudici nazionali sono soggetti alla volontà legislativa nazionale, la quale avendo ordinato l'esecuzione del trattato ha altresì ordinato l'obbligo per i giudici interni di attenersi alle pronunce del giudice sovranazionale.

È una costruzione lineare, che si regge su due pilastri, entrambi necessari: la regola *pacta sunt servanda* per quanto riguarda le relazioni esterne tra Stati contraenti e la vincolatività della volontà legislativa statale sul piano interno. Deve postularsi, perciò, una coerenza tra volontà legislativa interna e diritto internazionale pubblico, nel senso che la prima deve incorporare i termini dell'accordo interstatale formatosi secondo il diritto internazionale pubblico e questo, a sua volta, diventa vincolante sul piano interno per effetto della volontà legislativa, cioè in virtù della legge di ratifica ed esecuzione del trattato.

Questo modello però si è formato nell'epoca in cui non c'erano costituzioni rigide e garantite dal sindacato di costituzionalità delle leggi. E infatti la sua linearità si interrompe a partire dal momento in cui alcuni Stati si dotano di sistemi di giustizia costituzionale, creando così la condizione di una dissociazione potenziale all'interno della volontà statale: può succedere, cioè, che alla volontà del legislatore che ha ordinato l'esecuzione del trattato si sovrapponga la volontà del tribunale costituzionale, il quale potrebbe maturare il convincimento che il legislatore abbia ordinato l'esecuzione di un trattato che, in base al dettato costituzionale, non poteva essere legittimamente concluso<sup>3</sup>.

In altre parole, se c'è un controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi, allora può sempre succedere che la volontà legislativa che ha ratificato e ordinato l'esecuzione di un trattato (la cui interpretazione vincolante e applicazione sia affidata a un organo giurisdizionale sovranazionale *ad hoc*, previsto dallo stesso trattato) non corrisponda perfettamente alla volontà dell'organo di giustizia costituzionale, il quale potrebbe ritenere che alcune disposizioni pattizie ovvero alcune interpretazioni delle stesse rientrino tra quelle che, per il diritto costituzionale interno, non potevano essere ratificate legittimamente. Poiché è sempre possibile opporre il diritto costituzionale nazionale al diritto pattizio (per come interpretato dal giudice sovranazionale), la *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale dell'ordinamento istituito dal trattato è sempre precaria e potrebbe cedere dinanzi all'urto con norme costituzionali interne (per come elaborate dalla Corte costituzionale)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Tutto ciò, invece, non può accadere in quegli ordinamenti che non hanno la giustizia costituzionale, come il Regno Unito, dove la volontà legislativa che ha ordinato l'esecuzione del trattato non può essere annullata da nessuna autorità giurisdizionale, ma solo abrogata da un nuovo atto legislativo.

<sup>4</sup> Il vero problema, infatti, non è se la *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale in ordine all'interpretazione e applicazione delle disposizioni pattizie sia della corte sovranazionale ovvero degli organi giurisdizionali nazionali, secondo l'impostazione della questione che è data da T. SCHILLING, *The Autonomy of the Community Legal Order. An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, n. 37, 1996, 389 ss., reperibile anche sul sito *Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice* (<http://www.jeanmonnetprogram.org/>), e da J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe* (1999), trad. ital. *La Costituzione dell'Europa*, il Mulino, Bologna, 2003, 398, 418, 420. Come ribadirò dopo nel testo, mi sembra pacifico che in forza dell'ordine legislativo interno di esecuzione del trattato i giudici nazionali siano vincolati alle pronunce della corte sovranazionale nei termini specificati dalle norme

È un dato strutturale ineliminabile, che intanto rimane quieto e silente, senza dispiegare la sua portata dirompente, in quanto le corti, sia quelle costituzionali interne che quella sovranazionale, osservino un atteggiamento di *self-restraint*: le prime rinunciando a opporre il diritto costituzionale nazionale anche quando, a rigore, andrebbe fatto, e la seconda astenendosi dal proporre interpretazioni estensive delle competenze che il trattato assegna all'organizzazione sovranazionale. A ben vedere, è ciò a cui si allude quando si evoca il "dialogo tra le corti", il quale, in realtà, è una negoziazione tra autorità giurisdizionali, che intanto funziona in quanto conduce a reciproche rinunce e concessioni, più secondo un agire strategico-negoziiale che non discorsivo-comunicativo. Le corti non "dialogano" per scoprire assieme la soluzione razionalmente più corretta sotto il profilo dei principi di diritto, ma contrattano un punto di compromesso, facendo valere rapporti di forza. Il punto di equilibrio cui perviene la negoziazione non sempre, anzi quasi mai, soddisfa i partecipanti in ugual misura, ma appare di solito spostato a favore dell'uno o dell'altro.

A determinare gli esiti di quest'attività negoziiale contribuisce, inoltre, l'atteggiamento delle corti costituzionali nazionali rispetto alla Corte europea di giustizia, che non è stato e non è omogeneo: mentre alcune corti hanno orgogliosamente rivendicato un ruolo non supino, altre invece hanno mostrato un atteggiamento più deferente. E forse non è un caso che le prime appartengano a quegli Stati che guidano in posizione di leadership il processo integrativo europeo e che, invece, le altre siano di quei paesi il cui ruolo appare sostanzialmente gregario.

Un esempio del primo tipo è il tribunale costituzionale tedesco, il quale infatti ha sempre circondato di cautele, condizioni e precisazioni le dottrine del primato e della uniforme applicazione del diritto comunitario, peraltro riservandosi sempre la facoltà di opporre al diritto comunitario pattizio o primario il diritto costituzionale interno, senza circoscrivere questo a una manciata di principi supremi inviolabili, nel presupposto che tutto il dettato costituzionale sia potenzialmente fonte di norme opponibili. Al contrario, la Corte costituzionale italiana ha affermato, come regola generale, la "cedevolezza" del diritto costituzionale interno dinanzi al diritto europeo derivato (e non solo rispetto al diritto europeo primario), con la sola eccezione dei principi supremi, opponibili quali evanescenti "controlimiti". Insomma, la corte costituzionale dello Stato che guida l'integrazione europea non accetta di farsi guidare dalla corte sovranazionale, mentre lo stesso non vale per le corti costituzionali degli Stati che sono "guidati": anch'esse si lasciano guidare e mostrano un atteggiamento più condiscendente, quasi riflettendo nella loro giurisprudenza il medesimo atteggiamento di subalternità politico-culturale.

Tuttavia, la Corte tedesca in questa circostanza è andata ben oltre quanto ci si poteva aspettare alla luce della sua pregressa giurisprudenza. Non si è limitata a opporre il suo diritto costituzionale al diritto europeo, ma ha preteso di spiegare alla Corte di giustizia come si interpretano i trattati e di giudicare l'obiettività delle interpretazioni del giudice europeo. Sotto questo profilo, a mio avviso, la pronuncia del 5 maggio è scorretta, *ultra vires*. Ha, infatti, violato l'ordine legislativo interno di esecuzione del trattato, trasformando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in una mera richiesta di parere. Invece, più correttamente, avrebbe dovuto dichiarare l'incostituzionalità della legge interna di esecuzione "*nella parte in cui*".

All'atto pratico non fa una gran differenza, poiché il tribunale di Karlsruhe avrebbe soltanto omesso di compiere un passaggio formale per addivenire, comunque, al medesimo risultato sostanziale. Ma qui sta uno dei tanti paradossi che connotano la pronuncia in esame e, prima ancora, la questione che ne forma oggetto.

È sicuro che l'ordinamento UE non abbia la *Kompetenz-Kompetenz* e che, quindi, non disponga sovranamente delle proprie competenze (nel senso che non le determina, né può ampliarle): il

---

pattizie. Il problema, piuttosto, sorge allorché il tribunale costituzionale nazionale dubita della compatibilità della legge di esecuzione col dettato costituzionale.

primato è pur sempre del diritto costituzionale, poiché è alle condizioni stabilite da quest'ultimo che i trattati e il diritto europeo in generale, ivi comprese le pronunce del giudice sovranazionale, diventano vincolanti negli ordinamenti nazionali. Non si può quindi impedire alle corti costituzionali di "fare il loro mestiere", ossia di dichiarare e far valere, *direttamente o indirettamente*, la superiorità del dettato costituzionale nei confronti di ogni altra fonte. Ma in nome del diritto costituzionale non ci si può liberare disinvoltamente dei vincoli che alfine vigono proprio in forza della costituzione: la legge di esecuzione del trattato, la cui validità riposa in ultima istanza sulle norme costituzionali, fonda l'obbligo di attenersi alle pronunce della Corte di giustizia in ordine all'interpretazione e applicazione del diritto europeo, sicché anche i tribunali costituzionali debbono osservare l'ordine legislativo di esecuzione o, in alternativa, dichiararne l'incostituzionalità in tutto o in parte. Ma la corte tedesca non ha fatto né l'una né l'altra cosa, con ciò negando *paradossalmente* la propria legittima pretesa di difendere l'ordine costituzionale interno.

### 3. La separazione tra politica monetaria e politica economica: una norma paradossale

Com'è noto, il merito della decisione concerne il rapporto di separazione tra politica monetaria della BCE e politica economica degli Stati, stabilito dal diritto europeo primario. Per la Corte di giustizia il programma di QE denominato PSPP deve ritenersi al di là qua della linea di confine e quindi pienamente legittimo, invece per la Corte germanica è al di là, o meglio: ci sono forti indizi che lo sia, sicché alla BCE sono assegnati tre mesi di tempo per spiegare che così non è.

Il ragionamento del tribunale di Karlsruhe appare fortemente improntato agli assunti della teoria economica *mainstream*. Di questa – com'è noto – esistono diverse varianti: tutte, però, sono accomunate da due postulati imparentati strettamente, come due risvolti di una medesima visione generale: il carattere *neutrale* della moneta e l'idea che dall'offerta monetaria dipenda il livello generale dei prezzi, cioè la teoria *quantitativa* della moneta, secondo cui se aumenta la quantità di moneta aumentano i prezzi.

È un modello teorico che Hyman Minsky riassume così: «a) in uno stato di equilibrio la moneta è neutrale, nel senso che i prezzi relativi, il reddito e la produzione non dipendono dalla quantità di moneta; b) il livello generale dei prezzi è determinato dalla quantità di moneta; c) un'economia decentrata è fundamentalmente stabile»<sup>5</sup>. Posto che la moneta è neutrale «in uno stato di equilibrio», ne segue il dovere per la banca centrale di non impedire ai tassi di interesse di collocarsi in corrispondenza dei tassi di equilibrio, per come determinati dal funzionamento concorrenziale del mercato dei capitali: diversamente, la moneta emessa dal *central banking* cesserebbe di essere neutrale e condizionerebbe indebitamente le variabili macroeconomiche reali, sostituendosi così alla politica economica propriamente intesa. In che modo la politica monetaria si mantiene neutrale? Badando solo alla stabilità dei prezzi e regolando l'offerta monetaria in modo da non turbare la formazione concorrenziale dei prezzi di mercato. Il tasso di interesse, infatti, è il prezzo dei capitali prestati e investiti. Alla base di tutto c'è l'idea che la concorrenza non debba riguardare solamente il mercato dei beni e servizi, ma anche i mercati finanziari, dove s'incontrano i debitori coi creditori, i risparmi con gli investimenti<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> HYMAN P. MINSKY, *John Mainard Keynes*, New York, 1975, trad. ital. *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, Bollati Boringhieri editore, Torino, 2009, 10.

<sup>6</sup> La *neutralità* della politica monetaria è il risvolto "normativo" della teoria "descrittiva" che reputa *neutrale* la moneta e, in genere, la finanza. Qui si riflette la stessa ambivalenza che connota la teoria dell'«equilibrio economico generale», che infatti è insieme descrittiva e prescrittiva. Il prezzo concorrenziale, e quindi il tasso di equilibrio, è postulato come un dato di realtà, come qualcosa che può *essere effettuale* se la sua formazione non subisce indebite interferenze. Ma è anche un obiettivo che per la teoria economica neoclassica *deve essere effettuale*, creando le

Ciò premesso, se il banchiere centrale spinge il tasso di interesse verso una posizione diversa dal tasso di equilibrio, ad esempio a un livello decisamente più basso mediante decisioni di forte espansione monetaria come il QE, allora – sempre a giudizio della teoria economica *mainstream* e del tribunale tedesco – favorisce un’allocazione inefficiente dei risparmi e delle risorse produttive, producendo indebiti effetti redistributivi: ad esempio, sacrificando più del consentito gli interessi dei risparmiatori, consentendo ad alcune imprese inefficienti di stare sul mercato più tempo di quanto meriterebbero e creando la condizione affinché gli Stati si indebitino a un costo inferiore rispetto a quello che altrimenti dovrebbero corrispondere, e così via.

Non c’è dubbio che questa visione teorica sia alla base degli artt. 119 e 127 del TUEF, oltre che della pronuncia del 5 maggio. Il tribunale costituzionale tedesco si è fatto interprete fedele dello spirito del Trattato. E ha censurato il modo in cui la Corte di giustizia ha condotto il giudizio di proporzionalità sul programma di QE, poiché – a suo giudizio – non avrebbe valutato con attenzione se gli effetti distributivi del QE possano realmente giustificarsi in relazione all’obiettivo di riportare il tasso d’inflazione ad un livello prossimo al 2%. In particolare, il PSPP avrebbe prodotto «effetti di politica economica», perché tenendo artificiosamente bassi i tassi di interesse, avrebbe agevolato il rifinanziamento degli Stati indebitati, distogliendoli dalle buone regole della finanza sana, e avrebbe penalizzato i risparmiatori e tenuto in vita imprese altrimenti destinate a fallire: tutti effetti allocativi e redistributivi che la neutralità della politica monetaria non dovrebbe poter conseguire, in quanto ricadenti nell’ambito della politica economica riservata agli Stati. Di qui la dominanza (indebita) della politica monetaria su quella economica-fiscale.

Va osservato però che la prevalenza, la *dominance* della politica monetaria su quella fiscale non si realizza solo quando una banca centrale indipendente espande l’offerta monetaria, ma pure quando adotta liberamente scelte restrittive, contrastando così una decisione di bilancio espansiva (e producendo, di conseguenza, un *crowding-out effect*). Invero la dominanza del *central banking* prescinde dal carattere restrittivo o espansivo dell’offerta monetaria<sup>7</sup>. E difatti, anche una politica monetaria di tipo restrittivo produce effetti re-distributivi, sebbene di direzione invertita rispetto a quelli connessi a una politica espansiva. Se riducendo l’offerta monetaria il banchiere centrale spinge il tasso d’interesse verso l’alto, allora sono favoriti i creditori e penalizzati i debitori, valorizzati i risparmi e compressi gli investimenti, ostacolate le operazioni di rifinanziamento degli Stati più indebitati rispetto a quelli meno indebitati, e così via<sup>8</sup>.

---

condizioni giuste e, soprattutto, rimuovendo gli ostacoli che ne ostacolano il raggiungimento. Essendo l’equilibrio la descrizione di cosa accadrebbe se talune condizioni fossero soddisfatte, l’indicazione prescrittiva che ne deriva è l’imperativo a rendere effettive tali condizioni. Qui abbiamo, allo stesso tempo, una *teoria* e una *dottrina*. Per svolgimenti più approfonditi sulle teorie dell’equilibrio economico generale e della concorrenza, sia nel loro profilo descrittivo che prescrittivo, mi sia consentito rinviare a O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene Editore, Napoli, 2016, 95-250.

<sup>7</sup> Sulla dominanza della politica monetaria in rapporto al costituzionalismo democratico, rinvio, per più approfonditi svolgimenti, al mio *Dominanza monetaria e costituzionalismo democratico*, in corso di pubblicazione nel volume celebrativo dei vent’anni della rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE)*.

<sup>8</sup> Giustamente E. BRANCACCIO, L. Cavallaro, *La Corte costituzionale tedesca ha ragione (m non può dire perché)*, in *Il Sole 24ore* (<https://www.ilssole24ore.com/>), 20 maggio 2020, scrivono che «intervenedo sul tasso d’interesse e più in generale sulla regolazione dei flussi monetari e finanziari, il banchiere centrale fissa l’asticella delle condizioni di solvibilità degli attori del sistema economico e per questa via influenza il ritmo dei fallimenti e delle bancarotte e contribuisce a rallentare o a velocizzare l’uscita dal mercato dei capitali più fragili o il loro assorbimento da parte dei più forti. Insomma, l’indicibile verità è che il banchiere centrale agisce sempre come regolatore di un conflitto feroce in seno alla società: quello tra capitali solvibili e capitali insolventi, tra creditori e debitori e, in una unione monetaria, anche tra nazioni in attivo e nazioni in passivo. La funzione del banchiere centrale è dunque sempre inesorabilmente politica». Rimarca in modo incisivo la portata redistributiva della politica monetaria T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, cit., 847, ss., spec. 878, e prima ancora J.K. GALBRAITH, *Economics in Perspectives*, 1987, trad. ital. *Storia dell’economia. Passato e presente*, Rizzoli, Milano, 1990, 303.

La politica monetaria può, quindi, favorire alcuni Stati e nuocere ad altri. Presumibilmente, la Corte germanica muove dal postulato che esista – *rectius*: debba esistere – un mercato finanziario concorrenziale dei titoli di stato, che premia i Paesi più “virtuosi” nella conduzione delle politiche fiscali, garantendo finanziamenti a basso costo, e che, viceversa, punisce con interessi elevati quelli che sono meno virtuosi. Ecco, in base a questo schema di pensiero l’«effetto di politica economica» è il fatto che alcuni Stati siano puniti meno di quanto meriterebbero (e di contro, altri Stati premiati meno di quanto accadrebbe senza l’intervento della BCE).

Lasciando da parte la questione di cosa veramente renda “virtuosa” o “viziosa” una politica fiscale, rimane comunque che, pure volendo accogliere la visione *mainstream* di cosa sia una finanza pubblica “sana”, non è affatto detto che essa produca bassi tassi di interesse quali «effetti di politica economica»: la politica fiscale italiana, ad esempio, registra avanzi primari da circa vent’anni, sicché a rigore non “meriterebbe” di essere punita con alti costi di indebitamento. Insomma, a fare problema è il postulato implicito da cui sembra muovere la Corte tedesca: e cioè, che le politiche economiche fiscali, “giuste”, “sane”, determinerebbero tassi convenienti, mentre quelle “scorrette”, “insane”, genererebbero tassi sconvenienti.

Bisogna invece ricordare ancora una volta che l’interesse sui BTP italiani è legato al *denomination risk*<sup>9</sup> e non già a un giudizio di approvazione o disapprovazione delle politiche economiche nazionali da parte dei mercati finanziari: questi non sono una sorta di opinione pubblica olimpicamente disinteressata, ma una platea di operatori fortemente auto-interessati, le cui valutazioni sono orientate verso il massimo profitto al minor rischio. E può succedere pertanto che una medesima tipologia di politica fiscale sia a volte “punita” e a volte “premiata”, secondo le circostanze e le valutazioni di convenienza del momento. Il tasso di interesse sul debito pubblico è un «effetto di politica economica» non padroneggiabile dalla politica economica degli Stati membri privi di sovranità monetaria; ed è più che altro un “effetto di decisioni di finanza privata”.

La Corte tedesca – come si vede – abbraccia un presupposto controverso di teoria economica. Però si dà il caso che sia il medesimo presupposto fatto proprio dal Trattato, il quale, in coerenza con esso, appresta un assetto istituzionale che separa la politica monetaria dalla politica economica: una separazione che non avrebbe senso fuori dal postulato della neutralità della moneta in uno stato di equilibrio. Potrebbe dirsi, dunque, che i giudici di Karlsruhe, quand’anche fossero in errore dal punto di vista del pensiero economico, non lo siano dal punto di vista giuridico. Nella misura in cui il diritto vigente codifica, a torto o a ragione, una certa teoria economica e nella misura in cui il compito dei giudici è quello di applicare il diritto vigente, se ne dovrebbe concludere che, almeno nel merito, la pronuncia del tribunale germanico non contenga errori di diritto e che abbia fatto bene a vigilare sul rispetto della linea di demarcazione tra la politica monetaria della BCE e la politica economica affidata (dal *Grundgesetz*) al raccordo tra Esecutivo e Legislativo.

Ma il punto è se sia veramente sindacabile il rispetto del confine tra politica monetaria e politica economico-fiscale. Il Trattato, a mio avviso, pretende di separare ciò che per natura è inscindibile: la politica monetaria da quella economica; e, nel contempo, presume che il banchiere centrale possa fare qualcosa che, invero, come vedremo, va oltre le sue reali possibilità, e cioè governare il tasso d’inflazione.

Sotto quest’ultimo profilo è rivelatrice la controversia sul giudizio di proporzionalità che ha opposto il tribunale di Karlsruhe alla Corte del Lussemburgo. Diversamente dai giudici europei, quelli tedeschi ritengono che il PSPP sia uno strumento sproporzionato rispetto allo scopo di condurre l’inflazione vicino al 2%. In tutta onestà, è difficile dare loro torto. Soprattutto perché, prima ancora

---

<sup>9</sup> Sul quale mi sia consentito il rinvio a O. CHessa, *Covid e finanza pubblica*, in corso di pubblicazione in F.S. MARINI, G. SCACCIA, *L’impatto del Covid 19 sull’ordinamento italiano: le questioni relative alla disciplina dell’emergenza*, ESI, Napoli, 2020.

che sproporzionato, appare un mezzo inadeguato allo scopo, cioè inidoneo a conseguire il fine per il quale è impiegato. Considerato infatti che, dopo cinque anni dal varo del programma di QE in oggetto, la media dell'inflazione europea continua a rimanere ben al di sotto del 2%, se ne deve trarre la conclusione che non abbia finora dimostrato di poter ottenere il risultato per il quale fu adottato e che non abbia superato, perciò, il test di idoneità (sicché neppure ci sarebbe bisogno di verificare se sia coerente col requisito della proporzionalità).

Senonché – qui sta il carattere paradossale dello schema di ragionamento in esame – questa conclusione produrrebbe effetti che vanno ben oltre il caso di specie, arrivando persino a smantellare l'ipotesi stessa di una “*banca centrale indipendente provvista del compito di tenere l'inflazione sotto ma vicino al 2%*”: ipotesi che i Trattati assumono come realistica, ma che invero non si sta rivelando tale. Sono oramai maturi i tempi per chiedersi non già se questo o quello strumento di QE sia strumentale allo scopo di risollevare l'inflazione, ma se l'inflazione dipenda veramente dalle prestazioni di una banca centrale indipendente che controlla l'offerta monetaria (come è affermato dalla teoria quantitativa della moneta, che è infatti il basamento su cui è eretto l'*European System of Central Banks* (ESCB). In realtà, appare più fondata la congettura che il livello dei prezzi dipenda dal combinato disposto di politica fiscale e monetaria (anziché solo dall'ultima, isolatamente considerata), e a volte neanche da questo. È la lezione che abbiamo appreso in questi anni<sup>10</sup>.

Ma se anche il controllo dell'offerta monetaria potesse servire a disinflazionare, sicuramente è un'arma spuntata rispetto all'obiettivo di “inflazionare”. Si dà il caso, però, che il mandato della BCE non sia solo quello di tenere bassi i prezzi, ma anche quello di farli salire sino quasi alla soglia del 2%: ecco, questo secondo compito, a mio avviso, eccede quanto è nelle sue possibilità. E le manovre di QE di questi anni lo dimostrano. Se alla crescita dell'offerta monetaria da parte della banca centrale non corrisponde una domanda di moneta da parte dell'economia o una propensione al prestito da parte del sistema bancario, allora è escluso che l'espansione monetaria “esogena” (cioè disposta dalla banca centrale) possa effettivamente generare inflazione. Neppure una politica

---

<sup>10</sup> Non è detto, infatti, che una politica monetaria espansiva, agente sul livello del tasso di interesse o della riserva frazionaria ovvero direttamente sulla base monetaria mediante l'acquisto di titoli sul mercato aperto, sia in grado di assicurare il risultato voluto, specialmente nelle fasi recessive, quando le banche sono restie a concedere credito, dati i maggiori rischi di insolvenza, e le imprese meno propense a domandarlo, per mancanza di opportunità di investimento e speculazione: come diceva Keynes, in questi casi la leva della politica monetaria, non supportata da adeguati stimoli fiscali della domanda aggregata effettiva, è come «spingere una corda» (*pushing on a string*). Lo stesso concetto è in una lettera che lo stesso Keynes inviò a Roosevelt nel 1933: «tentare di far crescere la produzione e il reddito (e quindi l'inflazione, ndr) mediante un aumento della quantità di moneta, è come tentare di ingrassare comperando una cintura più lunga. La quantità di moneta è soltanto un vincolo, mentre il fattore propulsivo è il volume della spesa» (traggo la citazione da G. LUNGHINI, *La Teoria generale e i keynesiani: un'eredità giacente*, in *Economia Politica*, n. 2, 2009, 237, nt. 19). In tempi più recenti la tesi è ripresa dal premio Nobel P. KRUGMAN, *End This Depression Now!* (2012), trad. ital. *Fuori da questa crisi, adesso!*, Garzanti, Milano, 2012, 175, il quale definisce come «immacolata inflazione (...) la convinzione che stampando moneta si facciano salire i prezzi al di là di quello che è il normale rapporto tra domanda e offerta». A suo giudizio, «le imprese non decidono di alzare i prezzi perché l'offerta monetaria è aumentata; lo fanno perché è cresciuta l'offerta relativa ai loro prodotti, e sono convinte di poterlo fare senza perdere troppe vendite. I lavoratori non chiedono stipendi più elevati perché è avvenuta un'espansione del credito; lo fanno perché ci sono più posti di lavoro e di conseguenza il loro potere contrattuale è aumentato. La ragione per cui la FED può generare inflazione “stampando moneta” – ossia acquistando asset finanziari con fondi creati praticamente dal nulla – è che l'espansione del credito indotta dai suoi acquisti fa crescere la spesa e la domanda». Insomma «se non c'è boom, non c'è inflazione». Ma se le cose stanno in questi termini, allora bisognerebbe mettere in discussione anche il nesso tra indipendenza della banca centrale e lotta all'inflazione. Sul punto rinvio, per tutti, a P. DE GRAUWE, *Economics of Monetary Union*, Ninth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, trad. ital. *Economia dell'unione monetaria*, Nona edizione, il Mulino, Bologna, 2013, 188-189, il quale osserva che non basta prevedere l'indipendenza della banca centrale per avere automaticamente bassi livelli di inflazione, perché questi in realtà dipendono da «fattori sociali e politici strutturali più profondi».

monetaria ultraespansiva può indurre incrementi dei prezzi se la pur ingente offerta monetaria non è preceduta o seguita da una domanda di moneta da parte dell'economia "reale". Affinché la moneta immessa esogenamente dalla banca centrale possa produrre effetti espansivi delle attività economiche, è necessario infatti che sia erogata dal circuito bancario e che sia effettivamente spesa (dai privati o dalla PA) per l'acquisto di beni e servizi<sup>11</sup>. Tutto ciò spiega, in definitiva, per quale ragione le misure di *quantitative easing* varate dalla BCE si sono rivelate inefficaci rispetto all'obiettivo stabilito<sup>12</sup>.

E allora, si può veramente applicare il test di proporzionalità alle decisioni di QE nei termini postulati dalle corti di Lussemburgo e Karlsruhe? Anche per il diritto, e per i canoni di giudizio elaborati dai giudici, vale il detto "*ad impossibilia nemo tenetur*". I Trattati, accogliendo gli assunti della teoria economica *mainstream*, postulano che una banca centrale indipendente possa determinare il tasso di inflazione semplicemente regolando l'offerta monetaria: è una teoria su "come vanno le cose". Ma se la teoria dovesse rivelarsi errata e le banche centrali non fossero nella condizione fattuale di poter produrre i risultati che il diritto assegna ai loro compiti, avrebbe senso scrutinare l'esercizio di questi compiti alla luce della loro rispondenza al fine per i quali sono stati attribuiti?

Riprendendo una tesi di Hyman Minsky (il quale, a sua volta, la fa risalire a Keynes), possiamo dire, in conclusione, che la moneta non è neutrale, e cioè: «a) che le variabili reali dipendono in modo essenziale dalle variabili monetarie e finanziarie; b) che il livello dei prezzi non soltanto non dipende esclusivamente dalla quantità di moneta, ma ne è influenzato solo marginalmente; c) che in un'economia capitalistica non pianificata (dove cioè non si prendono adeguate misure di politica economica) i processi di transizione tra stati di equilibrio non danno vita affatto a un sistema autoregolantesi tendente a stabilizzarsi su una posizione di equilibrio di piena occupazione»<sup>13</sup>. Di conseguenza, la *neutralità* della politica monetaria non esiste e il "tasso di equilibrio", in assenza di mercati di capitali perfettamente concorrenziali, è una chimera. Qualsiasi decisione della banca centrale sull'offerta monetaria produce, inevitabilmente, «effetti di politica economica».

---

<sup>11</sup> Il fenomeno è teoricamente riconducibile all'ipotesi della «preferenza per la liquidità» elaborata, come è noto, da J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan, London, 1936, trad. ital. *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, a cura di T. Cozzi, Utet, Torino, 2013, 352 ss., e rielaborata da P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi, adesso!*, cit., 42 ss., 176, il quale nel 2012 osservava che la FED «a partire dal 2008 ha triplicato l'entità della base monetaria», ma che «l'economia rimane(va) depressa»: Krugman definisce questo fenomeno come «una trappola della liquidità, per cui l'economia rimane depressa anche se i tassi di interesse a breve termine sono prossimi a zero», cioè anche se la banca centrale adotta una politica monetaria ultraespansiva. Mi sembra che anche T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, cit., 880, acceda ormai a questa chiave di lettura: «le banche centrali hanno il potere di evitare il fallimento di una banca o di una società non finanziaria prestandole il denaro necessario per pagare salari e fornitori. Ma non possono obbligare le imprese a investire, le famiglie a consumare e l'economia a riprendere la crescita. Non hanno nemmeno il potere di decidere circa il tasso d'inflazione».

<sup>12</sup> Come peraltro è affermato in studi di recente pubblicazione. Vedi, ad esempio, K. BERNOTH, P. KÖNIG, C. RAAB, M. FRATZSCHER, *Unchartered Territory: Large-scale Asset Purchases by the European Central Bank*, in *DIW Economic Bulletin* (<https://www.diw.de/>), n. 13, 25 march 2015, 198, per i quali «weak price developments are also determined by factors that are difficult to influence with monetary policy – particularly in the current environment of very low interest rates (...) In particular, large-scale quantitative easing is not sufficient as the sole economic policy measure for combatting the ongoing effects of the crisis in the euro area». Di segno parzialmente diverso è invece lo studio di G. CLAEYS, Z. DARVAS, *The Financial Stability Risk of Ultra-loose Monetary Policy*, in *Bruegel Policy Contribution* (<https://www.bruegel.org/>) march 2015, 14. Infatti, da un lato gli Autori rilevano che «the new extended asset purchase programme, combined with all the other non-conventional monetary policy measures implemented since 2008 to avoid a full-scale liquidity crisis in the banking sector and the break-up of the euro area, will contribute to an ultra-loose monetary policy stance that should stimulate growth and bring inflation back towards the 2 percent threshold». Dall'altra, però, avvertono che «ultra-loose monetary conditions could also have adverse consequences for financial stability», sebbene «in our assessment, the benefits of ultra-loose monetary conditions outweigh their potential risks to financial stability».

<sup>13</sup> H.P. MINSKY, *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, cit., 10.



La vera questione, allora, è se questi “effetti” debbano essere concordati con chi ha la responsabilità democratica della decisione politica di finanza pubblica o se debbano dipendere dalle scelte unilaterali del banchiere centrale: ma è un tema che porterebbe troppo in là rispetto agli intenti di questo breve commento.

Una conclusione, però, è sicura: fintantoché rimane irrisolto questo nodo di fondo è difficile prendere partito tra le due posizioni contrapposte della Corte di giustizia e del tribunale costituzionale tedesco. Quest’ultimo ha ragione nel ritenere che il diritto costituzionale interno debba avere l’ultima parola rispetto al diritto europeo (il quale, infatti, vige pur sempre alle condizioni stabilite dal diritto costituzionale nazionale) e nel difendere le prerogative degli organi democratici di direzione politica contro le invasioni di campo delle tecnocrazie europee (nel caso di specie, la BCE). Ma anche la corte lussemburghese ha ragione nel dare via libera alle politiche monetarie *unconventional*, ritenendo che dal punto della *monetary dominance* siano indistinguibili da ogni altra politica monetaria di una banca centrale indipendente. Viceversa, la corte tedesca ha torto nel supporre che la politica monetaria produca “effetti di politica economica” solo nel caso di misure espansive e non, invece, sempre e comunque, così come ha torto la corte lussemburghese nel presumere che la politica monetaria sia sempre e *neutralmente* rivolta all’obiettivo d’inflazione stabilito dal Trattato, quale che sia la strumentazione impiegata.

L’impressione è che nella vicenda culminata nella sentenza del 5 maggio abbiano tutti ragione e tutti torto. Potenza del paradosso.



LORENZA VIOLINI

**Le riserve tedesche nei riguardi della UE: un po' di storia e qualche considerazione sulla sentenza del BVERFG sul PSPP (Ezb-Urteil)\***

SOMMARIO: 1. Paure e speranza evocate dalla crisi pandemica e dai rimedi europei che si prospettano. – 2. Un tema ricorrente: a chi spetta l'ultima parola? – 3. *Lissabon v. PSPP*: un paragone – 4. Una rilettura della sentenza *Lissabon* (con qualche cenno al passato) – 5. La domanda di supremazia e le sue declinazioni nella sentenza *Lissabon* – 6. Un intermezzo: gli anni della crisi e le politiche europee anticrisi – 7. Un rapido sguardo alla giurisprudenza antecedente alla sentenza del 2020 – 8. Quasi un epilogo: la sentenza sul PSPP – 9. Le reazioni dell'opinione pubblica e del sistema politico alla sentenza. – 10. Le audizioni degli esperti davanti al *Bundestag*

*1. Paure e speranza evocate dalla crisi pandemica e dai rimedi europei che si prospettano*

Le tematiche affrontate nel presente volume sono quanto mai attuali anche nel mutato contesto che stiamo vivendo a motivo della crisi pandemica che ha colpito il mondo e che, chiusasi la fase dell'emergenza, prospetta di tramutarsi in una drammatica crisi economica dagli effetti imprevedibili e quanto mai temuti.

Nella fase precedente alla crisi parlare di Europa e delle paure che essa desta significava, sul piano costituzionale, discutere delle problematiche relative al funzionamento delle istituzioni, di quelle imperniate sul risorgere e del perdurare dei populismi, dei valori europei e degli strumenti per difenderli, della scarsa solidarietà, delle difficoltà di dialogo, nell'ambito delle istituzioni, tra i vari Stati membri e di molto altro ancora. Oggi il panorama è diverso: la crisi ha portato a galla la necessità di superare i particolarismi e ritrovare una unità di intenti finalizzata al sostegno delle economie ma anche delle popolazioni europee; le istituzioni europee si sono mosse per contrastare la pandemia, allentando il Patto di stabilità, sospendendo le regole sugli aiuti di stato, progettando interventi finanziari per il sostegno alle economie (e in particolare all'economica sanitaria) degli Stati più colpiti, modificando i progetti della Commissione e piegandoli alle nuove prospettive e ai nuovi bisogni. Insomma, l'Europa (e con essa i suoi Stati membri) pare essere diventata più interessante, più protagonista, comunque centrale per la vita (forse si potrebbe osare persino parlare di sopravvivenza) degli Stati e dei loro cittadini.

Ora, se prima della crisi ci si poteva giustamente chiedere se fosse ancora ragionevole aver paura dell'Europa, con i suoi limiti e le sue modeste prospettive, materiali e valoriali, le sue asfissianti burocrazie, i suoi mille report e le sue svariate strategie ma anche e soprattutto con la sua scarsa influenza sui destini del continente, oggi quella stessa domanda – che resta – assume altri caratteri, legati all'efficienza e all'efficacia degli interventi che si prospettano e ai costi che ne deriveranno per gli Stati, anche in termini di perdita parziale di sovranità, posto che di tale aulico principio si possa ancora parlare e se ne possa parlare a prescindere dai tanto temuti sovranismi.

Sovranità, supremazia, cessione di potere all'Unione, perdita del primato nel contesto del potere giudiziario sono temi ancora aperti nel rapporto tra ordinamenti giuridici nazionali e ordinamento sovranazionale. Essi tornano costantemente, come dimostra la recente sentenza della Corte

---

\* Il presente saggio sarà pubblicato anche nel volume "Paura dell'Europa?" a cura di Massimo Condinanzi e Chiara Amalfitano per i tipi di Giappichelli. Importanti ispirazioni sono state tratte dagli studi del collega e amico Pasquale Costanzo sul tema dell'Europa, sempre letti in correlazione con la situazione italiana e tenendo conto dell'evoluzione in chiave comparatistica del processo di integrazione.

È un onore per me partecipare a questo momento "amicale" ideato dai suoi più vicini collaboratori ed allievi.

Costituzionale Federale Tedesca (*BVerfG*) sulla politica monetaria posta in essere dalla Banca Centrale Europea (BCE)<sup>1</sup>, ultimo atto di una lunga serie di riserve poste dalla Germania all'Unione europea tramite la giurisprudenza costituzionale che oggi si incentra sulle decisioni europee di natura finanziaria ma in passato era orientata a precisare le condizioni costituzionali di adesione alle modifiche ai Trattati europei.

Si tratta di una sentenza che, sebbene orientata al passato, è di rilievo per le decisioni che l'Unione assumerà ora, nel pieno della crisi, e nell'immediato futuro, quando occorrerà far fronte alle crescenti conseguenze economiche della stessa, che si preannunciano assai difficili, conseguenze che nessuno Stato membro – ma soprattutto i più deboli, che spesso sono stati anche i più colpiti, come è il caso per il nostro Paese - sarà in grado di gestire da solo. E benché essa si riferisca ad una controversia che si può considerare conclusa, visto che l'oggetto del ricorso riguarda gli investimenti della BCE posti in essere dal 2015 al 2018, che ammontano alla ragguardevole cifra di 2,6 miliardi di euro, con forte prevalenza di titoli del debito pubblico nazionale, non vi è chi non veda come anche il presente vi sia coinvolto, non foss'altro che per il nuovo ma analogo programma di investimenti relativo al 2019 e per gli interventi che si prospettano finalizzati a sostenere gli Stati nella crisi economica in atto. E' di queste giorni infatti la notizia di un aumento del Programma di investimenti in titoli che verrà posto in essere da parte della BCE<sup>2</sup>, Programma che dovrebbe passare da 750 a 1350 miliardi di euro nei prossimi due anni. Si tratta di un vero e proprio "bazooka monetario" (come è stato definito)<sup>3</sup> che anticipa i provvedimenti che saranno presi dai Governi UE (*Meccanismo Europeo di Stabilità, Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency, Recovery Fund*). La decisione della BCE di intensificare gli interventi è volta a supportare le economie europee che potrebbero subire cali drammatici di produttività (le stime, come è noto, parlano di un calo del Pil nel 2020 dell'8,7%, con possibili ulteriori peggioramenti), un crollo senza precedenti che necessita di interventi di massima urgenza.

Ci si può dunque chiedere, proprio in questo momento drammatico, se non aleggi un forte sentimento di paura nei riguardi dell'Europa, almeno da parte della Germania e delle sue istituzioni più rappresentative, specchio di un elettorato diffidente, nonostante i vantaggi che il Paese ha tratto per essere parte di una tale compagine di Stati. Ma non è solo la Germania ad avere questo atteggiamento; come abbiamo visto fin dalla prima fase delle trattative sui possibili rimedi alla crisi, la paura che gli interventi europei avvantaggino troppo quegli Stati che non sono stati in grado di attivare una politica di riduzione del loro debito provengono da più parti, soprattutto dai cd. Stati "frugali", i quali oppongono molta resistenza a sostenere con interventi massicci gli Stati debitori.

---

<sup>1</sup> Si tratta della sentenza del Secondo Senato della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, rn. 1-256 in cui si affronta, tra gli altri, per l'ennesima volta il rapporto tra politica monetaria, di competenza UE, e politica economica, di competenza degli Stati, rapporto non sempre chiaro a motivo delle strette connessioni che inevitabilmente sussistono tra i due settori e che comportano una altrettanto inevitabile influenza, seppure indiretta, del secondo sul primo e viceversa. In particolare, la sentenza ha per oggetto il *Public Sector Purchase Programme (PSPP)*, anche noto come *quantitative easing*.

<sup>2</sup> C. PAUDICE, *C'è un solo Recovery Bank. I Governi discutono, la Banca Centrale agisce*, in *HuffPost*, ([www.huffpost.com/](http://www.huffpost.com/)) 4 giugno 2020.

<sup>3</sup> Si legge nel testo citato alla nota 2: "La Bce tra marzo e maggio 2020 ha acquistato 234,6 miliardi (118,811 ad aprile e 115,855 a maggio) di titoli dell'area euro. A trarne maggior beneficio è stata l'Italia che si è vista comprare ben 37,4 miliardi di Btp, con una significativa deviazione dal limite (ora temporaneamente sospeso) per un surplus di 8 miliardi. Un soccorso che si è tradotto in un drastico calo dello spread, oggi spinto ancora più in basso dal potenziamento del PEPP annunciato da Christine Lagarde. Se il rendimento del BTP a dieci anni dovesse scendere nei prossimi giorni di circa 15 punti base, tornerebbe sui livelli di gennaio, quando la minaccia del coronavirus sull'economia europea ancora non si era palesata. E se, come ha rilevato Frederik Ducrozet di Pictet Wealth Management, al ritmo attuale gli acquisti potrebbero esaurirsi già a febbraio, non si può escludere un ulteriore ampliamento del PEPP entro la fine del 2020. Perché, come ha ribadito ancora una volta Lagarde, Francoforte è pronta a fare tutto il necessario. Bruxelles e tutte le capitali europee, invece, non ancora".

Dalla constatazione di latenti e diversificati timori nei riguardi della UE, ulteriori domande sorgono, incentrate principalmente sul perché tale paura sussista e sul come farvi fronte. Una analisi del recente caso deciso a Karlsruhe - ma anche degli interventi di questa autorevole Corte Costituzionale posti in essere in passato - può forse aiutare a chiarire la fonte di tale paura e i mezzi con cui farvi fronte; non è infatti opportuno che si creino fratture tra i diversi Stati membri e risentimenti di quelli deboli nei confronti di quelli più forti proprio adesso, quando il tema della solidarietà pare aver fatto breccia a più livelli tra le componenti che sono parte dell'Europa, tra cui va annoverata la stessa Germania.

## *2. Un tema ricorrente: a chi spetta l'ultima parola?*

Prima di entrare in merito, almeno per cenni, alla sentenza del *BVerfG*, si può dare uno sguardo al passato, dominato – per quanto riguarda la Germania – dal tema del venir meno della sovranità nazionale il quale comporterebbe anche un *minus* di democrazia, visto che la debolezza delle istituzioni rappresentative europee renderebbe indispensabile mantenere il perno istituzionale in capo ai Parlamenti nazionali e, in particolare, al Parlamento tedesco.

Si tratta certamente di una sovranità potentemente condizionata dal fenomeno europeo, soprattutto dopo la creazione della moneta unica e della relativa banca centrale<sup>4</sup>. Eppure, apparentemente, per la Germania, si tratta di una questione ancora viva anche se sotto mutate forme. Se si considera infatti il passato e i casi che si sono susseguiti nel discorso politico e giuridico tra Germania ed Europa, si rilevano cambiamenti nella forma che assume la resistenza tedesca verso l'Europa ma anche una sorta di permanenza di temi che, sotto diverse spoglie, possono essere sempre ricondotte alla tensione a sottolineare la prevalenza della dimensione nazionale rispetto alle istituzioni europee.

Vi è una reticenza riconducibile all'incompletezza della dimensione costituzionale europea a fronte della rassicurazione che proviene dalle costituzioni nazionali, ritenute (ma non sempre a ragione) ben compagnate, chiare, stabili e dotate di forte legittimazione democratica.

Di qui il tentativo ricorrente di ribadire, in sede tedesca, la superiorità dello stato nazionale rispetto alla Europa e alla diffidenza che essa desta, per gli svariati motivi che non è qui il caso di ripercorrere.

*Eppur si muove*, si potrebbe dire. E questo maggiormente nell'ultimo decennio, segnato dalle diverse crisi di cui l'ultima ancora in atto. Se si confrontano, ad esempio, le concezioni espresse dalla sentenza *Lissabon* del 2009 con la recente sentenza sul *PSPP* si nota lo spostamento delle problematiche legate alla supremazia tra ordinamenti da una visione generale del tema elaborata sotto l'angolatura del diritto di voto, della democrazia parlamentare e del complesso tema della difesa dell'identità nazionale globalmente considerata, al settore specifico della politica monetaria, diventato il terreno di scontro tra le due istituzioni.

Temi analoghi, quindi, ma declinati in modo parzialmente diverso, più specifico quest'ultimo e forse anche più problematico per il ruolo di primo piano che ha assunto la questione monetaria nelle ricorrenti crisi, cui si coniuga l'inevitabile predominio della Banca Centrale Europea rispetto alle altre istituzioni della UE.

---

<sup>4</sup> Tra i molti contributi, si veda, per una visione fortemente eterodossa G. MARZULLI, *Il convitato di pietra: la sovranità monetaria nel dibattito costituzionalistico. Spunti di riflessione per una critica costituzionalistica alla moneta unica*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 2/2014 del 04/04/2014

### 3. Lissabon v. PSPP: un paragone

In questi 10 anni – si diceva - molte cose sono accadute sotto il cielo dell'Europa. L'evoluzione è stata graduale e costellata da diverse tappe, a partire dall'intensificarsi tra il 2012 e il 2015, dei rinvii pregiudiziali delle Corti costituzionali nazionali alla Corte di giustizia, segno di un incremento anche quantitativo di questioni costituzionali intrecciate con controversie riconducibili a normative europee<sup>5</sup> ma anche di un nuovo attivismo delle Corti stessi, talvolta spinto a prendere decisioni che in altri tempi sarebbe stato delegato al compromesso politico. I passaggi sono stati segnati, inoltre, dalle pronunce tedesche e di altri Paesi europei sui provvedimenti presi per far fronte alle conseguenze della crisi economica i quali, in molti casi, hanno inciso in modo importante sulle strutture ordinamentali degli stati membri fino a determinare una sorta di eclisse della sovranità degli stessi, il cui potere decisionale risultava ampiamente compresso dalle condizioni poste dall'Europa alla concessione degli aiuti. Si è così assistito, nel culmine della crisi economica, all'accentuarsi di un fenomeno, quello della compressione della autonomia decisionale degli Stati e del conseguente senso di frustrazione che ha creato, anch'esso, forme di paura verso le istituzioni europee, benché i relativi interventi fossero determinati dalla necessità di tamponare gli effetti devastanti della crisi economica<sup>6</sup>. La paura della perdita dell'autonomia si è dunque accentuata, andando ad incrementare sentimenti che – a ben vedere – hanno radici ben più profonde: fin dagli albori dell'Europa, infatti, gli Stati hanno da un lato cordialmente aderito al processo di integrazione ma, ad un tempo, hanno posto riserve e obiezioni allo stesso a salvaguardia della loro autonomia. Basti ricordare l'avversione al progetto degli Stati Uniti d'Europa e alla Comunità Europea di Difesa, la affermazione dell'esistenza di controlimiti alla cessione di poteri, il fallimento del tentativo di costituzionalizzazione della UE e la difesa della propria identità costituzionale posta in essere dalle Corti supreme. Insomma, dentro il prisma del processo di integrazione si vede di tutto e, soprattutto, si comprende come a tutt'oggi il problema sia ancora aperto e dibattuto sotto l'egida di quello che in origine è stato definito sotto il grande titolo di *constitutional pluralism* e che nel decennio ha assunto forme differenziate ma sempre miranti a incidere, ridefinendola, la natura del processo di integrazione e le sue prospettive<sup>7</sup>. E di questa tendenza al dibattito e alla contrapposizione tra le diverse analisi riferite al fenomeno dell'integrazione europea l'ultima sentenza del *BVerfG* fornisce prova, prova forse contraria – a quanto appare a prima vista – alla visione "irenica" del dialogo tra Corti e del pluralismo costituzionale<sup>8</sup>.

Ora, non potendo certo sviluppare in questa sede ognuno dei temi evocati, che ci condurrebbero a compiere un lunghissimo percorso ricostruttivo, da molti già compiuto, ci si può limitare a seguire la traccia segnata dal *BVerfG*, un tribunale che più di ogni altro, e a più riprese, ha sventolato e continua a sventolare la bandiera della centralità degli stati nazionali per lanciare l'attacco all'Europa e alla sua più immediata concorrente, la Corte di giustizia. E, benché si possa – volendo – riprendere la storia dal principio, sgranando di nuovo il rosario nelle sue diverse tappe (*Solange*, *Maastricht*, *Bananen* ecc...) il cammino a ritroso può ripartire, per cenni, dalla sentenza *Lissabon* del

---

<sup>5</sup> Sulle "prime volte" del rinvio pregiudiziale da parte dei Tribunali costituzionali di Spagna, Francia, Germania e Italia si veda estesamente R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 3/2014, soprattutto terza parte.

<sup>6</sup> A. MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica europea*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), n. 3/2014 del 12/09/2014 secondo cui, peraltro, gli interventi a supporto degli Stati nel momento più acuto della crisi si sono mossi ancora nell'ambito della legalità costituzionale e non al di fuori di essa, nonostante la prevalenza degli esecutivi a scapito dei Parlamenti nazionali.

<sup>7</sup> Si vedano in proposito i saggi contenuti in M. ABVELY, J. KOMAREK. *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012 che hanno fatto il punto, ora in parte superato, della discussione sul tema

<sup>8</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2016, 1643 et seq.

2009, anno importante soprattutto per essere stato l'anno della grande crisi bancaria globale che in Europa ha coinvolto gli Stati dando vita alla crisi dei debiti sovrani, prima tra tutte la crisi greca, conclusasi formalmente con l'accordo dell'agosto 2015. Il confronto tra le due sentenze, quella del 2009 e quella odierna, consente di mettere in luce costanti e variabili di questa complessa tematica e, anticipando le conclusioni, "sdrammatizzare" il momento presente, da molti invece considerato come ampiamente problematico per non dire catastrofico; molti hanno infatti colto questa occasione per accusare la Corte tedesca di chiusure e rigidità inopportune, così alimentando le paure degli uni verso gli altri e viceversa. Se letti nel contesto di una storia, questi pur fondati giudizi possono essere ridimensionati, come – tra l'altro – le recentissime prese di posizione del Parlamento tedesco (ma anche della Commissione europea e della BCE) stanno ad attestare.

#### *4. Una rilettura della sentenza Lissabon (con qualche cenno al passato)*

C'è una espressione che ricorre nel linguaggio del *BVerfG* nel suo lungo dialogo con l'Europa, denso di contrasti e riconciliazioni, ma mai definitivamente concluso. Esso ha determinato il percorso giurisprudenziale tedesco in rapporto al processo di integrazione europea e dice della tensione presente in quel Paese e nelle sue istituzioni a tutelare se stesso, la propria integrità costituzionale, i propri principi fondamentali e – non ultimo, come la sentenza sul *PSPP* sta ad attestare – la propria concezione di intervento pubblico nell'economia e di politica economica. La parola è "*Letztentscheidung*", sinonimo dell'espressione "*das letzte Wort*", a più riprese evocato a proposito del primo rinvio pregiudiziale della Corte in esame alla Corte di giustizia. Entrambe le espressioni stanno ad attestare l'elemento decisionistico proprio di ogni democrazia costituzionale e mirano, nella loro dimensione evidentemente problematica, ad identificare chi è chiamato a dire l'ultima parola, la parola definitiva, a pronunciare la sentenza (o l'atto in generale) non più appellabile, non modificabile per nessuna ragione. Essa si prefigge, quindi, di identificare, non sottraendosi all'arduo compito di radicalizzare la *quaestio*, quale sia l'organo che si situa nella posizione suprema che è, in ultima analisi la posizione sovrana, ovvero la posizione di chi – secondo la definizione schmittiana di sovrano - è colui che decide nella situazione di eccezione. Non si può infatti dimenticare che lo stato di eccezione (*Ausnahmezustand*) che Schmitt mutua nelle prime pagine della *Politische Theologie* da von Mohl e dal suo concetto di *Notstand*, ha una singolare assonanza con la *Notkompetenz* identificata nella sentenza *Maastricht* e quindi riferibile al tema amplissimo della sovranità. È tutto, dunque, un *umringen*, potremmo dire, sulla questione della sovranità, della supremazia e del primato, questione che poi viene estesamente scandagliata nella sentenza *Lissabon*, che come è noto fa della parola sovranità il cardine di tutte le sue argomentazioni. La evocata ricerca dell'*ultimo* si muove lungo due direttrici, una complementare all'altra: da un lato essa sta sotto il segno del potere ma, dall'altro, essa è fortemente impregnata dal tema della responsabilità democratica mentre sul piano giurisprudenziale si identifica – come è stato mirabilmente detto<sup>9</sup> – come chi si assume l'onere di compiere l'errore ultimo, l'errore non più rimediabile. Aver a lungo identificato nella Corte Costituzionale tedesca tale organo – la quale, non dimentichiamoci, agisce sovente come quarto grado di giurisdizione tramite il ricorso diretto per violazione dei diritti fondamentali – ha avuto per la Germania un significato molto alto, quasi sacrale e ha riverberato sui membri della Corte un senso profondo del proprio compito, ultimo e

---

<sup>9</sup> F.C. MAYER, *Kompetenzueberschreitung und Letztentscheidung: Das Maastricht Urteil des Bundesverfassungsgericht und die Letztentscheidung über die ultra-Vires Akte in Mehrebenensystemen*, Monaco (Beck), 2000; più di recente, sulla sentenza Lissabon e sul dibattito sulla natura dei rapporti tra Unione europea e stati costituzionali, vista in prospettiva tedesca, v. ancora F.C. MAYER, M. WENDEL, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, in M. ABVELL, J. KOMAREK, cit., 179 ss.

tragico ad un tempo, in cui forse si specchia – purificandosi – il tema mai sopito della responsabilità tedesca verso la storia. È questa la cifra del rapporto tra Germania ed Europa, tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia, così come si è sviluppato a partire dalla storica sentenza *Solange*, rapporto tutto segnato da una fortissima resistenza alla resa totale, resistenza che è nei fatti e non solo nelle parole. E tale resistenza caratterizza ancora l'oggi, visto che dopo il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, un rinvio che aveva già tutto il sapore di un rinvio “con ordine di servizio”, e dopo la risposta della Corte europea, si condensa nel percorso compiuto per giungere alla sentenza sul *Public Sector Purchase Program* e sulla doppia conclusione: da un lato essa accerta la violazione da parte del PSPP degli art. 119, comma 2, e 127, comma 1, del TFUE (ma non dell'art. 123, comma 1, del TFUE) e, dall'altro, essa dichiara atto *ultra vires* la sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018.

##### 5. La domanda di supremazia e le sue declinazioni nella sentenza Lissabon

Perché riandare all'inizio del presente decennio per comprendere il momento attuale? Il motivo va ricercato nella permanenza, al presente come nel passato, del tema arduo ora per cenni descritto, il tema della sovranità/supremazia, che trova nella sentenza *Lissabon* la sua massima espressione ed espansione. Si tratta infatti di una sentenza in cui, per non dare adito a equivoci, i supremi giudici tedeschi per ben 47 volte usano questo termine, benché si tratti di un termine sconosciuto alla carta costituzionale federale. Essa viene ribadita, come è noto, soprattutto a motivo delle nuove competenze che il Trattato attribuiva alle istituzioni europee, esemplarmente nel settore della giustizia e della cooperazione giudiziaria, ma anche per il nuovo contesto economico di crisi le cui implicazioni, nel 2009, non ancora del tutto chiare, lasciavano tuttavia intravedere quanto avrebbero inciso sulla dimensione costituzionale degli Stati membri. In altre parole, nel 2009 la crisi era ormai entrata nel pieno dei suoi effetti, chiamando in causa la solidarietà europea verso gli Stati a rischio di bancarotta, con rischi percepiti da parte di chi di tale crisi si considerava se non estraneo almeno incolpevole.

Come afferma Mario Chiti in uno dei primi commenti alla sentenza<sup>10</sup>, il caso è sembrato di diritto interno – riguardando il controllo di costituzionalità dell'adesione della Germania al Trattato di Lisbona – mentre, in realtà, la Corte ha colto l'occasione per riconsiderare, alla luce dei suoi precedenti in merito, l'intero quadro dei rapporti giuridici tra ordinamento tedesco e ordinamento europeo, cui i giudici si rivolgono al fine di incidere in modo determinante (come hanno sempre fatto in passato) su come tali rapporti si vanno configurando, soprattutto da parte delle istituzioni politiche nazionali; e invero, la sentenza, imponente, ripercorre le tappe del processo di integrazione europea precisando in primo luogo la natura dei due contraenti e gli elementi fondamentali del patto che li lega e a cui essi si sono volontariamente sottomessi, e non a caso: siamo, infatti, nel giugno del 2009, solo un anno prima del primo provvedimento concreto preso dalla Unione per soccorrere gli Stati in crisi e, segnatamente, la Grecia. Benché, dunque, la visione della sovranità risenta ancora di tutta la storia europea, secondo un modello di stampo westfaliano mai dimenticato, e sia ancora orientata a difendere la nazione da un eccesso di intrusione dell'Europa, in verità, sullo sfondo, si intravede una Germania che – insieme alla propria sovranità politica inizia a preoccuparsi della integrità delle proprie finanze di Stato risparmiatore e quindi potenzialmente donatore verso Stati non solo a rischio di bancarotta, ma anche potentemente deficitari nell'attuazione di riforme capaci di imprimere solidità alle rispettive economie.

---

<sup>10</sup> M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania, in Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 30,09.09.



L'antesignano più prossimo della sentenza in esame è la sentenza *Maastricht* che, nell'aprire la Costituzione tedesca al processo di integrazione, contiene già alcuni riferimenti alla teoria dell'atto *ultra vires* di cui alla sentenza del 2020. La Corte la riprende per ricordare che essa detiene il potere di giudicare l'Unione non solo sul pieno del rispetto dei diritti fondamentali e delle competenze, ma anche sul piano dell'attuazione del principio democratico, precisando che quest'ultimo è rispettato solo nella misura in cui il Parlamento tedesco mantiene il suo ruolo di decisore politico ultimo, titolare di tutte le funzioni non espressamente delegate dagli Stati all'Unione. Sempre secondo i giudici di Karlsruhe, solo in questo modo il diritto di voto dei cittadini tedeschi *ex art. 38 GG* conserva la sua dimensione sostanziale e non rischia di finire schiacciato sotto il peso del processo di integrazione. Esautorare il Parlamento tedesco delle proprie competenze, infatti, mettendo a repentaglio il diritto di voto dei cittadini tedeschi, avrebbe significato modificare quanto viene dichiarato immodificabile *ex art. 79*, comma 3 della Costituzione Federale.

Questo *iter* argomentativo, comune alla sentenza *Maastricht* e alla sentenza *Lissabon*, viene in quest'ultima portata alle sue estreme conseguenze, costringendo il Parlamento tedesco a riscrivere le proprie procedure decisionali per far sì che quest'organo partecipi a pieno titolo alle procedure decisionali europee. Come si vede, se la sentenza coinvolge, in generale, il rapporto tra Stati membri ed Europa, le conseguenze si riverberano direttamente solo sull'ordinamento tedesco. E questo segna una importante differenza con la sentenza del 2020, in cui il *BVerfG* coinvolge con le sue concezioni non solo il diritto interno, ma anche le stesse decisioni della Corte di giustizia; il che tuttavia non esime dal porre in dubbio proprio questa lettura, anche alla luce del passato, lasciando aperto il quesito se, in ultima analisi, non si tratti – anche questa volta – di una forma ultima e radicale di pressione non tanto sulle istituzioni europee ma sulla politica interna e sulle istituzioni federali, da mettere sotto stress al fine di condizionare, secondo le tesi dell'opposizione al governo federale e pertanto quasi seguendo una logica contromaggioritaria, la modalità con cui queste stesse si rapportano alle istituzioni europee. Ma su questo occorrerà tornare nelle conclusioni. Per ora basta ricordare che la linea argomentativa della sentenza sul *PSPP* – come al solito amplissima e condotta a partire dai principi costituzionali fondamentali – porta alle sue ultime conseguenze quello che era già *in nuce* affermato nel 2009, anno in cui la Corte non aveva mancato di ricordare che il processo di integrazione – giunto peraltro sempre secondo i giudici stessi al suo zenit, per superare il quale sarebbe stata necessaria una scelta di natura costituzionale del popolo sovrano – era ben lungi dall'aver esautorato gli Stati e di averne compromessa la sovranità, parola scritta a caratteri cubitali, che soppianta il ben più mite termine “cooperazione” che era stata invece la cifra della sentenza *Maastricht*. Di conseguenza, lo *Staatenverbund*, la parola coniata in *Maastricht* perde, sempre secondo i giudici della sentenza *Lissabon*, quel connotato di commistione tra i due livelli ordinamentali che ne aveva caratterizzato la creazione per far riguadagnare a ciascuna delle due entità territoriali coinvolte i propri connotati: da un lato, l'Unione viene ricatalogata come ente di diritto internazionale *classico*, mentre lo Stato membro si caratterizzerebbe per quella totalità di poteri e di funzioni sottesa all'altro termine assai allusivo della *Kompetenz-kompetenz*. La costruzione concettuale si completa con l'enunciazione delle caratteristiche della irrinunciabile identità costituzionale<sup>11</sup>: essa comporta che gli Stati devono essere liberi nel determinare gli aspetti essenziali delle condizioni di vita politica, economica e sociale del proprio popolo, con ciò conservando una dimensione sostanziale della sovranità che nel tempo era andata sfumando<sup>12</sup>. In

---

<sup>11</sup> Va detto anche che lo stesso contenuto dell'identità costituzionale non dovrebbe essere definito unilateralmente a livello nazionale. Essendo la nozione prevista anche nei Trattati, a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, se una Corte costituzionale nazionale invoca tale nozione per limitare l'applicazione del diritto UE, occorre un intervento in via pregiudiziale da parte della Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 4 TUE. Così J. ZILLER, cit., 994

<sup>12</sup> Nel linguaggio più che nella sostanza si assiste, dunque, ad una netta presa di distanza dall'Europa, un linguaggio che ignora radicalmente e forse appositamente i neologismi e i tentativi di ridefinire in termini costituzionali il processo

estrema sintesi, per la Corte, la sovranità consisterebbe nella libertà delle nazioni di decidere sulle questioni fondamentali relative alla propria identità (*über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden*)<sup>13</sup> limitando i trasferimenti delle competenze a quei settori che non compromettono la sovranità stessa che, essendo legata a doppio filo con la democrazia, forma di esercizio della prima, risulta anch'essa strutturalmente immodificabile così come immodificabile (sempre ex art. 79) è l'identità costituzionale degli Stati<sup>13</sup>.

#### 6. Un intermezzo: gli anni della crisi e le politiche europee anticrisi

La lunga puntualizzazione sul tema della sovranità e dell'identità costituzionale contenuta nella sentenza *Lissabon* non deve far dimenticare quanto è poi stato effettivamente deciso in forza della stessa, e cioè il cambiamento delle norme costituzionali interne che regolano la catena decisionale che, dai *Länder*, giunge fino alle istituzioni europee, catena decisionale riformata per non intaccare la centralità delle assemblee elettive tedesche. E, invero, tale sentenza sembra dar voce a tutti gli Stati membri, pur tenendo conto di e basandosi sulle peculiarità del diritto costituzionale tedesco ma senza coinvolgere direttamente le scelte europee, ricordando solo a tutti l'inscindibilità del binomio sovranità-democrazia e, di conseguenza, la necessità di conservare in capo al Parlamento il potere di decidere su tutte le questioni fondamentali che riguardano la vita dei cittadini, comprese evidentemente quelle economiche.

Citate solo tra le ultime nell'elenco delle funzioni irrinunciabili per il mantenimento della propria sovranità in quanto qualificanti per la propria identità costituzionale, le decisioni di natura economica acquireranno nel decennio che separa *Lissabon* da *PSPP* una assoluta prevalenza. E, infatti, sempre nel 2009, cominciano a rendersi necessari diversi interventi anticrisi che ora precedono ora accompagnano ora seguono la giurisprudenza. Negoziato nel 2009, dopo il fallimento della Lehman Brothers nel 2008, nel maggio 2010 l'Unione sigla il *Greek Loan Facility*, uno stanziamento immediato di 80 miliardi di euro, istituito attraverso un *Memorandum of Understanding (MoU)* siglato tra gli Stati membri dell'Eurozona, la Grecia e l'FMI. Si tratta di un provvedimento emergenziale e di natura provvisoria, anche perché il Trattato di Lisbona, allora, vietava qualsiasi intervento di soccorso ex art. 125 TFUE.

Con il diffondersi della crisi ad altri Stati dell'eurozona, soprattutto Irlanda, Portogallo, vengono istituzionalizzati ulteriori meccanismi di soccorso, sempre di natura provvisoria. Il primo è l'*European Financial Stabilization Mechanism (EFSM)*, nel maggio 2010 ma operativo dal gennaio 2011, un fondo in grado, su richiesta, di erogare prestiti agli Stati membri; di esso hanno beneficiato Irlanda e Portogallo. Il secondo è lo *European financial stability facility (EFSF)*, del giugno 2010, con finanziamenti erogati a partire dal febbraio 2011, di cui hanno beneficiato l'Irlanda (€ 17,7 miliardi), il Portogallo (€ 24,8 ml) e la Grecia (€ 133 miliardi). La durata di tale meccanismo (3 anni) ne ha costituito il principale limite, non avendo portato all'istituzionalizzazione di forme di protezione

---

di integrazione. Il che giustifica le critiche, anche pesanti, che molti hanno avanzato nei confronti dei giudici e che ricordano da vicino le analoghe prese di distanza che avevano accompagnato già la sentenza *Solange*, di cui si era detto di tutto: che era basata su argomentazioni fittizie, su giochi di parole, su trasformismi da circo per giustificare la sottoposizione di atti comunitari alla giurisdizione nazionale. Particolarmente crudo e pungente era stato M. ZULEEG, *Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte gegenüber der Gemeinschaftsgewalt*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1975, 44 s.

<sup>13</sup> Queste le aree che la Corte nella sentenza ritiene essere cruciali per il mantenimento della identità costituzionale del Paese: la *privacy*, la sicurezza sociale, le decisioni fondamentali di politica culturale, storica e linguistica, la cittadinanza, il monopolio dell'uso della forza, il bilancio, tutte le decisioni fondamentali per la realizzazione dei diritti fondamentali, le regole sul linguaggio, sulla famiglia e sull'educazione, sulla libertà di opinione, di stampa, di associazione e sulla libertà religiosa positiva e negativa.

efficace e stabile contro gli attacchi speculativi ai debiti sovrani; questo scopo verrà realizzato tramite una preventiva modifica al Trattato di Lisbona, introducendo con la procedura di revisione semplificata ex art. 48 TUE un terzo comma all'art. 136 TFUE che espressamente consente agli Stati della zona euro, di «istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme». Il meccanismo prefigurato dall'art. 136 TFUE è stato concretizzato con la creazione, in sede internazionale, del MES contenente strumenti di assistenza finanziaria agli Stati in difficoltà. È sempre del 2012 l'altro trattato internazionale posto in essere in funzione anticrisi, il *Trattato sulla Stabilità, Coordinamento e Governance nell'Unione Economica e Monetaria* ("Fiscal Compact") firmato da tutti i membri dell'UE tranne Regno Unito e Repubblica Ceca, da sempre restii a interventi limitativi della loro sovranità. La previsione principale del Trattato impone a ciascuno Stato contraente di aver il bilancio della propria pubblica amministrazione in pareggio o in avanzo, previsione che ha condotto molti Stati – tra cui l'Italia – a modificare la propria costituzione (ma non a molto altro).

Da tutti questi provvedimenti, che vengono presi in concomitanza o nell'immediata vicinanza della sentenza *Lissabon*, si può agevolmente desumere che la parola forte di questa sentenza, cioè la parola sovranità (nazionale) viene messa a dura prova. Gli aiuti infatti verranno erogati e supporteranno gli Stati membri ad affrontare e ad uscire dalla crisi ma le condizioni a cui la concessione degli aiuti viene subordinata saranno tali compromettere, seppur pro tempore, proprio quelle scelte di politica interna che la sentenza in esame considerava appannaggio di stati autenticamente sovrani. Gli atti di concessione degli aiuti contenevano infatti condizioni molto restrittive per gli Stati in difficoltà, prevalentemente negoziati con gli esecutivi nazionali senza preventiva approvazione dei rispettivi parlamenti<sup>14</sup>; ad esempio, i *MoU* previsti per la Grecia, il Portogallo e l'Irlanda, contenevano – tra gli altri – l'obbligo di adozione di riforme per promuovere la crescita e l'occupazione, misure fiscali per ridurre il debito pubblico e il deficit e misure per assicurare la stabilità del settore finanziario dei paesi assistiti che, se valutati alla luce dei rigidi principi enunciati nella sentenza *Lissabon*, sarebbero state misure capaci di compromettere seriamente il cuore della costituzione e dell'identità costituzionale degli Stati<sup>15</sup>.

### *7. Un rapido sguardo alla giurisprudenza antecedente alla sentenza del 2020*

Visti i molteplici interventi realizzati nell'Unione per sostenere gli Stati travolti dalla crisi economica ci si può chiedere come abbiano reagito le Corti nazionali e in particolare, la Corte costituzionale tedesca. Queste sentenze sono state molto importanti per saggiare la tenuta "costituzionale" degli interventi stessi in una sfera che costituisce una sorta di *core business*

---

<sup>14</sup> Come è stato scritto, in riferimento al caso greco, per esempio, nessuno dei due *Loan Agreements* è stato ratificato dal Parlamento contrariamente a quanto prevede l'art. 36, comma 2, della Costituzione greca, nonostante come osservato in dottrina, "both treaties contained such exorbitant clauses regarding national sovereignty that it would be impossible for an important number of member of parliament to vote for them". G. KATROUGALOS, *The Greek Austerity Measures: Violations of Socio-Economic Rights*, in *I-CONnect* (<http://www.iconnectblog.com/>), January 29, 2013. In generale ampiamente L. Papadopoulou, I. Pernice, J. H. H. Weiler (eds.) *Legitimacy Issues of the European Union in the Face of Crisis*, Dimitris Tsatsos in memoriam, Baden Baden, Nomos, 2. ed, 2018

<sup>15</sup> Come si ricorderà, le riforme richieste agli Stati tramite i *MoU* spaziano dagli interventi in materia di sanità, ai trasporti, alla privatizzazione del mercato dell'energia, al mercato della casa, alle politiche in materia di educazione e di previdenza sociale, e riguardano quindi anche il nucleo essenziale dei diritti sociali. Gli Stati destinatari degli aiuti, a loro volta, si impegnano a consultare la Commissione, la BCE, e l'FMI circa l'adozione delle politiche che rientrano negli impegni previsti dal *MoU* e sono tenuti a pubblicare un report quadrimestrale sull'attuazione delle politiche e gli obiettivi raggiunti. A proposito di tali processi di riforma "a rime obbligate", in dottrina si è parlato di un vero e proprio commissariamento degli Stati destinatari, processi nei quali la sovranità pare restare sullo sfondo.

dell'azione pubblica, da conservare – sempre secondo quando affermato dalla sentenza *Lissabon* – in capo agli Stati e ai rispettivi Parlamenti.

Quanto alle Corti nazionali in generale, va sinteticamente detto che esse hanno reagito diversamente nei Paesi economicamente più forti rispetto a quelli che avevano richiesto aiuti economici<sup>16</sup>. Qui, in linea di massima, ci si è adeguati allo stato delle cose, accentuando – almeno *pro tempore* – importanti compressioni della propria libertà politica ed economica<sup>17</sup> mentre nei Paesi “creditori”, e soprattutto in Germania, le cose sono andate diversamente. Il *BVerfG* infatti si è pronunciato, a più riprese, sui provvedimenti europei della crisi, in particolare sugli aiuti alla Grecia<sup>18</sup> e sul MES/Fiscal Compact<sup>19</sup>, ribadendo la necessità che tali provvedimenti dovessero passare al vaglio del Parlamento nazionale per il rispetto dovuto al principio democratico e alla sovranità nazionale.

Questo percorso ha trovato una prima parziale conclusione con il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca alla Corte di giustizia sul caso *OMT (Outright Monetary Transactions)*<sup>20</sup>. In questo caso, il salto di qualità è stato di grande rilievo perché, come è noto, la Corte tedesca non si è limitata a chiedere alla Corte di giustizia quale fosse l'interpretazione delle norme europee implicate nella controversia ma ha lanciato un autorevole monito all'Europa circa il rispetto delle proprie prerogative sovrane, monito che si pone come il naturale sbocco della giurisprudenza pregressa. Con il rinvio pregiudiziale, infatti, il *BVerfG* ha inteso in prima battuta rivendicare le prerogative sovrane della Germania – e forse di tutti gli Stati membri – in materia di politica economica, la cui responsabilità, come la sentenza ricorda, quasi come un ritornello, «lies clearly with the Member States». E ancora, il trasferimento di poteri sovrani alla Banca Centrale è stato autorizzato politicamente e costituzionalmente approvato sotto la condizione che esso si sarebbe limitato all'area della politica monetaria, cosa che non sarebbe avvenuta con il Programma *OMT*.

Senza entrare nei particolari, i quali – come sempre accade nelle sentenze della Corte tedesca – si snodano dai principi fondamentali fino ai dettagli più minuti – si evidenzia il fatto la Corte, nel rinvio pregiudiziale, non si sia limitata a sollevare un dubbio interpretativo alla Corte di giustizia, ma ha perentoriamente affermato la sua posizione in merito. Molte le argomentazioni addotte a

---

<sup>16</sup> Estesamente sul tema A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, Giappichelli, 2014, *passim*

<sup>17</sup> In Italia e in Spagna non vi è stata una giurisprudenza specifica sulle misure anticrisi europee ma tutto si è giocato all'interno dei singoli ordinamenti e soprattutto nei rapporti tra stato e regioni, provocando una centralizzazione che è stata ritenuta nella maggior parte dei casi costituzionalmente inevitabile. Può essere interessante ricordare che la Corte costituzionale italiana ha respinto l'argomentazione addotta dal Governo a difesa di una propria legge secondo cui la crisi stessa avrebbe dovuto essere considerata una situazione di emergenza in grado di alterare gli equilibri costituzionalmente codificati: si veda, ad es., la sent. n. 151/2012.

<sup>18</sup> Cfr. *BVerfG*, sent. 7 settembre 2011, 2 *BvR* 897/10 sulle condizioni di aiuto alla Grecia.

<sup>19</sup> Cfr. *BVerfG*, sent. 12 settembre 2012, 2 *BvR* 1390/12, in Italia annotata da A. DE PETRIS, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Guida alla lettura*, in *Federalismi.it* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), del 15/09/2012. Si veda anche commento di A. DI MARTINO, *ivi*, del 26/09/2012 che analizza la sentenza alla luce dei precedenti giurisprudenziali. In questo caso, come nella sentenza precedente, i parametri di giudizio per la Corte tedesca sono contenuti, oltre che nell'art. 38 sul diritto di voto dei cittadini tedeschi, sul principio democratico *ex artt.* 20, comma 1, e 79, comma 3, del *Grundgesetz*, da cui deriva la competenza generale del *Bundestag* in materia di bilancio, che comporta a sua volta il permanere del controllo sulle decisioni fondamentali di politica finanziaria e di bilancio.

<sup>20</sup> Cfr. *BVerfG*, ord. 14 gennaio 2014, 2 *BvR* 2728/13 sull'*OMT*, che lamentava - tra l'altro - la mancata impugnazione da parte del Governo federale della decisione della BCE di procedere all'acquisto di titoli sul mercato secondario del 6 settembre 2012 nonché di non aver impedito che si giungesse a tale decisione in sede europea. Il tema ritornerà nelle Audizioni tenutesi presso il *Bundestag* nel maggio 2020, cui si farà cenno tra poco: in quella sede vari esperti ricorderanno al Parlamento tedesco (e indirettamente al *BVerfG*) che la mancanza di tale ricorso da parte del Governo federale denota la natura strettamente politica di tale questione che dovrebbe quindi restare nella sfera di azione della politica e non della Corte costituzionale.

sostegno delle proprie tesi, volte a dimostrare che, così come congegnato, l'OMT avrebbe tutte le caratteristiche per essere considerato un atto *ultra vires*. Esso, infatti, non sarebbe semplicemente un atto di politica monetaria in quanto finalizzato ad acquistare anche solo titoli di determinati stati (selettività) e perché – tra l'altro – continua la linea politica adottata con l'EFSF e l'EFSM, che erano espressamente finalizzati ad incidere sulle politiche economiche degli Stati oggetto di aiuto. Sebbene, come la Corte stessa riconosce, le conseguenze dell'OMT sull'autonomia di bilancio degli Stati membri siano difficili da prevedere prima della sua attuazione, tuttavia esso sarebbe suscettibile di violare l'identità costituzionale tedesca. Queste le principali tesi enunciate, cui la Corte aggiunge di ritenersi il decisore ultimo della costituzionalità del Programma, con un passaggio evidentemente finalizzato a ribadire la propria superiorità e quella della dimensione costituzionale nazionale sul diritto europeo che, come già affermato nella sentenza *Lissabon*, trae la sua legittimazione dal mandato conferito con i Trattati e potrebbe esercitare solo le competenze ad esso devolute dagli Stati membri.

Il rinvio presenta dunque una serie molto ampia di problematiche, estesamente messe in luce dalla dottrina<sup>21</sup>, ma resta il punto di riferimento per le sentenze successive<sup>22</sup> e, soprattutto, per la sentenza del 2020, in cui le problematiche si trasformeranno da mere dichiarazioni in una effettiva presa di posizione, tutta dominata dall'intento di chiarire, nei fatti, che l'integrazione europea non può che trovare un limite strutturale nella dimensione costituzionale degli Stati, costi quello che costi.

#### 8. Quasi un epilogo: la sentenza sul PSPP.

Al primo rinvio pregiudiziale della Corte tedesca alla Corte di giustizia, un secondo seguirà, destinato a concludersi con la sentenza *Weiss* della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018<sup>23</sup> cui segue, ancora, quella del *BVerfG* del 2020. Dalla sua pubblicazione in poi i commenti critici si sono moltiplicati per l'eccesso di nazionalismo che essa incarna e per molti altri più che giustificati motivi; e, tuttavia, alla luce della passata giurisprudenza in materia, non si può certo dire che essa sia inaspettata<sup>24</sup>. *Tanto tuonò che piovve*, si potrebbe dire: i giudici di Karlsruhe, legati a doppio filo ai loro precedenti, non sono stati in grado di resistere alla tentazione di usare, finalmente, l'armamentario da tempo tanto accuratamente costruito e ribadire così la propria centralità in quanto *Hüter* di una *Verfassung*, la Costituzione tedesca, ben compaginata, dal valore quasi sacrale

---

<sup>21</sup> Oltre all'ampio dibattito che ha avuto come protagonisti i giuristi, che qui non è possibile ripercorrere, la sentenza ha avuto ampi riscontri anche di natura economica per la visione sposata da Karlsruhe sulle teorie riguardanti l'efficienza dei mercati e sul ruolo dei prestatori di ultima istanza rispetto ai mercati stessi. Si veda C. GERNER-BEUEERLE, E. KÜÇÜK, E. SCHUSTER, *Law meets Economics in the German Federal Constitutional Court: Outright Monetary Transactions on Trial*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), *Special Issue*, n. 15/02/2014, 281 ss.; più sinteticamente P. DE GRAUWE, *Economic theories that influenced the judges of Karlsruhe*, in *VoxEU & CEPR* (<https://voxeu.org/>), 13 marzo 2014.

<sup>22</sup> La risposta della Corte di giustizia arriva nel luglio del 2015 (*Gauweiler*, C-62/14) e afferma di non condividere i timori espressi dalla Corte costituzionale federale tedesca non ravvisando una violazione dell'art. 123 TFUE e del principio di proporzionalità. Le scelte della Banca Centrale sarebbero finalizzate al mantenimento della stabilità dei prezzi e non a interferire con le politiche economiche degli Stati né a garantire vantaggi a quei Paesi le cui politiche economiche e fiscali non siano in linea con i vincoli europei, questa essendo in estrema sintesi la grande paura che emerge dalla giurisprudenza della Corte tedesca. A questa sentenza seguirà il 21 giugno 2016 una nuova pronuncia del *BVerfG* nel caso *OMT/Gauweiler*.

<sup>23</sup> Causa C-493/17, *Weiss*.

<sup>24</sup> V. F. MAYER, docente di diritto europeo all'Università di Bielefeld, intervista rilasciata alla *Süddeutsche Zeitung* ([/www.sueddeutsche.de/](http://www.sueddeutsche.de/)) del 7.5.202, il quale, alla domanda, *ob das Urteil verstanden wird*, ha risposto: *“Wohl nur von jenen, die die Entwicklung seit Jahren verfolgen”*.

per il popolo che l'ha scritta e che vi si sottomette, a differenza del processo di integrazione, più evanescente, mai interamente definito, spesso incompreso e altrettanto spesso tradito dai suoi stessi protagonisti, che aspira ad una dignità costituzionale mai ottenuta, anzi negata da alcuni dei suoi partner principali, troppo legati alla propria identità per cederla ad un ente superiore di incerta natura. L'uso dell'armamentario, tuttavia, sconta una riserva nella riserva: si tratta infatti di una soluzione *pro tempore*, buona a gettare un po' di sabbia negli ingranaggi istituzionali della Germania e dell'Europa, ma nient'affatto definitiva, almeno nella percezione che si riverbera nell'opinione pubblica tedesca e nei primi commenti in essa riportati.

Ora, mentre sussiste la non lieve differenza tra i precedenti, tutto sommato innocui, e la sentenza attuale, che ha un effetto potenzialmente deflagrante, le tappe della controversia sono sostanzialmente analoghe a quelle viste a seguito del precedente rinvio pregiudiziale, quello del 2014, che conteneva come quello del 2017 una serie molto dettagliata di domande critiche, specchio della posizione in merito della Corte tedesca. A questo secondo rinvio aveva fatto seguito una risposta della Corte di giustizia considerata dai più, di nuovo, assai deludente, risposta tutta imperniata sulla affermazione della coerenza delle scelte europee con i Trattati e con il mandato della Banca Centrale, la già citata sentenza *Weiss*, letta soprattutto in Germania come un secco rifiuto di considerare le posizioni della Germania. Essa pareva non aver colto il nocciolo della questione posta dai giudici tedeschi, quella per cui, in presenza di scelte discrezionali della BCE, sarebbe stato necessario procedere a una più ampia e trasparente istruttoria nonché – per coerenza col principio di proporzionalità in tutta la sua estensione, così come elaborato dalla giurisprudenza del *BVerfG* – ad una analisi *ex post* circa gli effetti prodotti da tale decisione<sup>25</sup>. Si riflette in questo modo tutta la preoccupazione della Germania verso un indebolirsi del controllo sulle attività di governo dell'economia e dei suoi risvolti sulla stabilità dei prezzi, attività poste in essere da un organismo volutamente indipendente come la BCE, il cui peso politico – peraltro – si va rivelando come centrale nel contesto delle istituzioni europee in forza non solo del suo mandato ma per gli strumenti, immediatamente efficaci, di cui essa stessa si è dotata.

Chiuso il caso a Lussemburgo, tornata la palla alla Germania, ecco la scelta odierna della Corte tedesca, con la dichiarazione della natura *ultra vires* non solo del programma della *BCE* ma anche della sentenza della Corte di giustizia, a cui i giudici costituzionali ritengono di non dovere, pertanto, obbedienza alcuna. Essa avrebbero infatti oltrepassato il limite posto dal Trattato alla sua giurisdizione per non aver provveduto a dare opportune spiegazioni del programma di acquisti posto in essere dalla *BCE*. Secondo i giudici tedeschi infatti la competenza della Corte europea finirebbe quando l'interpretazione del Trattato non sia adeguatamente motivata (incomprensibile e obiettivamente arbitraria, per usare, un po' edulcorato, il modo di esprimersi dei massimi giudici tedeschi). Si tratta, come è ormai messo in luce dai già moltissimi commentatori, di una scelta deflagrante per i principi cardine dell'Unione, secondo cui le decisioni della Corte di Lussemburgo sono definitive e vincolanti per gli Stati, una scelta per descrivere la quale si sta ricorrendo alle più radicali e tragiche affermazioni<sup>26</sup>. Tra le molte, una è particolarmente significativa: si è trattato e si tratta di una vera e propria dichiarazione di guerra? E, soprattutto, a chi viene dichiarata tale guerra? Non ci sono eserciti al comando delle Corti Costituzionali, non arsenali di armi atomiche. Eppure, tante volte abbiamo in passato assistito all'uso di tale vocabolario proprio per descrivere che cosa accade quando due Corti, entrambe al vertice di importanti istituzioni, si mettono "sul piede di guerra". Chi vincerà, chi getterà per primo l'arma letale che potrebbe segnare la fine non solo dell'una o dell'altra ma dell'intera compagine istituzionale che le sorregge? Parrebbe che questa

---

<sup>25</sup> V. C. SCHALAST, *Staatsanleiheinkauf zwischen EuGH und BVerfG: Ultra vires II*, in *Recht der Finanzinstrumente*, 2019, 27.

<sup>26</sup> Secondo A. THIELE, *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>) del 5 maggio 2020, si sarebbe trattato di un nuovo vaso di Pandora, destinato a destabilizzare l'intero impianto istituzionale e ordinamentale europeo.

volta il dado sia stato tratto e, dal punto di vista europeo, non vi è dubbio che la sfida sia stata lanciata non solo sul piano teorico e non solo come minaccia ma nei fatti e con una efficacia diretta, seppure dilazionata di tre mesi.

Una breve parentesi a questo punto si impone. La storia dell'atto *ultra vires* è una storia assai interessante da ricordare in un momento di estrema problematicità per la compagine europea, un momento in cui tale atto – dopo esser stato vagheggiato, cullato, descritto in varie forme – compare sulla scena del c.d. *Verfassungsverbund* che lega le costituzioni nazionali con i trattati e vi compare come dato dell'esperienza giuridica. Dopo essere stata evocata fin dai tempi della sentenza *Maastricht*, la dottrina dell'atto *ultra vires* viene formalizzata nella sentenza *Honeywell-Mangold* secondo cui, pur nel rispetto dall'attitudine aperta all'Europa (*europafreundliche Haltung*) che la Corte tedesca ha sempre dichiarato di avere<sup>27</sup>, il rapporto con le istituzioni europee si fonda sul riconoscimento della esistenza della competenza della Corte di giustizia per l'interpretazione del diritto dell'Unione; tale riconoscimento non sarebbe tuttavia senza condizioni esistendo un'unica ultima riserva, cioè che si tratti di un atto viziato da incompetenza assoluta.

Tale vizio si presenta quando l'Unione, in modo chiaramente riconoscibile, agisce al di fuori delle competenze conferite dai Trattati, emanando un atto totalmente privo di base giuridica. Ovviamente, deve trattarsi di una mancanza qualificata e significativa che deve essere riconosciuta tale da tutti gli organismi coinvolti, e primariamente quelli europei. Un simile definizione implica da un lato che la Corte, sulla base di un attivismo grandemente espansivo, si autodefinisce competente a individuare tale contrasto, cosa che non appare in nessun testo scritto, e, dall'altro lato, che deve avere preventivamente chiamato in causa la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE per condividere o rigettare la visione dei giudici tedeschi. Di conseguenza, il processo di individuazione dell'atto *ultra vires* si compone, secondo il *BVerfG*, di tre fasi: una prima fase consiste nella valutazione del *BVerfG* della possibile presenza, invocata dai ricorrenti, della natura *ultra vires* dell'atto contestato nell'ambito della valutazione dell'ammissibilità del ricorso, valutazione che deve essere adeguatamente motivata, come è stato sempre fatto nei due casi che hanno avuto per oggetto le scelte di politica monetaria degli ultimi dieci anni, dal caso sugli aiuti alla Grecia a quelli sul Fondo Salva Stati e sul *MES* (tutti casi in cui il tema dell'atto *ultra vires* è stato considerato come presente e rilevante) cui segue il ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per concludersi con una rivalutazione del caso da parte della Corte tedesca alla luce della giurisprudenza europea.

Val la pena ricordare, in questo contesto, che il rinvio pregiudiziale, che è la procedura ordinaria se il caso richiede una interpretazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici ordinari, è stato fatto da parte del *BVerfG* in 50 anni solo 2 volte e sempre in occasione di questioni relative alla politica monetaria; il che fa pensare ad un legame stretto tra rinvio pregiudiziale da parte di tale Corte e sospetto di atto *ultra vires*. In questi casi (solo 2, per ora, e quindi secondo un dato statisticamente non significativo) il "dialogo" a cui è finalizzato il rinvio ha come scopo precipuo di convincere la controparte ad accettare la propria visione, affiancando alle proprie argomentazioni lo spettro del vizio di incompetenza assoluta e segnalando così una indisponibilità ad entrare effettivamente in dialogo; se così fosse, allora la dichiarazione della natura *ultra vires* della sentenza *Weiss* non è certo un fulmine a ciel sereno: l'intero sviluppo del processo che ora giunge alla sua parziale conclusione aveva appunto come scopo di evitare tale problematica conclusione se la visione del *BVerfG* fosse stata accolta in sede europea. Più che un dialogo, dunque, le tappe del

---

<sup>27</sup> J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, 973 ss.

processo paiono (o effettivamente sono) una sorta, seppure educatamente formulata, di *ultimatum*<sup>28</sup>.

Ora, come si è visto in precedenza, il passato ha giocato nella decisione odierna del *BVerfG* un ruolo di grande rilevanza, tutto percorso dalla tensione a conservare un *Vorbehalt*, una riserva non solo mentale che ha assunto nel tempo diverse forme ma che, nella sostanza, non è stato scalfito. La sentenza *Lissabon* ne ha costituito una tappa fondamentale mentre la giurisprudenza sugli atti volti a porre rimedio alla crisi economica a partire dal 2009 ha adattato la linea argomentativa ivi definita alla difesa strenua della identità non più solo costituzionale, ma anche e soprattutto finanziaria della Germania. Questa ultima tappa, in senso temporale, del percorso, ormai ampiamente e a ragione criticata per le ideologie sovraniste cui dà voce e per il momento, assai inopportuno, in cui si inserisce, come forma di freno agli aiuti necessari a superare la crisi economica in atto (per non parlare qui dei problemi procedurali che lascia aperti e delle difficoltà probabilmente insuperabili nel definire il contorni, sempre sfumanti, del parametro invocato, il principio di proporzionalità) esprime – ancora una volta – questa posizione che, detto in estrema sintesi, non può che finire nel *cul de sac* del già evocato *letztes Wort*, a cui la Germania pare candidarsi continuando a tenere l'Europa "al guinzaglio"<sup>29</sup>.

#### 9. Le reazioni dell'opinione pubblico e del sistema politico alla sentenza.

Ignara, in apparenza, dei problemi giuridici, ad oggi irrisolvibili, già messi in luce nel nostro Paese da molti dei primi commentatori che a ragione, oltre a stigmatizzare la Corte, hanno sottolineato la totale incongruenza con il diritto europeo di una sentenza di tal fatta, concepita in passato sul piano argomentativo e oggi portata alle sue conseguenze forse non estreme ma certamente di grande rilievo, l'opinione pubblica tedesca, espressa dalle sue voci più autorevoli, hanno molto sottostimato il peso e il valore di questa decisione<sup>30</sup>. Gli argomenti addotti a sostegno di tale visione sono

---

<sup>28</sup> Volendo, si potrebbe fare un sommo paragono con la giurisprudenza costituzionale italiana in tema di diritti fondamentali, quando essi sono tutelati e dalla Carta costituzionale nazionale e alla Carta europea dei diritti fondamentali. Colpisce, rileggendo il percorso che va dall'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 della nostra Corte alla più recente giurisprudenza, come in Italia i giudici della Consulta abbiano proceduto con cautela, assestando via via il percorso per continuare a restare in sintonia e in dialogo con la Corte di giustizia, senza strappi od ultimatum, segno di una cultura giuridica più incline all'ascolto del contesto in cui, da Corte costituzionale – quindi ultimamente "sovrana" –, essa intende armonicamente inserirsi. Il percorso, variamente ricostruito, è stato da ultimo ricapitolato e offerto alla meditazione degli studiosi da R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela del diritto fondamentali*, in *European Papers* (<http://www.europeanpapers.eu/>), 19 giugno 2020, 1-30. Sul tema si veda anche l'intervento introduttivo di Chiara Amalfitano al *Lunch Seminar* di Giustizia costituzionale del 4 ottobre 2019, nell'ambito dell'omonimo ciclo di conferenze ideato e condotto dal prof. Nicolò Zanon presso il Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano e ora in C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 18 febbraio 2020, in *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 296 ss.

<sup>29</sup> S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 9/2009, 1003 ss.

<sup>30</sup> Come il ricorrente aggettivo "teilweise" che si trova negli articoli di stampa sta ad attestare. Es. *Die Welt* ([www.welt.de/](http://www.welt.de/)) del 6 maggio 2020 titola "Das Bundesverfassungsgericht hat die Staatsanleihenkäufe der Europäischen Zentralbank als teilweise grundgesetzwidrig beanstandet". Si veda per tutti la dichiarazione rilasciata alla Reuters e riportata da *Die Welt Wirtschaft* ([www.welt.de/wirtschaft/](http://www.welt.de/wirtschaft/)) dell'economista capo della Commerzbank, Jörg Kräme secondo cui la sentenza sarebbe da classificare «eher als Bestätigung denn als grundsätzliche Kritik am EZB-Kurs ein: Im Kern hat das Verfassungsgericht der EZB grünes Licht gegeben. Entscheidend ist, dass die Verfassungsrichter in dem Kauf von Staatsanleihen keinen Verstoß gegen das Verbot der monetären Staatsfinanzierung sehen. Damit haben sie die Anleihekäufe wie erwartet nicht verboten. Die Anleihekäufe der EZB werden weiter gehen. Daran wird das heutige Urteil nichts ändern». A commento, il giornale aggiunge "Zwar rechnet niemand damit, dass die Richter in Karlsruhe die



molteplici. Solo per citarne alcuni, si sottolinea la sostanziale approvazione da parte dei giudici di Karlsruhe della politica monetaria europea portata avanti dalla BCE così come l'aver espressamente escluso dall'ambito di applicazione della sentenza dei provvedimenti che si prenderanno per far fronte all'emergenza Covid-19. E, ancora, mentre tutti convengono sulla inopportunità del momento scelto per emettere tale provvedimento, alla luce della crisi che sta toccando tutti gli Stati della zona euro (e che secondo altri avrebbe condotto la Corte a ritardare l'annuncio della sentenza stessa) sono in molti a ricordare che, in ultima analisi, si è in presenza non di un atto totalmente distruttivo, ma "semplicemente" di una richiesta di motivazione alla luce del principio di proporzionalità, pur se questa deve essere fatta secondo le logiche dalla Corte stessa predeterminate (esplicitando, in particolare, gli effetti prodotti dalle politiche contestate sempre secondo una applicazione – corretta secondo la visione del principio elaborata in terra tedesca, ma certamente non condivisa da tutti gli stati europei – del principio di proporzionalità). Merita in particolare di citare, tra le varie comunicazioni alla stampa, quella del deputato europeo della CSU Markus Ferder, secondo cui la sentenza sarebbe stata un'ottima scelta perché, pur non mettendo in discussione l'indipendenza della BCE, richiede che la stessa dia conto fino in fondo delle proprie scelte, soprattutto analizzando gli effetti delle stesse<sup>31</sup>. In un certo senso, queste dichiarazioni stanno ad attestare la sintonia tra la Corte costituzionale e di parte del sistema politico, quest'ultimo espressione delle opinioni diffuse nel popolo tedesco, soprattutto tenendo conto del fatto che la controversia nel suo insieme era nata e portata avanti per iniziativa di partiti di minoranza ma di diversa impostazione ideologica. Anche questi sentimenti collettivi fanno parte di quella "identità costituzionale" che la Corte è chiamata a leggere nel prendere le proprie decisioni senza esorcizzarle in nome di una stretta legalità che, al presente, è comunque percepita come ambigua. Come è stato detto da autorevoli commentatori, infatti, mentre la Corte europea aveva negato che l'azione della BCE fosse infondata, Karlsruhe oggi vede la cosa in modo diverso e ha presente che vi sono modi giuridicamente divergenti di considerare il problema (*nda*: un problema, sia detto tra parentesi, tutt'altro che risolto): se infatti, come dice il *BVerfG*, con una affermazione spesso ripresa dalla stampa e dalla dottrina, "ogni Stato membro avesse la pretesa incondizionata di mettere in discussione tramite i propri tribunali la validità degli atti giuridici dell'Unione verrebbe praticamente compromesso il primato (*Anwendungsvorrang*)<sup>32</sup> del diritto europeo mettendo a rischio l'applicazione uniforme dello stesso. D'altra parte, se gli Stati membri rinunciassero completamente al controllo sugli atti *ultra vires*, il rispetto dei principi dei Trattati finirebbe per essere integralmente trasferito agli organi dell'Unione e ciò anche quando le loro concezioni giuridiche e le loro interpretazioni finissero per entrare in contrasto con le competenze delegate e per generare una modifica strutturale dei Trattati. E, pertanto, il controllo del vizio di incompetenza assoluta da parte dei tribunali nazionali è costituzionalmente necessario, quandanche da esercitare secondo le logiche del *self-restraint* e del *favor Europae (Europafreundlichkeit)*"<sup>33</sup>.

---

Anleihekäufe grundsätzlich für verfassungswidrig halten und damit Turbulenzen an den Finanzmärkten und eine konstitutionelle Krise in der Euro-Zone auslösen. Allerdings ist das Urteil von hohem symbolischen Wert"

<sup>31</sup> «Es ist zu begrüßen, dass das Bundesverfassungsgericht nun klare formale Kriterien für die Rechtmäßigkeit des Anleihenkaufprogramms formuliert hat. Die Forderung nach einer Verhältnismäßigkeitsabwägung stelle nicht die Unabhängigkeit der EZB infrage. Dies sei eine formale Hürde, die schnell genommen werden müsse. Die offenen Fragen in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit sollten nun schnell geklärt werden, damit EZB und Bundesbank in der derzeitigen Situation handlungsfähig bleiben». in *BÖRSE ONLINE* (<https://www.boerse-online.de/>) 5.5.2020.

<sup>32</sup> Sul senso dell'espressione si veda, acutamente, A. MIGLIO, *Il primo rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco: dialogo o conflitto?*, in *Osservatorio costituzionale* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 2014/09/ 01. La distinzione verrà ripresa in diversi interventi dell'Audizione davanti al *Bundestag* per rimarcare la non sottomissione dell'ordinamento tedesco all'ordinamento europeo.

<sup>33</sup> Una delle massime fondamentali della sentenza in esame è ripresa testualmente da G. THÜSIG, *Wo Europarecht und Deutsches Verfassungsrecht in Konflikt stehen*, in *Die Welt Meinungen* (<https://www.welt.de/debatte/>), 5.5.2020

E con questa affermazione, la parità di armi delle due Corti parrebbe ristabilita, anche se questa forma di coordinamento non può certo essere in grado di risolvere i conflitti come quello che si va profilando dopo la sentenza in esame. Non a caso è stata avanzata di recente la proposta (già avanzata in passato, in verità) di istituire un ulteriore grado di giurisdizione, finalizzato a comporre i contrasti tra Corti costituzionali e Corte di giustizia. Difficilmente tale proposta potrà essere poi in concreto realizzata visto che, in casi come questo, è opinione di chi scrive che tocchi alla politica e non alla giurisdizione creare le condizioni perché la convivenza tra Stati in Europa possa continuare<sup>34</sup>. E mentre gli esperti studiano soluzioni, una parte consistente della politica e dell'opinione pubblica tedesca continua a ritenere che, in presenza di un chiaro e indubitabile conflitto, in grado di erodere il mandato ricevuto dalle sedi europee tramite i Trattati e di decurtare le competenze degli Stati membri, il controllo sul rispetto delle competenze debba restare nelle mani delle Corti costituzionali nazionali. *Hart aber wahr* è la lapidaria conclusione, cui si unisce il plauso al *BVerfG* per aver dato all'Unione europea questo segnale di stop e agli organi costituzionali nazionali il divieto fino a nuovo ordine di dare seguito alla politica monetaria dell'Unione stessa, concludendo così la fase del "can che abbaia non morde" evidentemente poco gradita a molti nel Paese e che la Corte stessa faticava a sostenere.

#### 10. Le audizioni degli esperti davanti al Bundestag

Se questa è, almeno come schizzo, l'atmosfera che si respira nell'opinione pubblica, in cui per la verità non mancano anche voci critiche verso la sentenza, diversa è la *Stimmung* che prevale tra gli esperti, o almeno tra coloro che sono stati invitati all'Audizione che si è tenuta il 25 maggio 2020 di fronte alla Commissione parlamentare per gli affari europei, cui si sono uniti membri della Commissione affari legali, della Commissione bilancio e della Commissione Finanze del *Bundestag*. Sono stati interpellati 9 professori ed esperti, giuristi ed economisti, i quali – dopo il loro intervento – hanno anche dialogato con i membri del Parlamento presenti alla seduta.

Tema dell'analisi, la spinosa questione di come affrontare le conseguenze della sentenza qui esaminata, sentenza che – come si ricorderà – chiama in causa le istituzioni tedesche ammonendole ad attivarsi per esercitare un controllo più puntuale e motivato delle decisioni della *BCE*. In ottemperanza al mandato, il *Bundestag* si predispone a individuare un percorso che consenta di uscire correttamente e dignitosamente dalle strettoie che la sentenza impone, percorso che deve snodarsi come tra Scilla e Cariddi, tra il dovuto rispetto dell'indipendenza della *BCE* da un lato e gli obblighi derivanti dall'ottemperare alle decisioni del *BVerfG*. Oltre all'Audizione, il *Bundestag* ha predisposto un parere di sintesi che serva da *position paper* per le consultazioni riservate che il Presidente Federale si propone di tenere, anch'esse finalizzate a reperire una soluzione al caso. Le consultazioni saranno affiancate da un Gruppo di Lavoro del *Bundestag*, formato da un componente per gruppo parlamentare

Le Audizioni, ricchissime di spunti analitici, fanno emergere da un lato le molte critiche puntuali alla sentenza e, dall'altro, ipotesi per una via di uscita dall'*impasse*, una via di uscita disperatamente ricercata<sup>35</sup>. In generale, si riscontra una visione critica della sentenza stessa, ritenuta un passo azzardato, in grado di destare reazioni – quali ad esempio quelle della Polonia – finalizzate a distruggere la costruzione giuridica europea la quale, certamente, presenta delle problematiche ma che, ad un tempo, si fonda su una visione dello stato di diritto (e del necessario rispetto delle

---

<sup>34</sup> D. SARMIENTO, J. WEILER, *The EU Judiciary after Weiss. Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 2 giugno 2020.

<sup>35</sup> Così titola il *Der Tagesspiegel* (<https://www.tagesspiegel.de/>) del 25.5.2020: "*Ausweg verzweifelt gesucht*", cioè soluzione cercasi disperatamente.

decisioni della Corte di giustizia) come valore da conservare per garantire la coesione nell'ambito dell'Unione. Dalle oltre 50 pagine dei verbali delle audizioni si evincono, oltre alle critiche, anche posizioni più sfumate, che sostengono essere la sentenza del *BVerfG* il risultato di un equivoco sul concetto di proporzionalità<sup>36</sup> che avrebbe dovuto essere chiarito tramite un secondo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nello spirito della cooperazione che deve guidare i rapporti tra le due corti e secondo l'esempio dato dalla Corte italiana nel caso *Taricco*<sup>37</sup>. Altre critiche si appuntano sulla non coerenza della sentenza in esame con i criteri enunciati dalla stessa corte nella sentenza *Honeywell Mangold*, secondo cui l'atto *ultra vires* è presente quando gli organi dell'Unione oltrepassano chiaramente i confini delle loro competenze e si giunge così a porre in essere uno spostamento strutturale verso l'Unione europea delle competenze stesse. Ora, nel caso presente, parrebbe assai difficile individuare negli atti della BCE e nella giurisprudenza della Corte di giustizia una violazione così grave e chiara dell'assetto delle competenze definito dal Trattato soprattutto a motivo della difficoltà a distinguere tra la politica monetaria e la politica economica nazionale. In questo caso così dubbio, tra l'altro molto simile a quanto era già successo con la sentenza sull'OMT, la Corte tedesca avrebbe dovuto esercitare un controllo esterno e rispettare la discrezionalità della Banca Centrale senza spingersi fino alla dichiarazione della natura *ultra vires* degli atti della BCE e della sentenza della Corte di giustizia. Per non parlare del fatto che la dichiarazione dell'esistenza di un atto *ultra vires* dovrebbe essere collegata all'identità costituzionale da difendere, come si era fatto cenno nella sentenza OMT, cenno che pare scomparso nella sentenza odierna, dove si parla di "soldi" e non di "dignità umana" o dei fondamenti della democrazia, cioè del cuore della costituzione così come enunciato nell'art. 79, comma 3, *GG*.

Quanto alle possibili vie di uscita, a parte la richiesta, piuttosto irrealistica in verità, di costituzionalizzare il primato delle sentenze europee sulle sentenze costituzionali nazionali, le soluzioni individuate si incentrano sull'ipotesi di riuscire ad ottenere in via informale che la *BCE* risponda alle richieste contenute nella sentenza del *BVerfG* in modo tale da non compromettere la sua indipendenza; in altre parole, la *BCE* dovrebbe ottemperare alle richieste tedesche e fare le verifiche sulla proporzionalità dei suoi interventi senza che questo appaia come l'adempimento diretto del mandato della Corte tedesca. Ad esempio, visto che in giugno la *BCE* è tenuta a presentare al Parlamento europeo una relazione sulle sue attività del 2019, ottemperando ad un obbligo previsto all'art. 284 TFUE, essa potrebbe allegarvi la valutazione della proporzionalità dei suoi interventi sulla base degli effetti prodotti. Questa pare essere anche una delle possibilità che si profilano secondo Isabel Schnabel, una degli economisti di punta della *BCE*, membro del Direttorio della Banca, che ha espressamente riconosciuto alla sentenza in esame un valore di stimolo per incrementare la trasparenza delle decisioni della Banca stessa<sup>38</sup>. Un'altra via potrebbe essere una

---

<sup>36</sup> Così anche M.P. CHITI, *La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Quantitative Easing avvia il processo di "disintegrazione europea"?*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 6 maggio 2020

<sup>37</sup> C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga" Taricco*, Milano, Giuffrè, 2018, *passim*

<sup>38</sup> Intervista a Isabel Schnabel, membro del Direttorio della *BCE*. L'economista sottolinea che durante le audizioni della *BCE* davanti al Parlamento europeo vi è la possibilità di interrogare i funzionari e i membri del *Board* attivando in questo modo i cd. *Monetary Dialogues* volti a incrementare la trasparenza delle azioni della Banca. Tali dialoghi si tengono regolarmente e vengono anche trasmessi via internet; essi consentono di valutare gli effetti diretti e indiretti delle decisioni in campo monetario della Banca. Si veda anche I. SCHNABEL, *Narrative über die Geldpolitik der EZB. Wirklichkeit oder Fiktion?* Rede vor den juristischen Studiengemeinschaft, al sito web della *BCE* (<https://www.ecb.europa.eu/>), in cui la studiosa risponde alle più popolari accuse che vengono mosse dalla stampa tedesca alla politica della *BCE* densa di accuse alla stessa di derubare i risparmiatori tedeschi a favore delle politiche di debito poste in essere dai Paesi del Sud Europa e, in particolare, dell'Italia. Il senso di questo "dialogo monetario" era già stato approfondito in passato. Si veda, ad esempio, G. CLAEYS, M. HALLENBERG, O. TSCHEKASSIN, *European Central Bank Accountability: How the Monetary Dialogue Could Evolve*, in *Bruegel Policy Contribution* (<https://www.bruegel.org/>), n. 04/2014, marzo 2014.

richiesta della BCE stessa alla *Bundesbank* di produrre le prove della proporzionalità (in salsa tedesca) della sua politica monetaria da consegnare al *Bundestag* e al Governo federale.

In ogni caso, visto che la sentenza della Corte tedesca espressamente esclude dal suo raggio di azione i programmi di investimento in essere, gli esperti tedeschi suggeriscono alla BCE di unificare nei prossimi 3 mesi, nell'ambito di una ristrutturazione generale dei propri interventi, il *PSPP* e il *PEPP* includendo la valutazione della proporzionalità, così da evitare in futuro ulteriori controversie le quali, in mancanza di modifiche ai programmi stessi, si prospettano essere assai probabili e temibili per gli equilibri finanziari dell'Area Euro. Questa soluzione non comprometterebbe la credibilità internazionale della BCE, in mancanza della quale i suoi interventi sui mercati finirebbero per essere assai meno efficaci.

In generale, gli economisti interpellati hanno messo in guardia contro la tendenza che emerge dalla sentenza a mettere in dubbio il lavoro della BCE, che ha svolto invece un ruolo fondamentale per tutti i Paesi dell'area euro: essi, evidentemente, temono le conseguenze della sentenza stessa e sono tutti del parere di non esasperare il conflitto, cosa che peraltro la stessa Corte costituzionale non pare orientata a volere.

Come si svilupperà questa intricata vicenda da cui molto dipende del futuro dell'Europa? La domanda è aperta. Per dare una risposta occorre continuare a monitorare gli eventi che si sono prodotti e si stanno producendo in terra tedesca, dalla minaccia di procedura di infrazione, ventilata in sede europea, all'apparente indifferenza delle istituzioni dell'Unione fino al più recente studio predisposto dal Parlamento tedesco sul tema che qui ci occupa di cui si è dato conto. Senza dimenticare le reazioni della *Bundesbank* la quale, per complicare ancora il quadro, ha da ultimo ribadito il suo obbligo di rispettare fino in fondo i dettami della sua Corte costituzionale. Che cosa si cela dietro tanta accondiscendenza tra le istituzioni tedesche? Occorrerebbe avere la sfera di cristallo per dar risposta a tanto quesito.

## **COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE**

### **Volumi pubblicati**

1) *"Itinerari" di Antonio Ruggeri per Consulta Online*,  
a cura di Pasquale Costanzo e Lara Trucco, 2016, pp. 812  
ISBN: 978-88-945618-3-8

2) *Stato di diritto Emergenza Tecnologia*,  
a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, 2020, pp. 219  
ISBN: 978-88-945618-0-7

3) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, I Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale*  
2020, pp. 560,  
ISBN: 978-88-945618-1-4

4) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, II Il diritto pubblico della pandemia*  
2020, pp. 230  
ISBN 978-88-945618-2-1,



ISBN: 978-88-945618-7-6