QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

La Corte costituzionale
nel XXI secolo

2020

4

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore
Nello Rossi

Vice Direttori
Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione
Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Armone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Giuseppe Cascini, Giulio Cataldi, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Mariarosaria Guglielmi, Daniele Mercadante, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi, Giovanni (Ciccio) Zaccaro.

Comitato scientifico
Perfecto Andrés Ibáñez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

Segreteria di redazione
Mosè Carrara

Service editoriale
Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online
editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

IV trimestre 2020 - chiuso in redazione in febbraio 2021

Sommario

Editoriale
di *Nello Rossi* 4

La Corte costituzionale nel XXI secolo

Introduzione
La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro
di *Marco Bignami* 6

Diario di un giudice (costituzionale)

Frammenti di un novennio (dicembre 2010 - dicembre 2019)
di *Giorgio Lattanzi* 13

La Corte e il legislatore

Del rendere giustizia costituzionale
di *Gaetano Silvestri* 24

L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo
di *Massimo Luciani* 37

La Corte nel contesto
di *Diletta Tega* 42

Corte costituzionale e minimalismo
di *Michele Massa* 53

La Corte e i giudici comuni

Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità
di *Carlo Padula* 62

Le controspinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità
di *Andrea Guazzarotti* 78

I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee
di *Elisabetta Lamarque* *89*

Il giudice comune, servitore di più padroni
di *Andrea Natale* *98*

Il processo costituzionale

Il processo costituzionale
di *Francesca Biondi* *114*

Gli *amici curiae*
di *Marilisa D'Amico* *122*

La Corte mediatica

La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto
di *Simone Pajno* *137*

Il senso della Corte per la comunicazione
di *Donatella Stasio* *156*

Prove di comunicazione della Corte costituzionale
di *Luigi Ferrarella* *167*

Novità tematiche della giurisprudenza costituzionale

Il diritto civile e la procedura civile
di *Francesco Cortesi* *171*

Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale
di *Pier Luigi Tomaiuoli* *192*

Il diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale degli ultimi anni
di *Raffaele Gargiulo* *234*

Gli autori

I "più piccoli" tra giudici e la Corte costituzionale

1. Nell'editoriale di un numero della Rivista interamente dedicato ai temi della giustizia costituzionale, chi scrive, in ragione della sua storia personale e della sua esperienza professionale, non può che assumere e rappresentare il punto di vista del "giudice comune".

Ammesso a dubitare della legittimità della legge, reso interlocutore della Corte costituzionale nella veste di promotore del giudizio di costituzionalità, chiamato a leggere le norme ordinarie non più solo nel loro oggettivo significato ma anche nella loro rispondenza al dettato costituzionale, il giudice comune è stato profondamente trasformato dalle innovazioni introdotte nella Costituzione repubblicana in materia di controllo di costituzionalità.

Ai molteplici e imponenti mutamenti del suo ruolo scaturiti dalle vicende del Paese, si è così sommato l'altrettanto profondo mutamento istituzionale indotto dal rapporto con la Costituzione e con il Giudice delle leggi.

È quanto rilevava molti anni fa, con finezza di giurista e acume di studioso della magistratura , Pino Borrè, il fondatore di questa Rivista.

Il fatto che il giudice sia divenuto il tramite attraverso il quale la questione di costituzionalità perviene al Giudice delle leggi – osservava Borrè in uno dei suoi ultimi interventi[1] – ha dato vita a una lunga cascata di effetti politici e istituzionali.

In primo luogo la legge ha cessato di essere per il giudice comune un postulato assoluto, divenendo un testo da leggere «*nel cono di luce offerto dalla Costituzione*», con la capacità di cogliere «*la sovraordinazione del piano normativo costituzionale rispetto a quello ordinario*».

Inoltre le scelte di valore sollecitate dal coinvolgimento del giudice nella verifica di legittimità costituzionale hanno concorso all'abbandono dei tradizionali tratti burocratici della sua figura e del suo "mestiere" e determinato una crescita della funzione del magistrato.

Infine la giurisdizione è divenuta, sia pure in ultima istanza, un «*luogo*» di possibile «*resistenza all'illegittimità della legge*», prendendo il posto che le spetta nel delicato sistema di equilibri istituzionali «*che producono democrazia pur collocandosi al di fuori del circuito stretto della rappresentatività e della responsabilità politica*».

E che siano stati spesso «*i più piccoli*» tra i giudici a far uso del potere di sollevare questioni di costituzionalità – concludeva Borrè – «*ha avuto la conseguenza di creare una coscienza egualitaria, di far crescere e favorire una cultura egualitaria nella magistratura*».

2. Di tutte le intuizioni e le affermazioni illuminanti di quel lontano intervento, quest'ultima è oggi certamente la più problematica .

L'ansia di carriera che ha pervaso una parte della magistratura sembra aver relegato sullo sfondo quella cultura egualitaria che l'aveva permeata a partire dagli anni settanta e che aveva permesso proprio alla "magistratura senza carriera" di rispondere alle domande di giustizia di larghi settori della società e di reggere l'urto terribile della criminalità terroristica e mafiosa.

E però, nel dialogo intrattenuto in diverse forme con il Giudice delle leggi e più in generale con le Corti supreme, l'eguaglianza dei giudici e la cultura che l'alimenta hanno conservato intatto vigore e vengono costantemente ribadite, offrendo frutti fecondi.

I saggi degli autorevoli studiosi che hanno accettato l'invito di *Questione giustizia* a dar vita a una riflessione corale sulla giurisdizione costituzionale

1. Le citazioni in corsivo nel testo sono tratte da un intervento del 1996 che ora si può leggere nel testo scritto G. Borrè, *Pesi e contrappesi: gli istituti di garanzia*, in questa *Rivista online*, 4 ottobre 2016, www.questionegiustizia.it/articolo/pesi-e-contrappesi_gli-istituti-di-garanzia_04-10-2016.php, tratto da L. Pepino (a cura di), *L'eresia di magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, *Quaderni di Questione giustizia*, Franco Angeli, Milano, 2001.

mostrano quanto questa dialettica tra giudici sia divenuta sofisticata e complessa, arricchendosi via via di inedite potenzialità ma anche caricandosi di sempre nuove tecnicalità.

Come è sin troppo noto, lo scarno modello teorico della decisione del giudice costituzionale, legislatore negativo che reagisce «*alla cognizione della incostituzionalità di una legge con un atto che corrisponde come* actus contrarius *alla fattispecie incostituzionale della produzione della norma, cioè con l'annullamento della norma incostituzionale*»[2] ha progressivamente ceduto il posto a una ricca panoplia di schemi decisionali della Corte, oggetto di classificazioni che, per quanto accurate, si rivelano continuamente bisognose di nuovi aggiornamenti.

L'ampiezza dei moduli di intervento della Corte costituzionale coincide con una sua più ampia discrezionalità?

Ne scaturisce una più intensa e incisiva attitudine ad assumere un ruolo politico e a interloquire con la politica?

Su questi temi i contributi di studio raccolti in questo numero monografico offrono – gettando lo scandaglio nella giurisprudenza recente e meno recente della Corte – risposte di estremo interesse proprio perché tutt'altro che uniformi.

Così come è viva la discussione sulle strategie di comunicazione adottate dal Giudice delle leggi e sulle innovazioni che consentono ai soggetti portatori di interessi collettivi o diffusi di presentare alla Corte opinioni scritte e l'ascolto, da parte del giudice, di esperti di chiara fama.

Ma accanto alle "novità" e alle "variabili" sta una "costante" che corre lungo tutta la storia del rapporto tra giudici e Corte costituzionale.

La dialettica tra queste due istituzioni poggia, oggi come ieri, su comuni fondamenta: la peculiare politicità della funzione giurisdizionale, sia essa ordinaria o costituzionale; la necessità che il suo esercizio avvenga in condizioni di indipendenza e terzietà; la maggiore o minore ampiezza della discrezionalità a seconda della precisione o indeterminatezza dei quadri normativi di riferimento.

Attingendo di nuovo a Kelsen, che tali caratteri ha teorizzato con dovizia di argomenti, si può sottolineare che – agendo come risolutori di conflitti di interessi o di potere che hanno assunto la forma di controversie giuridiche – il giudice comune e quello costituzionale emettono sentenze nelle quali è sempre presente «*una dose di esercizio del potere*», un elemento di decisione, profondamente diverso nell'ampiezza degli effetti ma simile nella sua qualità.

Così che, se «*la funzione di un tribunale costituzionale ha un carattere politico assai più marcato di quella degli altri tribunali* (...) *ciò non significa che non si tratti di un tribunale, che la sua funzione non sia giurisdizionale e tanto meno che questa funzione non possa essere affidata ad un organo dotato dell'indipendenza giudiziaria*»[3].

3. È stato in forza della condivisa posizione di indipendenza e di un esercizio consapevole della diversa "politicità" delle loro funzioni che i giudici comuni e il giudice costituzionale hanno potuto attraversare la storia tumultuosa del Paese intessendo un colloquio fitto e produttivo e contribuendo, nelle diverse fasi della vita repubblicana, a far vivere principi di libertà, di solidarietà sociale, di rispetto della dignità di ogni persona, di democrazia.

Oggi, uno degli interlocutori – la magistratura ordinaria – è ad un passaggio estremamente difficile e tormentato della sua esistenza.

Da una crisi che – stando ai fatti accertati – ha riguardato principalmente l'amministrazione della giurisdizione e non la giurisdizione stessa, si tenta di estrarre artificiosamente una narrazione di segno diverso: la storia di una giustizia manipolata e orientata a fini politici, propensa all'aggressione di presunti avversari politici, dominata da trame tessute in segreto da pochi oligarchi.

Una narrazione infedele ma suggestiva e carica di pericoli, amplificata da megafoni interessati e strumentalmente utilizzata per portare l'ennesimo assalto all'assetto del giudiziario voluto dal Legislatore costituente.

Il limpido rapporto dei giudici comuni con la Corte non è, ovviamente, neppure sfiorato da questi clamori e da queste miserie.

Ma è altrettanto certo che la magistratura ordinaria deve rapidamente recuperare il suo equilibrio e ripristinare la fiducia e l'autorevolezza incrinate, per svolgere con la necessaria serenità tutte le sue funzioni tra cui quella, delicatissima, di dubitare della legge sollevando questioni di costituzionalità.

Mentre chiama studiosi e magistrati all'esame approfondito del campo di problemi propri della giurisdizione costituzionale, una Rivista promossa da magistrati sa anche che la magistratura dovrà scrutare a fondo in se stessa per salvaguardare le condizioni – di correttezza, di trasparenza, di indipendenza – che la mantengano all'altezza dei compiti che la Costituzione le assegna.

Nello Rossi

Gennaio 2021

2. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 257

3. *Ivi*, pp. 242-243.

Introduzione
La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro

di *Marco Bignami*

1. *Quantum mutatus ab illo*! Il marziano di Flaiano (impratichitosi con il latino e, in ipotesi, raffinato costituzionalista) non potrebbe che avvertire una vertigine, se, ripiombato suo malgrado sul pianeta Terra, ponesse a raffronto ciò che la Corte costituzionale avrebbe dovuto essere nel pensiero di chi le diede forma, con ciò che essa è in effetti divenuta. Lo stordimento non sarebbe poi meno acuto, ove il primo termine di raffronto fosse offerto non dalle suggestioni teoriche degli anni cinquanta del Novecento, ma dalla giustizia costituzionale "vivente" agli immediati esordi del XXI secolo.

A dire il vero, anche quest'ultima, infatti, emana un odore piuttosto rancido, se paragonato al seducente profumo che il Palazzo della Consulta sprigiona nell'etere romano, a partire dai nuovi, rutilanti comunicati stampa con cui si ama presidiare le edizioni serali del telegiornale.

La Corte, negli ultimi vent'anni, ha offerto agli studiosi molte novità sulle quali riflettere.

Il processo costituzionale, anziché saldo ancoraggio della nave al porto, è stato sufficientemente duttile per lanciare nuove imprese di conquista: dall'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale maturate nel solco di giudizi *a quibus* di mero accertamento del diritto (con buona pace dell'incidentalità, perlomeno nella sua versione più rigorosa: sentenza n. 1 del 2014), alla modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento (fino a escludere il processo *a quo* dal relativo beneficio: sentenza n. 10 del 2015), passando per un caso di affermata rilevanza della questione, pur contestuale alla mancata sospensione del giudizio principale (sentenza n. 180 del 2018).

Il Legislatore, pigramente acquattato sull'eco di moniti canzonatori quanto certi termini del processo civile, si è dovuto bruscamente risvegliare al suono delle incostituzionalità accertate, ma non dichiarate (sentenza n. 23 del 2013), e, soprattutto, delle ordinanze a incostituzionalità differita (ordinanza n. 207 del 2018), con le quali la Corte gli assegna un termine per rimediare a una già acclarata illegittimità, e lo avverte che, in caso contrario, ci penserà il giudice costituzionale (tanto più che le rime obbligate son divenute stantie, e persino Debussy è in odore di conservatorismo musicale).

I giudici comuni si erano appena avvezzati all'idea di dover imprimere alla legge un significato conforme a Costituzione, prima di adire la Corte, che, ecco, le cose non sono più così nette, perché, ogni qual volta l'interpretazione conforme richieda un certo sforzo di elucubrare, vien detto loro che non si deve esagerare con il peccato di orgoglio intellettuale, e che, insomma, è la Corte a dover dichiarare le incostituzionalità, alle quali solo una esegesi "difficile", e dunque preclusa, potrebbe altrimenti porre rimedio (sentenza n. 22 del 2017).

Nel frattempo, inventata e poi integrata una teorica del rapporto con le fonti del diritto internazionale (le sentenze gemelle), la Corte ha approfittato dell'insperata breccia aperta a Lussemburgo nel muro dell'effetto diretto del diritto dell'Unione per ribaltare niente meno che l'assetto di compromesso raggiunto in punto di doppia pregiudizialità (sentenza n. 269 del 2017), simulando poi di essere addivenuta a più miti consigli, per continuare in realtà, e alacremente, ad allargare la crepa, dalle norme materialmente costituzionali della Carta di Nizza, fino alle fonti unioniste di diritto derivato (sentenza n. 20 del 2019).

2. Tutto ciò, e i molti altri fattori convergenti di cui danno così bene conto gli Autori che hanno offerto la loro preziosa collaborazione a *Questione giustizia*, potrebbero indurre i maliziosi a domandarsi (c'è in effetti chi in sostanza se lo è già chiesto, sia pure con

una raffinatezza intellettuale ben superiore) se la Corte costituzionale non sia in procinto di divenire essa stessa di dubbia legittimità costituzionale, perché troppo distante da ciò che si voleva fosse, o da ciò che aveva mostrato di essere nel primo quarantennio di vita, o, più semplicemente, da ciò che i commentatori desidererebbero che fosse.

Ma si rifletta: forse che il giudice costituzionale *fin de siècle* (XX) ricordava davvero un augusto consesso di tecnici del diritto chiamati a superare la presunzione di costituzionalità di una legge (c'era chi ragionava così, all'inizio!), aprendo vuoti che il legislatore avrebbe poi prontamente colmato?

La intransigente ortodossia con la quale oggi si stigmatizza l'effervescenza culturale della giurisprudenza costituzionale non suona meno severa dei moniti preoccupati che, fin perlomeno agli anni settanta del secolo scorso, venivano lanciati contro le decisioni manipolative, a volte proprio da autori che, divenuti in seguito giudici costituzionali, vi avrebbero in quella veste ampiamente fatto ricorso.

E che dire degli ulteriori fattori di presunta crisi del cosmo costituzionale?

Il processo innanzi alla Corte è sempre stato di impalpabile consistenza, a fronte della necessità di graduare le decisioni sul merito delle questioni, al punto che esso venne riscoperto quale tema di indagine nei soli anni novanta del XX secolo, per poi essere riposto nel cassetto della *realpolitik* costituzionale.

Chi ancora rammenta, poi, le vibranti polemiche sui primi interventi di manipolazione degli effetti temporali delle pronunce di accoglimento, vecchie di circa trent'anni? E la denuncia di invadere gli spazi concessi alla discrezionalità legislativa, mediante le sentenze additive "che costano", come si diceva allora delle decisioni foriere di un incremento della spesa pubblica?

Quanto al rapporto con i giudici comuni, esso è sempre stato un pendolo oscillante, dalle politiche di promozione del valore dell'incidente di legittimità costituzionale, agli albori della Corte, fino alla più rigida chiusura dei canali di accesso durante la presidenza Saja, e oltre, quando le pronunce costituzionali superavano il migliaio e vi era necessità di porre un freno. Né le additive di principio, anch'esse risalenti ormai a decadi fa, appaiono meno innovative delle ordinanze a incostituzionalità differita, per il duplice verso del rapporto con il legislatore, e con i tribunali chiamati a condurle a compimento.

La stessa più recente posizione nei confronti delle Corti internazionali continua a riflettere l'approccio dualista del nostro giudice costituzionale, che non si è certo formato ora.

Termini e condizioni perché la giurisprudenza Edu si imponga sui poteri interpretativi del giudice sono decisi dal nostro ordinamento costituzionale, e non a Strasburgo (sentenza n. 49 del 2015). L'assetto compromissorio seguito a *Granital* era pur sempre un elegante impiego alternativo della giustizia costituzionale (il difetto di rilevanza delle norme contrarie al diritto Ue direttamente applicabile), buono finché si è trattato di regolamenti sulla etichettatura delle merci; meno utile, invece, quando il diritto unionista si è allargato alla sfera delle libertà fondamentali, sulle quali si edifica una comunità politica.

Insomma, come in quel famoso racconto di Borges, la Corte ha saputo, nel corso del suo lungo percorso, imboccare così tanti sentieri che si biforcano, che la storia della giustizia costituzionale davvero potrebbe apparire il frutto di una fantasia narrativa deviata. Ma, non appena svelata la finzione borgesiana, si capisce che vale il contrario. Molte vite sono state possibili, perché vi è una sola identità del giudice costituzionale, che ha saputo popolarle tutte.

3. La faccenda è perciò più complicata di quanto voglia credere chi limita la propria indagine agli ultimi, tumultuosi anni di esperienza giurisprudenziale.

Il fatto è che la Corte, una volta iniziato a camminare per i sentieri di cui si è detto, non ha mai smesso. Ed è solo una questione di punti di vista credere che sia stata la Corte a evolversi, ovvero che sia stata la Costituzione repubblicana a svilupparsi, insieme con la comunità sociale che essa ordina, ma dai cui stimoli è al contempo continuamente arricchita.

Alla fine, il punto è proprio questo, ovvero che idea si abbia delle carte costituzionali. Se esse siano una congerie di disposizioni più o meno articolate, ovvero, piuttosto, un corpo vivente, le cui ambizioni programmatiche, e i cui enunciati a formula linguistica aperta, ambiscono a crescere unitamente al corso della storia e alle aspirazioni ideali degli individui e delle formazioni sociali che ne sono protagonisti.

È solo per questa ultima strada, ovviamente, che una Costituzione può, pur con tutta la precarietà delle cose umane, proporsi di conseguire l'obiettivo che le è di natura proprio, ovvero di proiettarsi per un tempo che si vorrebbe infinito (che, anzi, si presuppone infinito, quando si dà corso alla volontà di costituzionalizzare). Ché, altrimenti, lo sfilacciamento che il tempo impone alle più solide delle nostre realtà non potrebbe risparmiare i concetti costituzionali.

Se, dunque, la Costituzione si muove insieme con la società, allora la Corte costituzionale, che ne è il custode giudiziario per eccellenza, non può che seguirla. Basti pensare a quanti, tra gli strappi che pure sono stati a prima vista inferti alla trama del processo costituzionale, non siano che mezzi necessari per impedire al mondo di perire inseguendo la giustizia, così riflettendosi in essa l'eco di una concezione filosofica

del tutto rinnovata dei rapporti tra esigenze ordinamentali astratte e vicende individuali.

Del resto, dalle nostre parti non ha mai trovato non si dice adesione, ma alla fine neppure seria considerazione, quella dottrina sciocca che negli Stati Uniti prende il nome di originalismo, e in base alla quale, ad esempio, se la pena di morte non appariva ripugnante a Filadelfia nel 1787, allora si è tenuti a prenderla ancora per accettabile a Washington nel 2021. Certo, non può sfuggire che queste bizzarre idee sono un mezzo per soffocare "da destra" gli spazi di manovra della Corte suprema, che è del tutto legittimo reputare a volte troppo ingombrante per i processi di integrazione politica, anche "da sinistra". Ma, anche stavolta, con ciò si intende alla fine pietrificare la Costituzione e inchiodarvi le società che, per i conservatori, cambiano pericolosamente volto, a riprova che non è mai del tutto chiaro se il movimento, o la stasi, siano del giudice costituzionale, o piuttosto della Carta che quest'ultimo è tenuto ad applicare.

4. Negli Usa la Corte suprema è da sempre oggetto di contesa politica. Qui non si tratta davvero di schierarsi con la conservazione piuttosto che con il progresso. All'"avvocato" Nixon, temuto da Dworkin e sbeffeggiato proprio nella sua veste di leguleio da Philip Roth, si può senz'altro accostare su questo piano il padre del *New Deal*, con quel suo "*court-packing*" (l'incremento dei membri della Corte suprema per diluirne il tasso di conservatorismo), il rigetto del quale Acemoglu e Robinson, in un fin troppo fortunato *best-seller*, considerano come il segno della tenuta della liberal-democrazia. E vi è l'astuzia della storia nella circostanza che, dopo l'ennesima nomina trumpiana di un *Justice* ultra-conservatore, quella stessa democrazia liberale pare stia pensando di nuovo a una soluzione analoga, posto che il neo-Presidente Biden si è ben guardato dall'escluderla nella campagna elettorale del 2020.

Ciò che è rimarchevole è che, nei confronti della nostra Corte costituzionale, nel complesso e superate le invettive di Nitti in Assemblea costituente, nessuno abbia davvero preso sul serio un tema che invece continua a essere proprio, pur senza divenire maggioritario, del miglior pensiero *liberal* (non conservatore!) nord-americano (si pensi a Walzer), ovvero la supposta incompatibilità teorica degli istituti di giustizia costituzionale con la democrazia politica. Evidentemente, sulla sensibilità di giuristi e politologi non può che incidere pesantemente il trascorso storico. Chi ha vissuto e conserva nella propria memoria identitaria la tragedia novecentesca del tracollo della democrazia parlamentare, per mano di quegli stessi Parlamenti che avrebbero dovuto proteggerla, non può porsi sullo stesso piano di chi appartiene a comunità che ne sono scampate.

Nella vecchia Europa squassata dai totalitarismi, allora, i problemi che i giudici costituzionali possono porre a fronte del primato democratico non sono mai qualitativi, ma sempre *quantitativi*. Una volta che si ammette, senza troppi indugi e distingui, che una legge può cadere a colpi di sentenza, il dado è tratto. Si tratterà, insomma, di dividersi sui limiti auspicabili all'intervento in concreto di una Corte costituzionale, e non sulla consustanzialità di quel potere in astratto con la democrazia.

5. Ma, si dirà a questo punto ritornando al Poeta, *est modus in rebus*! Sarà anche vero, insomma, che si discute di quantità, anziché di qualità, ma resta assodato che una giurisprudenza creativa oltre ogni limite sfocia in una sorta di inaccettabile cesarismo giudiziario.

A chi scrive non sembra che sia così, per quanto concerne la vicenda storica della nostra Corte costituzionale, per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, non bisogna mai dimenticare (si riprende qui l'esca che si è lanciata nei paragrafi precedenti) che la nostra Corte ha un corpo kelseniano, ma lo spirito non ha mai cessato di confrontarsi con le obiezioni che alla materia venivano opposte da Schmitt, in quell'antico, ma ancora fecondo confronto di idee.

Giudicare della compatibilità di una norma con un'altra, senza l'ausilio di un linguaggio formalizzato, è altra cosa dall'applicare una certa disposizione normativa a un certo fatto della vita. Affermazione che la Corte ha sempre avuto presente non per cedere, come avrebbe desiderato Schmitt, allo scetticismo implicito nella denuncia di inevitabile arbitrarietà, quanto, piuttosto, per correggere l'astrazione del giudizio di validità/invalidità normativa con il prepotente ingresso del fatto nello scrutinio di costituzionalità. Il caso della vita che si va a regolare, nonché l'impatto della decisione sugli interessi sociali compositi che essa sottende, sono un forte fattore di *pre-comprensione à la* Gadamer, perché indirizzano l'interprete su un percorso tutt'altro che vergine.

Se, dunque, la Corte allarga il proprio sindacato alle zone franche dell'ordinamento; ovvero sottrae certe fattispecie agli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità; o ancora impiega con disinvoltura le competenze legislative esclusive dello Stato nel contenzioso con le Regioni, tutto ciò non accade per capriccio (al netto, ovviamente, di eventuali incidenti di percorso, che sono pur sempre possibili nelle vicende umane, e che è giusto compito della dottrina sottolineare e castigare).

Ma vi è poi un'ulteriore ragione, ancora più forte. Bisogna sempre tener presente che la Corte non è una solista, ma canta nel coro. Insomma, l'idea dell'intangibilità del giudicato costituzionale, con il quale la

Corte si porrebbe al vertice dell'ordine costituzionale, pare piuttosto ingenua.

Se vi è una spiegazione del perché, salvo sporadici casi, il nostro giudice costituzionale non è mai stato oggetto di una vera e propria discussione politica sul ruolo che esercita nell'ordinamento, essa è tutt'altro che estranea alla capacità dell'organo di imporsi un *self-restraint*, ovvero all'intuito che lo conduce a sapere quando è necessario fermarsi. Altrimenti, senza una tale sentimento di essere la parte di un tutto complesso, e disarticolato in rapporti che non sono mai di pura propensione egemonica (o, peggio, di formale gerarchia), tutto sarebbe perduto (narra E. Tarle che la *House of Lords*, all'inizio del XX secolo, intralcia pesantemente le politiche del Governo liberale di espansione della spesa pubblica, valendosi di un regime di bicameralismo paritario; poi, innanzi alla minaccia di essere infiltrata da una valanga di nobiluomini progressisti, cede, si suicida e si degrada spontaneamente a organo dotato di un mero potere di interdizione temporanea delle leggi: un "*Parliament-packing*" obliato dalla storia, ma che i costituzionalisti non dovrebbero mancare di rammentare). I rapporti di forza, anche nelle democrazie, sono fattori di reciproco temperamento, persino al di là dell'effettivo esercizio di un'attribuzione costituzionale.

Insomma, il cesarismo porta frequentemente alle Idi di marzo, ma nessuno può seriamente sostenere che la nostra Corte si sia finora esposta a questo pericolo. Perché, alla fine, con il trucco e con la mimica di un procedimento di revisione costituzionale non particolarmente gravoso, le stesse sentenze costituzionali possono essere superate. E, anzi, ciò è già successo con la riscrittura dell'art. 111 Cost. (per introdurvi a forza le regole del processo penale accusatorio, alle quali la Corte continuava a opporre il principio costituzionale del dovere di accertare la verità).

6. Allora, l'onestà intellettuale esige di riconoscere che la complicata vicenda della relazione tra Corte e potere legislativo, che oggi sembra ai più subire una torsione forzosa a vantaggio della prima, cangia di colore, a seconda del punto di vista dell'osservatore.

Certamente, le ordinanze a incostituzionalità differita hanno più presa di un monito (almeno, sulla comunità dei giuristi, visto che il Parlamento si ostina a ignorare le prime e i secondi con uguale determinazione). Ma chi dice che esse siano l'alternativa al rifiuto di dire giustizia costituzionale con una pronuncia di inammissibilità, anziché alla scelta, ben più consona al ruolo primigenio di tutte le corti costituzionali, di dichiarare una illegittimità costituzionale, aprendo un vuoto nell'ordinamento? È la Corte di oggi che si annette prerogative non sue, o non era piuttosto quella di ieri che rinunciava a una fetta del potere pubblico che la Costituzione le appalta?

Quanto, poi, al declino delle rime obbligate, non si può trascurare che la soluzione introdotta di volta in volta dalla Corte, per supplire alla carenza di una disciplina applicabile a seguito della declaratoria di incostituzionalità, è solo un ponte provvisorio tra il vuoto che si crea in via giudiziale e il pieno che compiutamente il legislatore è pur sempre titolato a realizzare. In altri termini: la Corte trova una disciplina, la più armonica nel sistema per permettere all'ordinamento di regolare una certa fattispecie, ma si guarda bene dall'irrigidirla con i crismi di quanto è costituzionalmente obbligato. Le Camere ben possono intervenire subito per trovarne un'altra, che esse semplicemente preferiscono nell'esercizio di una piena discrezionalità legislativa. Se un tale modo di decidere investe con la pronuncia di illegittimità discipline che un tempo si sarebbero salvate dalla scure, al contempo esso rinuncia alla finzione della soluzione costituzionalmente obbligata per i casi in cui la Corte non riteneva possibile tollerare l'incostituzionalità, ma finiva poi per ingessare l'ordinamento, dicendo troppo rispetto a quanto minimamente dovuto per rimediare al vizio. Uno spazio si chiude per il legislatore, un altro gli si può aprire, seguendo quello stesso ragionamento.

7. Attivismo e deferenza sono espressioni linguistiche contestate, ma, se anche le si vuole estrapolare dal mondo del diritto per consegnarle al dominio della psicologia comportamentale, in ogni caso colgono il grado di auto-percezione che un giudice costituzionale ha di sé, quale parte di un sistema istituzionale a sovranità diffusa.

È noto che il dibattito sull'opportuno grado di *modesty* giudiziaria si è dipanato lungo l'asse privilegiato del rispetto, più o meno intenso, dello spazio proprio dei decisori politici. Eppure, la partita schiera più giocatori sul campo. Se il tema principale attiene all'identificazione di chi abbia il compito di specificare il significato dei diritti fondamentali, allora il circuito tradizionale tra giudice costituzionale e legislatore non può non tenere in conto l'infiltrazione che vi apportano sia i tribunali comuni, sia le Corti sovra-nazionali.

Una volta preso atto di un certo grado di impotenza in capo alla stessa Corte costituzionale nel garantire l'effettività delle proprie decisioni sui diritti, ci si accorgerà che attivismo e deferenza chiamano in causa non soltanto la relazione Corte/Parlamento, ma l'intera "fabbrica delle interpretazioni", attraverso la quale una certa regola verrà a definire una fattispecie concreta nell'ordinamento.

Le sentenze interpretative di rigetto hanno una forza che è pari non all'autorità, ma alla sola autorevolezza del giudice che le pronuncia.

La dottrina del diritto vivente, a fronte della iniziale pretesa di reinventare l'interpretazione a Palazzo della Consulta, è un *self-restraint* che mostra deferenza verso il potere giudiziario, allo scopo di implementare quella stessa autorevolezza, e di sottrarsi a "guerre tra corti" dalle quali, storicamente, non si può dire che il giudice costituzionale sia mai uscito bene.

Se, da un lato, la nuova dottrina dell'interpretazione conforme alleggerisce il ruolo creativo del giudice comune, dall'altro lato la Corte si mostra impotente a governare l'attivismo verso il Parlamento, se non attraverso la collaborazione con le giurisdizioni.

Già le additive di principio, o di meccanismo che siano, non portano da nessuna parte, se non vi è un qualche tribunale disposto a dar corso al principio o al meccanismo.

Ma si pensi, poi, al tema, sempre più frequente, del deperimento degli automatismi legislativi: quando la Corte colpisce una regola generale e astratta, il cui vizio risiede proprio nell'indifferenza opposta alle sfumature della fattispecie concreta, è ovvio che, *per la contradizion che nol consente*, non sia permesso somministrare altra regola di pari generalità e astrattezza, ma tutt'al più un principio, dal quale le regole andranno cavate a colpi di sentenze del giudice comune.

Se si erodono spazi a scapito del legislatore, insomma, se ne debbono cedere a favore dei tribunali, come se l'equilibrio complessivo del sistema mostri intolleranza verso la supremazia, ed esiga una sintesi tra acquisizioni e cessioni di sovranità.

8. Il punto più eclatante di un simile rapporto bi-direzionale nei confronti del potere giudiziario è mostrato dal ripensamento della doppia pregiudizialità comunitaria.

Certamente, imboccando questa via la Corte si pone al centro della scena, a fronte del pericolo di una marginalizzazione del proprio ruolo di custode dei diritti fondamentali, per effetto del dialogo alternativo tra giudice comune e Corte di giustizia. Ma, dopo un primo tentativo, all'apparenza inteso a riformulare le coordinate dell'incidente di legittimità costituzionale così da renderne cogente la primazia, almeno temporale, sul rinvio pregiudiziale e sulla non applicazione della norma nazionale incompatibile, la Corte ha presto ripiegato sulla flessibilità procedimentale, in definitiva auspicando che i tribunali la preferiscano, ma ammettendo la propria impotenza a impedire l'inversione della gerarchia a favore del collega lussemburghese. E come potrebbe essere altrimenti? Appare infatti perlomeno improbabile che la Corte di giustizia, investita di un rinvio pregiudiziale in tema di diritti fondamentali, lo dichiari inammissibile a causa del mancato, previo esperimento della via dell'incidente di legittimità costituzionale.

Mentre la Corte può con facilità imporre una certa struttura al sistema delle fonti, fino a quando esse sono nazionali e non poggiano su di un regolamento di competenza con corti internazionali, al contrario la partita si complica in quest'ultimo caso. Infatti, se il giudice comune può porsi in un rapporto diretto con la Corte sovra-nazionale, e se in questo rapporto volto a definire un caso giudiziale la Corte costituzionale non può entrare, allora il *surplus* di legittimazione che deriva dall'appoggio conseguito nel Lussemburgo, e l'effettività della decisione giurisdizionale possono davvero tagliare fuori il Giudice delle leggi.

Queste condizioni, perlomeno finora, non concernono la Cedu, ove, in carenza di tale filo diretto (e nell'attesa infinita del Protocollo addizionale n. 16), è agevole per la Corte imporre un certo assetto, che riflette il celebre "*predominio assiologico della Costituzione*". Invece, quanto al diritto dell'Unione, tutto ciò che è stato consentito al supposto cesarismo giudiziario della Corte è riposto nel periglioso abbandono del sistema delle fonti (con le conseguenti rigidità in termini di gerarchia e competenza), per abbracciare un'ermeneutica valoriale del caso concreto, tutta affidata alla collaborazione dei tribunali. Se questi ultimi si convinceranno ad adire la Corte per prima, la questione di costituzionalità sarà decisa: è tutta qui la grandezza e la miseria del nuovo corso sulla doppia pregiudizialità!

Ci si permetta di ricordare che chi scrive, nel 2008, era, confusamente, tra chi aveva temuto che la convergenza sul medesimo caso di plurime fonti del diritto internazionale, in quanto mediate direttamente da Corti *ad hoc*, avrebbe potuto comportare l'esito, non proprio auspicabile, che il giudice comune finisse per esprimere una sua scelta assiologica tra ordinamenti, andando a pescare la regola del caso nelle acque che gli fossero sembrate più dolci, chiare e fresche. Non si è troppo lontani dal vero nel dire che quel presentimento rischia di divenire realtà.

Per il nostro discorso di oggi, in ogni caso, ciò che conta è ancora una volta l'evidente compensazione che la Corte costituzionale ha dovuto accettare tra l'istanza centripeta che coltiva, e la cessione parziale, ma dolorosa, del proprio ruolo di dominatore del sistema delle fonti, indulgendo sulla virtù della *souplesse*, ma ritraendosi, parallelamente, dal compito di indicare regole strette di risoluzione delle antinomie.

9. Del resto, anche il rapporto con le Corti europee mostra margini di ambiguità. Il nostro giudice costituzionale ha rivendicato con successo sia la primazia nel definire le condizioni di ultrattività

(rispetto al *decisum* concreto) delle pronunce della Corte Edu, sia la cogenza dei principi supremi dell'ordine costituzionale a fronte non soltanto del diritto Ue direttamente applicabile, ma persino degli arresti giurisprudenziali con cui esso è enunciato dal suo interprete naturale (i celeberrimi casi *Varvara* e *Taricco*, entrambi risolti alla fine dai colleghi europei come si desiderava a Roma).

Tuttavia, si tratta della medesima Corte costituzionale che, pochi anni prima, aveva deciso di rinunciare al solipsismo, consegnandosi al laccio del rinvio pregiudiziale, con il quale certamente si veicolano istanze nazionali nel processo decisionale europeo, ma al contempo si ammette che un segmento della fattispecie costituzionale venga ricostruito altrove, e in forza di parametri concorrenti con quelli interni (ordinanza n. 182 del 2020).

Persino il famoso scostamento da una pronuncia della Corte internazionale di giustizia (sentenza n. 238 del 2014) cela l'intento di tornare a contribuire all'evoluzione del diritto internazionale generale in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione, posto che la decisione si apre sagacemente con il ricordo dell'apporto che la giurisprudenza italiana diede alla ridefinizione di quell'immunità agli inizi del XX secolo, anche allora *contro* quanto ritenuto dalla comunità internazionale.

Nel contesto che si è appena ricordato, ove le corti superiori si contendono i favori dei giudici comuni, ciò che pesa non è tanto la prova di forza, ma la capacità di persuasione esercitata sui tribunali internazionali, perché soltanto la convergenza conclusiva verso regole condivise può salvare dal caos interpretativo.

Le ordinanze di rinvio pregiudiziale della nostra Corte, e con esse l'alternanza tra blandizie e severità mostrata verso Strasburgo (ben più le prime, che la seconda) sono scritte (basta leggere l'ordinanza n. 24 del 2017) con un manuale di *ars rhetorica* tra le mani. E bisognerà anche accettare l'idea che, come accadde ai tempi di *Granital*, il passo indietro possa toccare al giudice costituzionale, se l'opera di persuasione dovesse fallire in altre occasioni.

10. La coralità dello spartito costituzionale, in definitiva, ridimensiona assai l'allarme per i pretesi sconfinamenti della Corte, anche se, naturalmente, questo non vuol dire che ogni novità della giurisprudenza costituzionale debba essere accettata come verbo rivelato. Ché, anzi, una critica dottrinale non animosa e preconcetta, ma puntuale e serrata non è l'ultimo dei fattori di cui la Corte deve tener conto, prima di insistere su di una certa linea decisoria, ovvero di rinunciarvi. È vero, infatti, che lo slabbramento degli ordinamenti giuridici (un riflesso forse inevitabile del weberiano disincanto del mondo, prima ancora che dell'affermazione dello Stato sociale) rende talvolta rapsodica la stessa giurisprudenza costituzionale, costretta ad adattarsi alle pieghe dell'universo. E, allora, non ogni pronuncia annunzia la capitolazione del mondo che conosciamo. Fino a quando la novità non si consolida, c'è spazio e modo per recuperare la forma originaria delle cose.

La giustizia costituzionale è oggi, almeno in parte, il terreno di questa sperimentazione, che chiama in causa non soltanto la Corte, ma con essa tutti gli altri protagonisti della vita pubblica del Paese, nei loro reciproci rapporti.

11. Tra le parti con le quali si confronta la Corte, l'odierno numero di *Questione giustizia* ha voluto ricomprendere l'opinione pubblica, verso la quale il giudice costituzionale ha aperto, negli ultimi anni, più di un canale di ascolto.

Certamente, è un tema di riflessione molto delicato, perché il giudizio costituzionale, non differentemente da ogni altro, non può cercare altra legittimazione che non sia la garanzia che si renda giustizia, applicando le disposizioni pertinenti.

Tuttavia, si deve anche riconoscere che la Corte esercita una giurisdizione dal taglio peculiare, ove è continua la verifica dei bilanciamenti che il legislatore ha operato tra principi confliggenti, specie nel campo dei diritti fondamentali. E questi ultimi, a propria volta, non sono recintati nel modo trascendente delle idee chiare e distinte, ma crescono in un "catalogo aperto", incessantemente nutrito dai rinnovati bisogni vitali delle persone, materiali o ideali che essi siano. Se davvero, come si crede fortemente, la Costituzione si evolve insieme con la società che essa vuole ordinare per un tempo indefinito, allora la ricezione della domanda di giustizia che proviene da quest'ultima non può trovare innanzi a sé un giudice del tutto sordo.

Chi scrive non reputa dubbio che, nel processo di emersione dei nuovi diritti, il legislatore abbia un primato che è imposto dalla sua ontologica corrispondenza alla qualità della nostra democrazia, nonché dal fatto che con esso si riflette la superiorità tecnocratica del Parlamento sulle corti, quando si tratta di enunciare il diritto (il primo lo crea, le seconde lo dichiarano, ma entrambi debbono poi veicolarlo in proposizioni intellegibili, di immediata conoscibilità, legate da un'intrinseca coerenza).

Nel primo senso, chi, più delle Camere rappresentative, è legittimato a prendere in carico la maturazione nel corpo sociale di aspettative di tutela, che non è più possibile procrastinare? Nel secondo, non è pensabile che una sentenza abbia spalle altrettanto robuste che una legge, sia nella preliminare acquisizione di tutti gli elementi utili a decidere sui diritti (il famoso argomento di Bickel); sia nella effettiva elaborazione

linguistica di precetti altamente correlati ad altri, in un sistema relazionale assai ricco e difficilmente dominabile per mezzo di un dispositivo giudiziario; sia, anche, nella capacità di far penetrare quel diritto in una coscienza sociale ove esso può restare controverso, fino a quando non riceva il crisma di legalità che gli proviene dalla volontà legislativa.

Non si costruisce, insomma, la galassia dei diritti senza un legislatore, e perché tale operazione sarebbe profondamente anti-democratica, e perché, più semplicemente, essa apparirebbe destinata a un nuovo, fatale *big bang*.

Se tutto questo resta vero, ugualmente vi è un punto, oltre il quale l'inerzia del legislatore non può essere ulteriormente tollerata. Come nelle struggenti ultime pagine del *Tonio Kröger*, ove i protagonisti «dagli occhi azzurri» si affollano innanzi al futuro narratore e reclamano vita, così processi storici sempre più rapidi nelle fluide società contemporanee si prestano ad arricchire le valvole aperte della Costituzione con diritti, la cui ricognizione diviene, alla fine, inevitabile.

Se un vantaggio hanno le corti su questo piano, è che esse vengono a contatto con episodi della vita così impregnati di realtà (verrebbe da dire, di ordinaria quotidianità), da non poter sfuggire all'attenzione, per i profili che sollecitano una risposta di giustizia (costituzionale). Il legislatore può inizialmente restare indifferente; poi, attardarsi, anche per lungo tempo. Moniti, inammissibilità, differimenti o prospettazioni di incostituzionalità che dir si voglia, riconoscono la legittimità dell'indugio, ma non oltre un certo limite.

Va concesso che, specialmente nel campo della bioetica, il limite sia particolarmente largo. Dunque, «*il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre* (...) *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*» (sentenze nn. 230 del 2020 e 84 del 2016). Ma se la «*coscienza sociale*» si evolvesse fino al punto da rendere palesemente residuale ogni altra opzione che non sia l'attribuzione del diritto (persino il divorzio, negli anni settanta, restava controverso), fino a quando un giudice costituzionale, innanzi alla ostinazione del legislatore, potrà fingere di non udire?

L'alternativa tra legalismo e costituzionalismo si rende meno drammatica, se la questione viene posta in termini di priorità (anche temporale), ovvero di integrazione, piuttosto che di reciproca esclusione. Tra le virtù di una buona Corte costituzionale, vi è certo quella di saper ben cogliere il *timing* dei propri interventi. Molte, tra le novità dell'ultimo corso della giurisprudenza costituzionale, sono una manifestazione di tale attitudine.

12. Proiettandosi oltre le proprie mura, la nostra Corte ascolta e viene ascoltata.

Lasciandosi ascoltare, essa si propone verosimilmente di rafforzare la propria capacità di presa sulla comunità, e in definitiva il grado di effettività delle proprie pronunce, pur dovendosi dare atto ai più critici che, anche in questo campo, è sempre questione di misura.

Quanto alla recente modifica delle norme integrative, che ammette gli *amici curiae* nel processo incidentale, non pare del tutto convincente né esaltarne la funzione, né temerne gli esiti. Se micro-interessi corporativi dovessero filtrare nel giudizio costituzionale, è improbabile che ciò avvenga con il deposito di brevi note d'udienza. D'altro canto, acquisire punti di vista ulteriori, rispetto a quelli che a buon titolo giudici rimettenti e parti del giudizio rappresentano, può essere talvolta utile, ma raramente necessario.

Le modalità con cui la Corte costruisce la propria rete di relazioni con le formazioni intermedie restano, in ogni caso, oggetto di un prezioso confronto tra gli studiosi, perché esse ripropongono il tratto saliente del dibattito sulla giurisdizione costituzionale: può un giudice surrogare il legislatore nel rendersi interprete della coscienza sociale? E, se non può, quale altro criterio permette di riempire di contenuto le clausole costituzionali sui "nuovi" diritti fondamentali, ammesso che se ne voglia affermare la "giustiziabilità"?

13. Tutti gli spunti ai quali si è accennato nella presente introduzione, senza alcuna pretesa di esaustività o profondità, trovano un articolato sviluppo nei contributi che formano questo numero di *Questione giustizia*. Spesso, essi si rincorrono l'un l'altro nel medesimo articolo, perché ormai un qualunque discorso sulla Corte costituzionale non può prescindere dalla visione di insieme di una struttura divenuta straordinariamente complessa.

E, forse, chi leggerà si troverà, come chi ha scritto queste note introduttive, a pensare di avere compiuto, prima ancora che un viaggio intorno alla Corte, un viaggio dentro se stesso; la propria sete di giustizia; il proprio bisogno di legalità; l'irrinunciabile vizio umano a rendersi costruttore della πόλις, con tutti gli attrezzi dei quali dispone, inclusa oramai la giurisdizione costituzionale.

Frammenti di un novennio (dicembre 2010 - dicembre 2019)

di *Giorgio Lattanzi*

I ricordi del presidente emerito sui nove anni vissuti alla Corte, dipinta nelle pieghe più vivide del suo operato, si intrecciano a una riflessione più ampia sul ruolo del Giudice costituzionale nei suoi rapporti con il Legislatore e le Corti internazionali.

1. Marco Bignami, uno dei miei passati assistenti, mi ha chiesto un articolo sull'esperienza dei nove anni trascorsi alla Corte costituzionale. Come mi accade troppo spesso, non ho saputo dire di no. Mi sono poi reso conto che, per varie ragioni, non sarei stato in grado di ripercorrere in modo esauriente e organico quegli anni e, comunque, che per farlo non sarebbe stato sufficiente un articolo, così ho pensato di limitarmi a ricordare alcuni episodi che sono rimasti impressi nella mia mente e alcune idee che l'avevano attraversata.

Innanzi tutto il giuramento. Si svolge nel Salone delle feste del Palazzo del Quirinale, alla presenza dei giudici della Corte, dei suoi presidenti e giudici emeriti e delle più alte cariche dello Stato, e avviene davanti al Presidente della Repubblica, affiancato dai presidenti del Senato e della Camera dei deputati, dal presidente del Consiglio dei ministri e dal presidente della Corte costituzionale.

Credo che nessun giudice possa dimenticare quel giorno.

Sono stato nominato dalla Corte di cassazione in sostituzione del presidente della Corte costituzionale, che pure proveniva dalla Cassazione ed era giunto al termine del mandato, così il mio primo compito è stato quello di partecipare alla nomina del nuovo presidente.

Mi è sembrato naturale votare per il giudice più anziano nel ruolo, anche perché un collega e amico mi aveva detto che così avrebbe votato. Solo dopo mi sono reso conto che esistevano altre candidature e che il mio voto era stato decisivo. Delle altre candidature prima nessuno mi aveva parlato.

L'elezione del presidente, spesso, per la Corte, quando ci sono più candidature, è un avvenimento che può rivelarsi traumatico. Generalmente viene eletto il giudice più anziano nel ruolo, ma può accadere che ci siano più giudici con anzianità uguale o assai vicina, di modo che l'elezione dell'uno esclude, nel primo caso, o rende assai improbabile, nel secondo, l'elezione dell'altro.

In questi casi, già prima del voto, la Corte si divide e successivamente possono rimanere recriminazioni e risentimenti, che rischiano di turbare per un po' di tempo i rapporti collegiali.

Normalmente però opera la regola, non scritta ma tradizionalmente osservata, dell'anzianità, a meno che il periodo di presidenza che resterebbe al più anziano prima della cessazione dell'incarico risulti troppo breve. Non di rado, però, il presidente viene eletto anche per periodi brevissimi, specie quando, oltre che un amico o un quasi amico al quale non si vuole recare dispiacere, è un giudice illustre e la presidenza rappresenta il riconoscimento dei meriti maturati in tutta una vita di giurista prima ancora che nella Corte, che di quella vita ha costituito il coronamento.

Del resto la conduzione della Corte, anche nei suoi aspetti amministrativi, è in gran parte collegiale, e il presidente è considerato dai giudici solo un *primus inter pares*, sicché non sempre viene percepita l'inopportunità della rapida successione al vertice. Non ci si rende conto che nei confronti della collettività e degli altri organi dello Stato la Corte deve offrire un'immagine di continuità. Il rapido succedersi dei presidenti la fa venir meno, determinando l'impressione che i

giudici si preoccupino più di compiacere il collega che di assicurare la funzionalità dell'organo.

Anche quando non si tratta di periodi brevissimi, la "regola" dell'anzianità comunque dà luogo a presidenze di durata limitata e più volte mi sono chiesto se si tratta di una regola opportuna giungendo sempre a una conclusione affermativa, con una correzione. Si potrebbe prevedere che vada assicurato un periodo minimo di presidenza non inferiore a un anno, vale a dire che il nuovo presidente normalmente dovrebbe essere il più anziano in carica tra i giudici in condizione di assicurare la permanenza di almeno un anno.

Con un correttivo del genere si eviterebbero le presidenze eccessivamente brevi, lasciando in vita una regola che vale a garantire serenità nell'attività della Corte e nei rapporti collegiali. Quella di raggiungere la presidenza della Corte è un'aspirazione comprensibile, che è bene regolare in modo da evitare una competizione tendenzialmente permanente. Questa infatti non potrebbe non riflettersi sulla quotidianità della vita della Corte, originando la ricerca di consensi e la formazione di rapporti più stretti tra gruppi di giudici, con possibili riflessi anche sulle decisioni.

All'inizio il nuovo giudice svolge una sorta di apprendistato; per un certo periodo (uno o due mesi) non gli vengono assegnate cause e si limita a contribuire al lavoro della camera di consiglio. Quando ho iniziato, anche questo contributo era tendenzialmente limitato. Un paio di colleghi mi avevano consigliato: "nei primi tempi ascolta molto e parla poco". Non ricordo di aver fatto tesoro del consiglio; ho ascoltato, ma ho anche parlato come sempre, nella misura che mi è parsa opportuna.

Non credo fosse un buon consiglio; io non l'ho mai dato. La propensione ad ascoltare più che a parlare è piuttosto stimolata dall'estrema varietà delle materie che, in ogni udienza, la Corte è chiamata ad affrontare.

Il giudice, e soprattutto il nuovo giudice, ha per lo più una preparazione prevalentemente specialistica, che all'inizio può farlo sentire in difficoltà di fronte a questioni che richiedono competenze giuridiche diverse dalle sue, ma questa sensazione è destinata a durare assai poco. L'organizzazione della Corte infatti è tale da mettere ogni giudice in grado di dominare la questione e di disporre di tutti gli elementi necessari per decidere. Oltre agli atti del processo e agli scritti delle parti il giudice ha a disposizione un'ampia relazione preparata da un assistente del relatore, alla quale si aggiungono gli eventuali contributi dei suoi tre assistenti.

Io preparavo l'udienza parlandone almeno due volte con i miei assistenti, una prima volta per una ricognizione sommaria di tutte le cause con l'individuazione delle possibili soluzioni, una seconda volta in modo approfondito esaminando e discutendo a fondo ogni questione.

Il ruolo degli assistenti è assai importante e nella maggior parte dei casi si integra fortemente con quello del giudice, affiancandolo anche nella redazione delle sentenze. La collaborazione dei miei assistenti è stata per me fondamentale.

Gli assistenti sono scelti dal giudice tra i magistrati, oppure tra i ricercatori o i professori universitari, e alcuni di loro dopo anni sono ritornati nella Corte come giudici facendosi apprezzare anche per la formazione che avevano maturato in precedenza.

L'esperienza nel lavoro della Corte conta, perciò ero solito raccomandare ai nuovi colleghi di prendere almeno un assistente che fosse stato in precedenza con un altro giudice. Alcuni assistenti, bravissimi, sono rimasti per numerosi anni con giudici diversi e fino a quando non hanno lasciato la Corte hanno rappresentato per questa un prezioso patrimonio di esperienza e di competenza. Anche per questa ragione, in un progetto di rinnovamento dell'ordinamento del personale della Corte avevo previsto che uno dei tre assistenti dovesse essere interno e provenire da un apposito ruolo della Corte, ma l'idea non è piaciuta; si è detto che avrebbe potuto dar luogo a un'ingerenza della struttura amministrativa nell'attività dei giudici, ma forse, più semplicemente, è sembrato preferibile ai giudici mantenere la facoltà di scegliere tre assistenti anziché solo due.

Nell'arco dei nove anni della mia permanenza i quattordici giudici che mi hanno accolto sono giunti in tempi diversi al termine del loro mandato, sicché la Corte nella quale sono entrato e quella dalla quale sono uscito erano totalmente diverse, ma il rinnovamento è avvenuto con gradualità dando modo ai nuovi giudici, sovente con personalità assai differenti da quelle dei precedenti, di integrarsi nel collegio, il quale così riesce a mutare pur rimanendo fondamentalmente se stesso. Personalità diverse e orientamenti ideali diversi hanno un denominatore comune che è costituito dalla formazione e dalla cultura giuridica, ed è solo in questo ambito che si possono svolgere le discussioni e formulare le varie proposte di decisione. Ho constatato con una certa sorpresa che, diversamente da quello che pensavo, la politica, e non solo quella partitica, rimane fuori dalla Corte. Le situazioni materiali implicate dalla decisione non vengono ignorate, perché la Corte, come ogni giudice, non può non considerare gli effetti pratici dalle proprie decisioni, ma tutto ciò naturalmente avviene nell'ambito di un discorso giuridico condizionante, e qualche volta dopo la decisione sono rimasto convinto che ci sarebbero stati anche spazi giuridici per soluzioni diverse, maggiormente aderenti alla realtà.

2. Tra le sentenze che ricordo, la prima di una certa importanza è la n. 236 del 2011, nella quale mi sono trovato a fare per la prima volta applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Nei tanti anni di attività giudiziaria non avevo mai avuto occasione di occuparmi della Cedu e ne avevo una conoscenza solo teorica e sommaria.

Del resto la Cedu, per molti anni, è vissuta nell'ombra e solo in tempi relativamente recenti è divenuta un punto di riferimento fondamentale, oltre che per il numero dei ricorsi individuali alla Corte Edu, per la sua frequente applicazione da parte della Corte costituzionale, oltre che direttamente da parte dei giudici tutte le volte che ritengono praticabile un'interpretazione conforme.

La vicenda relativa all'integrazione delle norme della Convenzione nell'ordinamento e nella cultura giuridica nazionale mi ricorda per vari aspetti quella relativa alla Carta costituzionale.

C'era stata nei primi tempi una sottovalutazione della Costituzione, favorita anche dall'iniziale distinzione tra norme programmatiche e precettive, alla quale ha fatto seguito un rilevante fervore applicativo, sia attraverso la rimessione massiccia di questioni alla Corte costituzionale, sia con avventurosi tentativi di applicare direttamente i principi della Costituzione con i quali le leggi ordinarie si trovavano in irresolubile contrasto.

Infine è stato raggiunto un giusto assetto, con un'equilibrata miscela tra l'interpretazione conforme e la rimessione alla Corte costituzionale, tutte le volte in cui lo strumento interpretativo risulta inidoneo.

Mi sembra che, per quanto riguarda la Cedu, la vicenda sia stata analoga.

Per molto tempo è mancato anche lo strumento giuridico per dare esecuzione alle decisioni della Corte di Strasburgo, e alla lacuna ha dovuto supplire in vario modo la giurisprudenza sia della Corte di cassazione sia della Corte costituzionale, che, al termine di una tormentata evoluzione, è giunta a individuare o addirittura a costruire vari istituti processuali da utilizzare per dare esecuzione nell'ordinamento interno alle decisioni della Corte Edu.

Non sempre è facile fare applicazione nel diritto interno dei principi affermati dalla Corte Edu, perché le sue affermazioni di principio sono generalmente rapportate a un caso particolare e nella loro enunciazione possono non essere prive di ambiguità, che richiedono di essere sciolte in vista dell'applicazione a casi diversi da quello che aveva formato oggetto del giudizio.

È esemplare in materia penale la sentenza *Scoppola*, della quale la sentenza della Corte n. 236 del 2011 era stata chiamata a fare applicazione. La sentenza *Scoppola* è particolarmente importante, oltre che per il contenuto della decisione sul caso che era stato sottoposto alla Corte Edu[1], anche per un'affermazione innovativa sulla portata dell'art. 7, par. 1 della Convenzione, nel senso che questo articolo «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio», ha aggiunto la Corte, «si traduce nella norma secondo cui se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono favorevoli all'imputato».

La regola della retroattività della *lex mitior* per noi non era nuova, perché è prevista dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cp, e secondo la Corte costituzionale, «pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, non è priva di un fondamento costituzionale» (sent. n. 215/2008), che è stato individuato «nel principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (sent. n. 394/2006).

1. Scoppola era stato giudicato con un giudizio abbreviato che aveva richiesto quando, in base alla l. n. 479/1999, era previsto che, nel caso di abbreviato, la pena dell'ergastolo sarebbe stata sostituita con quella di trenta anni di reclusione. Nel corso del giudizio, però, era entrato in vigore il dl n. 341/2000, il quale con una norma interpretativa aveva stabilito che quella sostituita con la reclusione di trenta anni era solo la pena "secca" dell'ergastolo, mentre la pena dell'ergastolo con isolamento diurno (che si applica nel caso in cui con il reato punito con l'ergastolo concorrono altri gravi reati) andava sostituita con l'ergastolo semplice (cioè senza isolamento diurno). Il giudice aveva ritenuto che fosse quest'ultima la pena che spettava a Scoppola e gli aveva, di conseguenza, applicato l'ergastolo anziché la pena di trenta anni di reclusione sulla quale l'imputato aveva fatto affidamento quando aveva chiesto il giudizio abbreviato.
Chiamata a pronunciarsi su questa vicenda, la Corte Edu, con una sentenza della Grande Camera in data 17 settembre 2009, ha ritenuto che la condanna di Scoppola all'ergastolo avesse violato l'art. 7 (oltre che l'art. 6) della Convenzione europea perché, pur riguardando un procedimento speciale, l'art. 442, comma 2, cpp, che stabilisce la pena da applicare nel caso di giudizio abbreviato, costituisce «una disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato». «Di conseguenza», ha aggiunto la Corte, «al ricorrente è stata inflitta una pena più severa di quella prevista dalla legge che, tra le leggi entrate in vigore nel periodo compreso tra la commissione del reato e la pronuncia della sentenza definitiva, gli era più favorevole».

Però il principio di eguaglianza, per la giurisprudenza della Corte costituzionale, costituiva non solo il fondamento, ma anche il limite dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior*. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole esprime un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività *in mitius* era ritenuto suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo (*ex multis*: sentt. nn. 215/2008, 394/2006, 74/1980 e 6/1978).

In seguito alla sentenza *Scoppola* si è ritenuto che la decisione della Corte Edu, oltre ad aver fatto acquistare autonomia al principio di retroattività della *lex mitior*, gli avesse dato un diverso vigore, facendo venire meno la possibilità di quelle deroghe che nel nostro ordinamento gli era stata riconosciuta; si è ritenuto insomma che quel principio fosse divenuto inderogabile come il principio di non retroattività della legge penale sfavorevole, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.

In questa prospettiva, la Corte di cassazione e alcuni giudici di merito avevano proposto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, l. 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. "ex Cirielli") nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai «processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione». Secondo la Corte di cassazione e gli altri giudici che avevano sollevato la questione, la disposizione transitoria censurata, impedendo l'applicazione dei nuovi, più brevi termini di prescrizione nei processi in corso pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione, si sarebbe posta in contrasto con l'art. 7 della Convenzione europea.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 236 del 2011, ha giudicato infondata la questione, ritenendo non «arbitraria la conclusione che il riconoscimento da parte della Corte europea del principio di retroattività *in mitius* – che già operava nel nostro ordinamento in forza dell'art. 2, commi 2, 3, e 4 c.p. e aveva trovato un fondamento costituzionale attraverso la giurisprudenza (...) – non abbia escluso la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione», come quella che ha fatto escludere l'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione «ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione».

In sostanza, pur mancando nella decisione della Corte Edu la previsione di possibili deroghe al principio, in materia di successione di leggi penali, dell'applicabilità di quella più favorevole, la sentenza n. 236 del 2011 ha distinto il caso dell'applicazione retroattiva della legge meno favorevole, sempre esclusa, da quello dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole suscettibile di deroghe. Una cosa è punire una persona per un fatto che quando era stato commesso non costituiva reato o comunque era punito meno severamente, altra cosa è punire una persona nel modo previsto quando aveva commesso il fatto, anche se dopo era stato introdotto un trattamento più favorevole. Possono esserci valide ragioni per non applicare il nuovo trattamento retroattivamente, come ad esempio avviene nel caso delle leggi eccezionali o temporanee previsto dall'art. 2, quinto comma, cp. In questo caso se, mutata la situazione di fatto, dovessero applicarsi le leggi successive, normalmente più favorevoli, potrebbe venir meno la stessa ragione della legge eccezionale o della legge temporanea, dato che al momento della sua applicazione verosimilmente sarebbe in vigore una diversa legge meno rigorosa e su quella l'autore della violazione avrebbe potuto fare affidamento.

La differenza mi sembra evidente. Come è anche apparso successivamente nel corso dell'esame di altre questioni di legittimità costituzionale, sarebbe stata, oltre che ingiustificata, assai inopportuna una costituzionalizzazione del principio della retroattività della legge più favorevole in termini di assolutezza.

3. La sentenza *Scoppola* riguardava un caso di applicazione retroattiva di una norma di sfavore rispetto a una norma intermedia di favore, e il principio affermato dalla Corte di Strasburgo, anche se innovativo per la sua giurisprudenza, aggiungeva un tassello di garanzia europea fondamentale, dovendo stabilire se nel caso che le era stato sottoposto vi era stata o meno violazione della Cedu, e su questo caso andava parametrato il principio affermato.

Quella Corte non aveva escluso la possibilità di deroghe, eppure, nonostante ciò, la sentenza n. 236 ha suscitato perplessità, e ad alcuni è sembrato che rappresentasse una deviazione rispetto ai principi espressi dalle sentenze gemelle.

Da parte dei cultori del diritto europeo c'è un certo ossequioso fondamentalismo, che li porta a privilegiare in modo acritico la giurisprudenza europea proveniente da Strasburgo o da Lussemburgo muovendo, nei confronti delle decisioni della Corte costituzionale che considerano non pienamente allineate, rilievi che a me paiono ingiustificati.

È quello che è avvenuto anche con la sentenza n. 49 del 2015. Con questa sentenza, la Corte costituzionale ha ritenuto non vincolante una decisione della Corte Edu, la sentenza 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, che, nell'interpretazione dei giudici rimettenti, in seguito al proscioglimento per prescrizione avrebbe precluso la confisca di una lottizzazione abusiva, consentita invece dall'art. 44, comma 2, dPR n. 380/2001 anche quando, nonostante tale proscioglimento, è ugualmente accertata la responsabilità degli imputati.

Secondo la Corte costituzionale la sentenza *Varvara* era tutt'altro che chiara e, inoltre, risultava in contrasto con un'altra precedente decisione della Corte Edu del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, alla quale la stessa Corte costituzionale si era uniformata con la sentenza n. 239 del 2009, invitando i giudici comuni ad adottare un'interpretazione adeguatrice dell'art. 44, comma 2, dPR n. 380/2001, in modo da renderlo compatibile con i principi espressi dalla Corte di Strasburgo. E l'invito era stato immediatamente raccolto dalla Corte di cassazione, che, modificando il proprio precedente orientamento, aveva ritenuto che la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite potesse, in presenza di una causa estintiva del reato, essere disposta solo se fosse stata accertata l'esistenza dell'illecito, sia sotto il profilo oggettivo sia sotto quello soggettivo, indipendentemente dall'esistenza di una pronuncia di condanna.

Ai fini dell'osservanza della Cedu dovrebbe rilevare non la forma della pronuncia con cui è applicata una misura sanzionatoria, ma la pienezza dell'accertamento di responsabilità, tale da vincere la presunzione di non colpevolezza, e, poiché tale accertamento è compatibile con una pronuncia di proscioglimento per prescrizione, i giudici rimettenti secondo la Corte costituzionale ben avrebbero potuto attribuire alla sentenza *Varvara* un significato diverso da quello posto a fondamento delle questioni di legittimità costituzionale.

Non si capiva per quale ragione avrebbe dovuto essere abbandonata l'interpretazione fatta propria dalla Corte Edu con la sentenza *Sud Fondi* e perché non sarebbe stata consentita una confisca sulla base di un accertamento di responsabilità pieno dell'autore dalla violazione urbanistica, indipendentemente da una sua condanna per il relativo reato.

In sostanza, in una situazione in cui la giurisprudenza europea era apparsa incerta, i giudici della Consulta avevano ritenuto che mancassero le condizioni per pronunciare quella illegittimità costituzionale sollecitata (peraltro in senso opposto) dai due giudici rimettenti. E questo non significa disconoscere il valore vincolante delle decisioni della Corte europea nell'interpretazione della Convenzione, valore che infatti è stato dalla sentenza n. 49 decisamente ribadito; significa, più semplicemente, ritenere che il vincolo per poter operare richiede certezza dell'interpretazione.

Di qui il discorso della sentenza n. 49 sulla esigenza di una giurisprudenza consolidata, perché non è pensabile che la Corte costituzionale debba pronunciare l'illegittimità di una legge sulla base di un'interpretazione della Corte Edu di cui non è certa la stabilità.

La sentenza n. 49 è stata criticata anche perché – si è osservato – il concetto di giurisprudenza consolidata è estraneo alla Corte Edu, ma questo è un argomento tutt'altro che decisivo. Infatti è il nostro ordinamento che, per giustificare una dichiarazione di illegittimità costituzionale, richiede una giurisprudenza consolidata della Corte Edu sulla quale fondare un ragionevole affidamento sulla stabilità di principi con i quali risultano in contrasto norme di legge italiane.

Dopo la sentenza n. 49, in riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i concetti di giurisprudenza consolidata e di diritto vivente della Cedu sono entrati stabilmente nelle decisioni della Corte costituzionale. E quella relativa alla confisca urbanistica non poteva certo considerarsi una giurisprudenza consolidata, sia per lo sfasamento tra la decisione della *Sud Fondi* e quella della *Varvara*, sia perché dopo quest'ultima sentenza la questione era stata rimessa alla Grande Camera per un possibile ripensamento o chiarimento.

E il ripensamento non è mancato.

Con la sentenza della Grande Camera *G.I.E.M. e altri c. Italia*, del 28 giugno 2018, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto (parr. 259 e 260) che occorre guardare alla sostanza di una decisione e non alle parole usate, con la conseguenza che non può configurarsi una violazione dell'art. 7 Cedu nel caso in cui, pur mancando una pronuncia di condanna per il sopravvenire della prescrizione, ugualmente è disposta la confisca della lottizzazione abusiva, una volta che all'esito del giudizio sia stata accertata la responsabilità dell'imputato. Il che, va detto, non ha impedito la condanna dell'Italia con la sentenza *G.I.E.M.*, ma per altre ragioni, in violazione dell'art. 6 Cedu.

Se, come i critici pretendevano, fosse stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 44, comma 2, dPR n. 380/2001 per effetto di un presunto principio della Convezione europea dei diritti dell'uomo, in realtà inesistente, sarebbe irrimediabilmente venuta meno una norma sulla confisca delle lottizzazioni abusive assai opportuna.

4. Si è fatto un gran parlare del dialogo tra le Corti e credo che la vicenda *Varvara* possa considerarsi un esempio di dialogo, posto che questo non può esistere se si pretende un ossequio acritico del giudice nazionale alle decisioni dei giudici europei e neppure se si pretende che la Corte costituzionale azioni i controlimiti tutte le volte che decisioni europee sembrano contrastare radicalmente con principi supremi del nostro ordinamento, come è avvenuto nella vicenda *Taricco*.

Con la sentenza *Taricco*, dell'8 settembre 2015, la Corte di giustizia aveva stabilito che, nei processi penali relativi ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto (Iva), un certo regime legale della prescrizione avrebbe dovuto essere disapplicato dal giudice italiano in due casi: a) se da esso fosse derivata

l'impunità di gravi frodi fiscali in un numero considerevole di casi; b) se nell'ordinamento nazionale reati analoghi in danno dello Stato fossero soggetti a termini prescrizionali meno favorevoli.

Il giudice europeo era pervenuto a questa conclusione interpretando l'art. 325 Tfue, primo e secondo paragrafo, che obbliga gli Stati aderenti a combattere efficacemente le frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, in quanto aveva ritenuto che la sistematica impunità delle frodi concernenti tale tributo, dovuta alla sopraggiunta prescrizione, si riflettesse negativamente sulle finanze europee.

Benché con riserva di valutazione da parte del giudice nazionale, la Corte di giustizia ha escluso che la "regola *Taricco*", così enunciata, fosse in conflitto con il principio di legalità in materia penale, perché la prescrizione non concerne la descrizione del reato e della pena. In questa materia sarebbe pertanto consentito un trattamento deteriore rispetto a quello che è previsto dal codice penale e che si applicava quando il reato era stato commesso.

Per consolidata tradizione giuridica, basata sull'ampia formula dell'art. 25, secondo comma, Cost. («nessuno può essere *punito* se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»), nel nostro ordinamento la prescrizione è un istituto che, incidendo sulla punibilità, appartiene al diritto penale sostanziale. Esso perciò è conforme alla Costituzione solo se rispetta le regole di determinatezza e di irretroattività conformi al principio di legalità, come in più occasioni aveva già affermato la nostra Corte costituzionale.

Per questa ragione era sembrato ai giuristi italiani che la "regola *Taricco*" non fosse rispettosa di un principio supremo dell'ordine costituzionale italiano in materia penale, sia in quanto applicabile a fatti commessi prima della sua enunciazione, sia a causa della assoluta indeterminatezza, che la rendeva imprevedibile per i consociati e inapplicabile per il giudice. Quest'ultimo non avrebbe avuto modo, in particolare, di stabilire quando ricorresse il «numero considerevole di casi», al quale è subordinata l'efficacia della "regola *Taricco*", perché un simile concetto quantitativo non sarebbe stato adeguatamente determinato. Né la persona, destinataria di un precetto penale che deve essere chiaro e intelligibile, avrebbe mai potuto prevedere che dall'art. 325 Tfue potesse originarsi una complessa operazione giuridica, culminante nella disapplicazione a suo danno di un peculiare aspetto della disciplina concernente la prescrizione dei reati.

I dubbi alimentati dal dibattito giuridico sono stati recepiti dalla giurisprudenza, che li ha quindi resi oggetto di questioni di costituzionalità che non hanno trovato accoglimento.

La Corte costituzionale, pur ritenendo la "regola *Taricco*" in contrasto con il principio di legalità in materia penale, non ha provveduto a espungerla dall'ordinamento – come le era stato richiesto – attraverso una declaratoria di incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato nella parte in cui, imponendo di applicare l'art. 325 Tfue come interpretato dalla Corte di giustizia, comportava la disapplicazione di due disposizioni del codice penale sulla prescrizione.

Con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte costituzionale ha preferito effettuare un rinvio pregiudiziale per l'interpretazione innanzi alla Corte di giustizia. Senza porre in discussione l'interpretazione dell'art. 325 Tfue operata dal giudice europeo, la Corte costituzionale si è limitata a sottolineare la natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento italiano, e dunque la sua sottoposizione al regime della legalità penale che la "regola *Taricco*", se applicata dal giudice, avrebbe violato per la sua retroattività e per la mancanza di determinatezza.

Con la sentenza *M.A.S. e M.B.*, del 5 dicembre 2017, la Corte di giustizia, accedendo alla prospettiva della Corte costituzionale italiana, ha preso atto del carattere sostanziale della prescrizione nel nostro ordinamento e (oltre a escluderne direttamente l'applicazione a fatti commessi anteriormente all'8 settembre 2015) ha conseguentemente permesso al giudice nazionale di sottrarsi alla "regola *Taricco*", qualora l'avesse ritenuta in contrasto con il principio di legalità enunciato anche dall'art. 49 della Carta di Nizza. La sentenza *M.A.S.* non tradisce l'impostazione originaria della decisione *Taricco*, ma la rilegge alla luce dei nuovi dati concernenti l'ordinamento nazionale, che le sono stati presentati dalla Corte costituzionale per mezzo del rinvio pregiudiziale.

La vicenda si è conclusa con la sentenza n. 115 del 2018 della Corte costituzionale, che, rilevato il contrasto dell'art. 325 Tfue e della "regola *Taricco*" con il principio supremo di legalità in materia penale, ha definitivamente negato che il giudice penale possa disapplicare il regime legale della prescrizione.

È importante sottolineare che questa conclusione non è stata assunta sulla base del solo diritto costituzionale nazionale, ma in applicazione dello stesso diritto dell'Unione, come era stato precisato dalla Corte di giustizia. Il dialogo, in altri termini, ha permesso di elaborare una regola comune ai rispettivi ordinamenti, nel segno del rispetto delle garanzie della persona.

L'esito della vicenda *Taricco* è stato dunque molto soddisfacente. Per come aveva avuto origine, la questione comportava il concreto rischio che uno Stato membro dell'Unione, appellandosi ai principi supremi del suo ordine costituzionale, infrangesse il principio del primato del diritto europeo, aprendo un contenzioso dagli sviluppi imprevedibili in un campo

particolarmente sensibile quale è quello del diritto penale e, in particolare, del rispetto delle garanzie della persona da parte della potestà punitiva pubblica.

Il merito di avere scongiurato un simile scenario va davvero ascritto alla virtuosità del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell'Unione europea.

A tal fine si è rivelato vincente un metodo decisionale cooperativo, ovvero costruito non già sulla solipsistica affermazione della propria prevalenza (e neppure sulla rassegnata accettazione di quella altrui), quanto piuttosto sulla capacità di mostrare il proprio punto di vista, argomentando in modo diffuso su di esso, e al contempo sulla disponibilità ad accogliere quello altrui, ai fini di una sintesi equilibrata.

Del resto, con la Corte di giustizia dell'Unione europea come anche con la Corte Edu, il dialogo è continuo e si svolge, oltre che attraverso le decisioni, anche attraverso incontri per riflessioni comuni e per mettere a confronto le rispettive giurisprudenze. Due incontri sono risultati particolarmente significativi: quello del maggio 2017 tra le Corti italiane e la Corte di giustizia dell'Unione europea e quello del gennaio 2019 tra le Corti italiane e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

5. Vi sono due differenti tipi di dialogo, ciascuno prezioso.

Nel primo non vi è la necessità, o l'opportunità, di sottoporre all'attenzione di un'altra Corte una peculiare fattispecie oggetto di giudizio al fine di ottenerne immediate indicazioni su come essa debba essere regolata in conformità al diritto di cui quella Corte è l'interprete qualificato. Piuttosto, e prima di ciò, si tratta di trovare occasioni di incontro e di aprire un continuo confronto con la giurisprudenza formatasi non solo presso le Corti internazionali ma anche presso gli stessi giudici costituzionali di ciascun Paese, tenendone presenti gli orientamenti al fine di orientare, e semmai uniformare, la propria linea interpretativa. Fino a non molto tempo fa era assai raro che una pronuncia della Corte costituzionale italiana citasse decisioni di altre Corti e si confrontasse con esse; oggi, invece, chiunque si prenda la pena di passare in rassegna la giurisprudenza costituzionale italiana si rende conto che è proprio il contrario, e che frequenti sono i richiami alla giurisprudenza di altri Paesi. Del resto, quand'anche essi non siano esplicitati, le ricerche preparatorie con le quali gli assistenti di studio raccolgono il materiale utile ai fini della causa non mancano di sottoporre all'attenzione dei giudici costituzionali gli orientamenti dei propri colleghi stranieri, quando il tema da decidere pone questioni comuni a più ordinamenti. In particolare, le pronunce sia della Corte Edu sia della Corte di giustizia dell'Unione europea sono costantemente prese in considerazione.

In questo senso il dialogo non è parte di un modulo decisorio codificato, ma piuttosto l'espressione di un atteggiamento culturale, consapevole che la risoluzione nelle forme del diritto degli immani problemi delle società pluraliste è oramai possibile solo attraverso il lavoro della comunità allargata degli operatori giuridici, ciascuno portatore di una sua propria specificità che confluisce poi nella decisione.

Accanto a questo tipo di dialogo, che potremmo chiamare appunto culturale, vi è il dialogo che si potrebbe definire decisorio. In questi casi, la giurisprudenza europea viene sollecitata al fine specifico di risolvere una controversia o, nel caso della Corte costituzionale, una questione di legittimità costituzionale, ove tra le disposizioni giuridiche da applicare vi sia la normativa dell'Unione, oppure la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come è appunto avvenuto nei casi *Taricco* e *Varvara*.

Il tema dei rapporti tra le Corti e del diritto europeo è stato il primo importante di cui ho avuto occasione di occuparmi e ha segnato tutto il periodo in cui ho fatto parte della Corte costituzionale, come giudice prima e come presidente poi, ed è tuttora all'ordine del giorno, specie con la questione della doppia pregiudizialità.

6. Di molte questioni importanti la Corte ha avuto modo di occuparsi negli anni in cui ne ho fatto parte come giudice e, nell'ultimo periodo, come presidente, e di alcune – anche se non sono stato relatore – mi farebbe piacere parlare, ma non può essere questa la sede; a una però, che la Corte ha affrontato quando ne ero presidente, non posso non fare cenno.

Si tratta della questione relativa all'aiuto al suicidio.

Il caso è noto anche ai non giuristi.

In seguito a un grave incidente stradale, Fabiano Antoniani era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale. Non era autonomo nella respirazione, nell'alimentazione e nell'evacuazione ed era attraversato da ricorrenti spasmi e contrazioni produttivi di acute sofferenze. Aveva perciò maturato la volontà di porre fine alla sua esistenza, e, respingendo i tentativi della madre e della fidanzata di dissuaderlo, aveva iniziato uno sciopero della fame e della parola e si era rifiutato per alcuni giorni di essere alimentato e di parlare.

Di fronte a questa situazione, Marco Cappato aveva accolto la richiesta di Antoniani di accompagnarlo in una clinica svizzera per assumere un farmaco che gli avrebbe procurato la morte, cosa che Cappato aveva fatto guidando un'autovettura nella quale, oltre ad Antoniani, avevano preso posto la madre e la fidanzata.

Per questa condotta, Cappato era stato chiamato a rispondere di aiuto al suicidio e la Corte di assise di Milano aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale della norma incriminatrice.

Con l'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte ha ravvisato la criticità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui incrimina chi agevola il suicidio del malato irreversibile e sofferente che, liberamente e consapevolmente, rifiuta cure mediche necessarie alla sopravvivenza, contrarie al suo senso di dignità. Al contempo, però, ha considerato che la regolamentazione delle condizioni e dei modi di esercizio del diritto di sottrarsi in modo definitivo alla terapia con l'aiuto materiale di terze persone fosse, da un lato, costituzionalmente necessaria e, dall'altro, esorbitante dal campo decisorio della Corte e invece di pertinenza del legislatore.

Perciò, al fine di adempiere al dovere di eliminare disposizioni incostituzionali preservando la discrezionalità legislativa, la Corte ha rinviato la trattazione della questione di circa un anno, nel contempo offrendo ampia motivazione sulle ragioni per le quali si profilava l'incostituzionalità della norma impugnata.

Con questo provvedimento la Corte da un lato ha fatto in modo che, nella situazione considerata, la disposizione censurata non potesse trovare applicazione né nel giudizio *a quo*, che è rimasto sospeso, né in altri giudizi, nei quali il giudice sarebbe stato tenuto a sollevare a sua volta una questione di legittimità costituzionale; dall'altro ha riservato al legislatore un congruo spazio di tempo per adottare la disciplina più opportuna.

Non si può pensare che con questa decisione la Corte si sia abusivamente ingerita nei tempi e nei modi dell'esercizio della funzione legislativa perché, dove vi è un obbligo costituzionale di normare una materia, la discrezionalità legislativa si contrae, anche se della sola misura necessaria all'adempimento del dovere di attuare la Costituzione.

Perciò è rimasto fermo il primato delle Camere nel regolare dettagliatamente la fattispecie in questione, ma di questo primato le Camere non si sono avvalse, facendo mancare la necessaria regolamentazione. Così la Corte costituzionale, dopo il rinvio, chiamata nuovamente a esaminare la questione, ha dichiarato, con la sentenza n. 242 del 2019, l'illegittimità costituzionale «dell'art. 580 del codice penale nella parte in cui non esclude la punibilità 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».

Si tratta di una decisione presa all'unanimità, che ho fortemente condiviso e ha fatto molto discutere, sia per il nuovo meccanismo processuale del rinvio, con la prospettazione dell'incostituzionalità, sia per il contenuto della decisione. Gli scritti di commento sono stati innumerevoli, molti i convegni e varie le osservazioni critiche.

Certamente c'era di che discutere, anche se l'ordinanza prima e la sentenza poi erano ampiamente e, a mio parere, correttamente motivate; ma il punto è un altro. Mi sono confermato nell'idea che giudicare e decidere è cosa ben diversa dal teorizzare.

Il giudizio pone normalmente il giudice davanti a un fatto sul quale la sua decisione *è destinata a incidere*. Qualche volta quel fatto è particolarmente significativo anche perché costituisce la dimostrazione di come nella realtà la norma che il giudice è chiamato ad applicare opera, dimostrazione di cui soprattutto il giudice di legittimità, nell'attività di interpretazione, e il giudice delle leggi, nel controllo di costituzionalità, non possono non tenere conto.

Il giudice a volte è chiamato anche a "inventare" il diritto. Inventare nel senso indicato da Paolo Grossi nei suoi scritti. È il caso che deve giudicare che gli suggerisce o a volte gli impone l'"invenzione", tratta, quasi con un lavoro di scavo, dall'ordinamento e dalla società. Certo è, però, che l'invenzione deve inserirsi nel tessuto dell'ordinamento, non determinarne uno strappo; deve anzi rappresentare il rammendo di una sua smagliatura o addirittura di una lacerazione eventualmente determinata dal tempo e da nuove realtà.

La Corte costituzionale in particolare non può astenersi dall'operare su una disposizione fonte di situazioni in contrasto con principi o con norme costituzionali, e tale a me pare che fosse la situazione in cui si trovava Marco Cappato, sottoposto a un procedimento penale che si sarebbe potuto concludere con una condanna da cinque a dodici anni di reclusione. E analoga era la situazione della madre e della fidanzata di Fabiano Antoniani, che unitamente a Cappato avevano accompagnato in Svizzera Antoniani per consentirgli di porre fine alla sua vita e che, a loro volta, avrebbero perciò dovuto subire un uguale procedimento penale.

«Si tratta», ha scritto la Corte, «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, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali". In tali casi, 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.».

Questo, in una decisione piena di ulteriori argomenti di sostegno, credo che sia il punto fondamentale, quello da considerare in primo luogo: ci si dovrebbe soprattutto chiedere se è corretta, se è condivisibile, in tali termini e con tali limiti, la pronuncia di illegittimità costituzionale, che riserva poi al legislatore, sollecitandolo, la «compiuta disciplina» della materia.

È da considerare che, di fronte alla richiesta della Corte di assise di Milano di una pronuncia meramente ablativa dell'art. 580 cp, per la parte relativa all'aiuto la suicidio, nel presupposto che a ciascuna persona sarebbe riconosciuta la libertà di scegliere quando e come porre fine alla propria vita, e di farsi aiutare per raggiungere tale risultato, la Corte ha ritenuto che la tesi del giudice rimettente nella sua assolutezza non potesse essere condivisa, così come d'altro canto, nella sua assolutezza, la disposizione impugnata non potesse andare esente da censure, e ha modellato il dispositivo sul caso specifico circondandolo con una serie di cautele e concludendo con «l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore».

È pure in questa prospettiva che si dovrebbe valutare il nuovo meccanismo processuale inaugurato dalla Corte, costituito dal rinvio della trattazione con ordinanza prospettando al legislatore l'incostituzionalità della norma censurata e sollecitandolo a intervenire nelle more.

In questo caso c'erano tante ragioni per operare così, spiegate diffusamente nell'ordinanza, ma, a prescindere da ciò, non vedo lo scandalo per aver costruito uno strumento processuale tutt'altro che eversivo, ma analogo nella struttura e nelle finalità a strumenti esistenti in altri ordinamenti assimilabili al nostro.

È proprio dell'attività del giudice, specie di quello costituzionale (che anche a tal fine adotta le norme integrative) costruire strumenti processuali funzionali alla gestione del processo e alla decisione, sempreché non siano in contrasto con la legge che è tenuto ad applicare, ed è significativo il fatto che uno strumento analogo sia stato utilizzato anche dalla Corte costituzionale della Corea del Sud, come durante una visita abbiamo appreso. Ci è stato detto – se ho ben capito – che in un giudizio relativo all'aborto la Corte coreana aveva rinviato la decisione per dar modo al legislatore di intervenire, senza che ciò fosse previsto da alcuna norma.

Come ha scritto Gaetano Silvestri[2], «il rinvio dell'udienza per dar modo al Parlamento di intervenire sulla norma censurata, secondo i principi costituzionali enucleati dalla Corte» ha rappresentato «una *judicial deference* a tempo, per ovviare alla mancanza di un apposito strumento processuale atto a raggiungere lo stesso scopo, come avviene in altri ordinamenti». «La Corte», ha aggiunto Silvestri, «si è avvalsa della facoltà – ad essa indubbiamente spettante – di rinviare l'udienza a data fissa, con un'ordinanza in cui ha spiegato i motivi del rinvio (...). Del resto, se la Corte – poste le premesse di principio enunciate, favorevoli all'illegittimità costituzionale – avesse deciso subito nel senso dell'accoglimento, con un'additiva massiccia, sarebbe stata accusata di usurpazione della funzione legislativa; se avesse emanato una pronuncia di inammissibilità, sarebbe stata tacciata di astensionismo "pilatesco". Dando per scontate dunque le critiche di maestri e maestrini», scrive ancora Silvestri, «ha imboccato decisamente la strada del minor danno possibile, che equivale, nel contesto dato, alla miglior tutela concretamente praticabile».

7. Delle due decisioni sull'aiuto al suicidio (l'ordinanza prima e la sentenza poi), come ho detto, non sono stato estensore e ne ho parlato perché sono avvenute durante la mia presidenza e me ne sento pienamente responsabile.

È una presidenza iniziata l'8 marzo 2018 e terminata il 10 dicembre 2019, relativamente lunga per i tempi della Corte e di cui vari sono i ricordi: i tanti incontri, in particolare con giudici di Corti costituzionali di altri Stati, il «*Viaggio nelle scuole*» e il «*Viaggio nelle carceri*», i discorsi sulla "attualità della Costituzione".

Il "viaggio" è una metafora che indica l'incontro dei giudici della Corte con i ragazzi delle scuole di tutte le Regioni e con i detenuti di vari istituti di pena.

È stata un'iniziativa senza precedenti.

L'idea che ci ha mosso era quella di diffondere la cultura della Costituzione, farne capire i valori, ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti. La scelta del carcere, dopo le scuole, ha appunto voluto significare che 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.

Il nostro è stato innanzi tutto un racconto della Costituzione: come è nata dalle macerie di una guerra disastrosa, dopo il fascismo e le leggi razziali, chi erano i Padri costituenti e quali erano i loro obiettivi e i loro progetti, come la Costituzione ha accompagnato l'evoluzione del Paese, anche attraverso l'opera della Corte costituzionale, come sia ancora attuale, e come le sue parti siano tra loro collegate, dando luogo a un meccanismo complesso che sarebbe pericoloso modificare.

2. G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in questo fascicolo (pubblicato in anteprima in *Questione giustizia online*, 13 novembre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/del-rendere-giustizia-costituzionale).

Ma il vero significato della nostra iniziativa è emerso durante il "viaggio": strada facendo, si è capito che il nostro non era un discorso retorico, che la Costituzione non è una legge come le altre, sia pure posta a un livello superiore, ma qualcosa di diverso, un lascito dei Costituenti, che sta a tutti noi e soprattutto ai giovani custodire e conservare.

Vari episodi dei "viaggi" mi sono rimasti impressi nella memoria.

A Rebibbia ho provato un momento di vera commozione quando ho visto tutti i detenuti in piedi cantare l'Inno di Mameli, alcuni con la mano sul cuore. In quell'occasione avevo detto che la Costituzione per la persona, per qualunque persona, anche per chi è detenuto, è una protezione, uno scudo. Successivamente, quando sono ritornato a Rebibbia per una visita del carcere femminile, nella biblioteca una detenuta romena ha cercato di richiamare la mia attenzione, poi mi si è avvicinata e mi ha detto: «grazie a lei ho capito che abbiamo uno scudo e non lo sapevamo; ho capito che la Costituzione è importante anche per noi».

Dopo ho saputo dalla direttrice che quella donna per incontrarmi aveva rinunciato a un permesso.

Questi nostri "viaggi" sono stati molto coinvolgenti, sia per noi sia per gli studenti e i detenuti che hanno partecipato, e, benché nati in collegamento con il settantesimo anniversario della Costituzione, sono proseguiti anche dopo, e confido che riprenderanno quando la pandemia per il Covid-19 sarà cessata.

L'esperienza, infatti, è stata più che positiva e ha rappresentato per la Corte non solo una novità e una fonte di conoscenza, ma anche un cambiamento del suo modo di essere. La Corte ha maturato la consapevolezza che deve uscire dal Palazzo, deve farsi conoscere e deve conoscere, deve farsi capire e deve capire, anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e far capire la Costituzione.

La Corte si è resa conto che per comunicare con il Paese non è sufficiente rendere note le proprie sentenze, pubblicarle nelle forme consuete e affidarle alla lettura degli esperti. Ha capito che occorre trovare altre forme di comunicazione, raggiungere tutte le persone e far loro conoscere decisioni che possono anche cambiare in profondità la loro vita. A questo scopo, ha gradualmente rafforzato la sua comunicazione esterna, anche accompagnando più spesso le sue decisioni con comunicati che possano renderle per tutti più facilmente comprensibili.

Comunicati che, insieme con altri documenti informativi come scritti, fotografie e filmati, sono pubblicati sul sito della Corte, che è stato ristrutturato per migliorarne la consultazione.

Negli anni che ho trascorso alla Corte costituzionale mi sono rafforzato nell'idea che va ridestato il sentire degli italiani per la Costituzione e che, come hanno dimostrato i nostri "viaggi", non è difficile farlo, ricordando come è nata, quali valori esprime e quali tutele appresta per tutti. Così come mi sono rafforzato nell'idea che la Costituzione va bene così come l'hanno concepita i Padri costituenti e che non sono giustificati i tanti progetti che, nel succedersi di maggioranze e governi, vengono proposti per modificarne l'impianto secondo le convinzioni o, peggio, le convenienze del momento.

È un'idea che ho espresso varie volte con discorsi pubblici, parlando della "attualità della Costituzione".

La nostra Costituzione è il frutto di un compromesso alto perché vi sono confluiti i valori delle diverse forze politiche presenti nel Paese, e quindi della società intera, consegnati a un processo di attuazione che nel tempo li ha rinnovati e trasformati.

Essa non ha ingessato le dinamiche sociali nella gabbia di una precostituita idea di bene comune, ma ha posto le premesse per uno sviluppo, mediato dalla legge e sorvegliato dalla Corte costituzionale, nelle diverse direzioni possibili, e le esigenze di rinnovamento del Paese e dell'ordinamento – e le delusioni, se queste sono tradite – appartengono all'agire politico, ma non riguardano la trama costituzionale.

Le Costituzioni che sono durate a lungo hanno avuto la possibilità di mutare insieme con la società, e sono perciò paradossalmente al contempo più nuove e più sperimentate di Costituzioni create dalla penna di brillanti giuristi, ma le cui sorti sono incerte.

Al di là del merito dei vasti progetti di riforma costituzionale sottoposti a *referendum* confermativo, merito tutto da discutere, resta il fatto che le ampie maggioranze di elettori contrari hanno mostrato una fiducia del corpo sociale che è la prima assicurazione di buona vita per ogni Costituzione, ed è quindi un valore in sé.

Continue revisioni della Costituzione, per inseguire idee settoriali di miglioramento, rischiano di avere un impatto sistemico assai grave, scuotendo il consenso sull'intero impianto costituzionale, che finisce per essere percepito come una componente ondivaga dell'ordinamento, al pari di una qualunque legge ordinaria, che viene modificata a seconda delle esigenze e degli umori del momento.

Queste sono le idee che ho espresso nella convinzione che la Costituzione dovesse tornare idealmente al centro della vita del Paese e che la Corte costituzionale, facendo sentire la sua presenza, avrebbe potuto contribuire al raggiungimento di questo obiettivo.

Tutte le volte che se ne presentava l'occasione, mi piaceva ricordare che Paolo Grossi, con un'immagine, era solito dire che la Costituzione è il "breviario del cittadino", da tenere sempre a portata di mano sul comodino.

I nove anni trascorsi alla Corte costituzionale sono stati appassionati e appassionanti e le critiche, che pure non sono mancate, credo che non abbiano compreso il senso dell'attività complessiva della Corte, ben lontana dal rappresentare un protagonismo dell'organo o dei suoi componenti, ma semmai più semplicemente, se si vuole usare questa espressione, tesa a riaffermare un protagonismo della Costituzione e a farla vivere nel Paese come un punto di riferimento e un valore fondamentale. E come giudici costituzionali abbiamo sentito che il nostro dovere imprescindibile era quello, appunto, di far vivere la Costituzione tutelando innanzi tutto i diritti fondamentali, a volte anche operando scelte non facili.

Del rendere giustizia costituzionale

di *Gaetano Silvestri*

L'A. ripercorre in sintesi la risalente polemica tra i sostenitori del cd. "attivismo" giurisprudenziale e quelli della *judicial deference* dei giudici verso il legislatore. Dopo aver messo in rilievo le ambiguità dell'una e dell'altra posizione, lo stesso A. constata la crisi delle categorie tradizionali derivante dal fatto che le costituzioni rigide, garantite e "cariche di princìpi" impongono al giudice costituzionale di curarsi dell'attuazione di tali princìpi, sulla base della considerazione che lasciare inattuata la Costituzione equivale a violarla, poiché si mantengono in vigore, per un tempo indeterminato, norme giuridiche che non dovrebbero più esserci. Occorre che negli ordinamenti democratici contemporanei si armonizzino continuamente il livello di "macrolegalità" costituzionale e quello di "microlegalità" del sistema normativo sottostante. Per ottenere questo risultato può non essere sufficiente la dottrina delle "rime obbligate", come limite alle sentenze additive della Corte costituzionale, ma può essere inevitabile andare oltre, alla ricerca di riferimenti più ampi, sempre all'interno dell'ordinamento giuridico vigente. Queste generali osservazioni di metodo vengono infine saggiate su tre importanti pronunce sul suicidio assistito, la determinazione della pena "giusta" e la determinazione del minimo vitale per la sopravvivenza degli invalidi. Con esse la Corte non si è limitata al confronto astratto tra due norme, ma ha tentato di "rendere giustizia costituzionale" a chi l'aveva fiduciosamente richiesta.

1. Eccessi della giurisdizione e opportunismo politico / 2. Separazione dei poteri e Costituzione rigida garantita / 3. La crisi delle categorie tradizionali / 4. Macrolegalità e microlegalità / 5. Il difficile dialogo con il legislatore / *6.1. Il caso del suicidio assistito / 6.2. L'individuazione della pena "giusta" / 6.3. Il "minimo vitale" per la sopravvivenza degli invalidi. La Corte non si arrende al primo ostacolo* / **7. La Corte costituzionale rifiuta il "quieto vivere" e "rende giustizia"**

1. Eccessi della giurisdizione e opportunismo politico

Nella legge ordinaria istitutiva della Corte costituzionale in Italia (n. 87 del 1953), ci si preoccupò di inserire, all'art. 28, un *caveat* rispetto a possibili, prevedibili, future invasioni, da parte del giudice delle leggi, del campo riservato alla politica, identificato, nel linguaggio legislativo, nel «sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Nell'intento di colpire eccessi formali, oltre che sostanziali, la stessa disposizione vieta alla Corte «ogni valutazione di natura politica».

La coscienza era a posto, ma l'avvenire riservava molte complicazioni, che non potevano certamente essere evitate da una clausola-limite generica e ingenua. Di ciò si rese ben conto la dottrina più avvertita[1]. Da allora in poi fu tutto un susseguirsi di accuse

1. Ha osservato A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa. Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986), Giuffrè, Milano, 1988, p. 90: «L'esperienza compiuta dagli organi di giustizia costituzionale funzionanti nei vari Paesi ci mostra come la loro attività non possa consistere nel rispondere, quasi come se fossero delle macchine a gettoni, alle varie domande che ad essi vengono poste secondo le diverse procedure previste, ma come essa implichi la formazione e l'attuazione di orientamenti che danno luogo alla formazione di una *policy* propria dell'organo di giustizia costituzionale».

e contro-accuse, sia in campo politico che scientifico, che si sono ben presto agganciate al secolare dibattito, sullo stesso tema, in atto negli Stati Uniti d'America e che non accenna a spegnersi a tutt'oggi. Le argomentazioni, da una parte e dall'altra, sono, per lo più, ripetitive; le novità si riducono alle pronunce, cui, da opposti schieramenti, ci si aggrappa, man mano che vengono emesse, per trovare ulteriori conferme delle proprie tesi.

La problematica è globale e non si limita all'operato dei giudici costituzionali, ma coinvolge l'intera funzione giurisdizionale, anche se il tema specifico della politicizzazione investe in primo luogo il controllo di legittimità costituzionale, sia per gli atti scrutinati, che per i soggetti che li pongono in essere, specie nei sistemi ove è previsto un controllo accentrato e quindi l'inevitabile politicità intrinseca degli atti non è dispersa e parcellizzata in una molteplicità di punti[2].

Se in sede di teoria generale il problema riguarda, al fondo, lo stesso statuto teorico dell'interpretazione giuridica, l'esperienza di tanti ordinamenti positivi – e di altrettanti sistemi politici a ognuno collegati – ci dimostra che le polemiche su vere o presunte esorbitanze del potere giudiziario si fanno più aspre dove e quando si creano condizioni favorevoli alle denunciate invadenze dei giudici, costituzionali in primo luogo. Queste condizioni vengono identificate, in genere, nella debolezza dei partiti politici e nella fragilità delle coalizioni di governo, che portano la politica a situazioni di stallo, con conseguente delega di fatto alla magistratura di decidere. Se tali circostanze si verificano, i giudici difficilmente sfuggono all'accusa di politicizzazione, giacché, secondo un certo punto di vista – a mio avviso, ben fondato – anche non decidere è un modo di decidere a convalida dell'esistente[3].

Le polemiche sull'invadenza del potere giudiziario, se rapportate a singole pronunce o gruppi di pronunce, spesso mostrano la corda dell'opportunismo politico. Avviene così che ciascun partito, movimento o schieramento commenti in modo favorevole o contrario singole decisioni, a seconda che queste siano di giovamento alla propria parte politica o rechino danno agli avversari. Ciò si verifica con maggiore intensità in quei sistemi in cui si è prodotta, o si sta formando, una "polarizzazione" della politica[4], che impedisce, o rende difficile, una valutazione non strumentale di tutto ciò che accade, ivi compresi gli atti giudiziari.

Anche i più rigorosi e coerenti sostenitori delle correnti interpretative "originaliste" della Costituzione americana sono costretti ad ammettere che, per quanto si possano adottare regole generali interpretative, non si può impedire al cinico di turno di affermare che «*with five votes anything is possible*»[5]. Lo stesso cinico commentatore, con riferimento anche alla prassi giudiziaria europea, e italiana in particolare, potrebbe dire che, se tutto deve essere motivato, ahimè, tutto è motivabile.

Data questa premessa generale, si comprende la difficoltà di costruire schemi teorici adeguati al compito di individuare la linea di confine tra la doverosa autolimitazione dei giudici (costituzionali), che inibisce a questi ultimi la sostituzione delle proprie preferenze politiche a quelle dei politici responsabili verso il corpo elettorale, e il necessario intervento correttivo o repressivo sulla legislazione. Tutto sommato, non è facile trovare di meglio – e di meno! – che «*a clear breach of constitutional principles*»[6].

Detto ciò, sull'aggettivo "*clear*" possono proseguire decenni, o secoli, di ulteriori dibattiti.

2. Separazione dei poteri e Costituzione rigida garantita

Il problema di fondo è sempre lo stesso: il giudice costituzionale erode, con maggiore o minore evidenza e intensità, gli spazi riservati al legislatore dal principio liberale della separazione dei poteri, posto al cuore dello Stato di diritto e codificato, nell'Europa continentale, dal 1789. Lo stesso principio salvaguarda non soltanto i diritti dei cittadini contro gli abusi dell'autorità, ma anche la democraticità dello Stato, giacché la funzione normativa deve essere esercitata dal popolo o dai suoi rappresentanti.

In linea astratta, è difficile dissentire da affermazioni così generali, ispirate alle conquiste fondamentali del costituzionalismo moderno. Se proprio si deve

2. *Cfr*. G. Laneve, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri – Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, vol. I, Cacucci, Bari, 2014, p. 183.

3. *Cfr*. C.N. Tate, *Why the Expansion of Judicial Power?*, in C.N. Tate e T. Vallinder (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York/Londra, 1995, p. 33.

4. *Cfr*., per l'esperienza Usa, J.S. Schachter, *Putting the Politics of "Judicial Activism" in Historical Perspective*, in *The Supreme Court Review*, 2017, p. 262. Sembra che anche nell'Italia contemporanea si sia formata una situazione simile.

5. A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, n. 4/1989, p. 1184.

6. M.L. Volcansek, *Judicialization of Politics or Politicization of the Courts in New Democracies?*, in Ch. Landfried (a cura di), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2019, p. 76.

ammettere che una legge originaria legittimante (la Costituzione) spieghi una forza maggiore delle leggi ordinarie successive, questa deve essere circoscritta nella massima misura possibile, che corrisponde, secondo una corrente di pensiero molto diffusa negli Usa, all'intenzione originale (*original intent*) dei *Framers*. Nessuno è autorizzato – meno che mai i giudici – ad "aggiungere" alcunché a quanto in modo chiaro e preciso hanno stabilito i Costituenti, ai quali non si può far dire ciò che si vuole, ma solo ciò che hanno effettivamente detto.

Ma cosa hanno veramente detto?

I modi per accertarlo sono essenzialmente due: a) tramite i rappresentanti del popolo; b) tramite i giudici. Da quando, a partire dal 1803, con *Marbury vs. Madison*, prevalse l'opzione dei giudici, si innescò un meccanismo destinato a sfuggire continuamente di mano ai più agguerriti tra i difensori della recezione rigida della dottrina di Montesquieu (peraltro mai realizzata in modo drastico in alcun ordinamento positivo). Del resto, affidare agli stessi parlamenti il compito esclusivo di interpretare la Costituzione avrebbe significato cancellare, in un sol colpo, separazione dei poteri e rigidità costituzionale. Vi sono concezioni e modi di pensare che sembrano più adatti a nutrire un perenne risentimento che a dare basi solide a riflessioni realistiche e costruttive.

Non meraviglia, quindi, che il vagheggiamento utopico di una sostanziale nullificazione del potere interpretativo della Costituzione da parte dei giudici abbia indotto negli Usa qualche rigoroso consequenziario a definire l'azione della Corte suprema un colpo di Stato, seppur lento e sottile[7]. Né dimentichiamo gli strali lanciati da Lambert, negli anni trenta del Novecento, contro la stessa idea di controllo di costituzionalità delle leggi, su cui è stato detto e scritto tanto, da dispensarmi da ogni aggiunta.

Le invettive contro l'attivismo giudiziario – specie contro quello della Corte costituzionale – hanno accompagnato la vita di questa istituzione sin dalla sua effettiva introduzione, nel 1956, facendo seguito alle polemiche levatesi in Assemblea costituente, dalle preoccupazioni "liberali" di Orlando alle perplessità "giacobine" di Togliatti[8].

Non deve meravigliare nemmeno, quindi, che il mito della "purezza" della separazione dei poteri si ripresenti con puntualità nei tornanti difficili della storia politica e sociale, europea e italiana in particolare. Non potendosi negare che il legislatore (la politica) mostri serie difficoltà a colmare vuoti di tutela di diritti costituzionalmente protetti, che acquistano evidenza maggiore con l'evoluzione culturale imposta dai tempi, si torna ad affermare, con geometrica coerenza, che, se vuoti ci sono, dev'essere la stessa politica a colmarli, senza che si ricorra a scorciatoie "giuristocratiche"[9]. In altri termini, meglio che un diritto sia meno tutelato, anziché lo sia dal potere sbagliato. La sovranità popolare, base della democrazia, ha il suo rovescio: se i rappresentanti del popolo non vogliono – per contraria, deliberata volontà, per dissidi interni insanabili o per semplice inerzia – non è consentito a nessuno sostituirsi ad esso, qualunque sia la motivazione dell'atto di "supplenza". Se così non fosse, la dinamica dei rapporti tra i poteri dello Stato si trasformerebbe in una corsa demagogica alla popolarità e al potere che ne deriva, specie in una società dominata dall'influenza mediatica.

Abbiamo assistito, negli ultimi decenni, a troppe epopee di giudici "salvatori della Patria", alcuni autentici eroi, altri autentici furbacchioni, per sottovalutare il pericolo rappresentato dalla perdita del senso del limite, dallo spirito di crociata, fanatica o opportunista, dalle carriere politiche costruite all'ombra del controllo di legalità piegato spesso alle esigenze di uno strumentale pan-penalismo. Nel riconoscere tutto ciò, come giuristi costituzionalisti abbiamo nondimeno il dovere di distinguere l'uso dal cattivo uso degli strumenti che un ordinamento costituzionale, improntato sì alla separazione dei poteri, ma anche all'effettività del *Bill of rights*, della sua Costituzione rigida, mette a disposizione degli operatori del diritto, a tutti i livelli.

Nel tentare questa operazione di chiarezza, dovremmo guardarci dall'assumere posizioni politiche pregiudiziali. La storia della giustizia costituzionale[10] – a partire dalla più risalente esperienza statunitense – ci dimostra che il deprecato, o esaltato, "attivismo" dei supremi giudici ha assunto, nelle varie epoche,

7. R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Liberilibri, Macerata, 2004, p. 25 (ed. or.: *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*, American Enterprise Institute Press, Washington, 2003).

8. In realtà, il primo proveniva dal liberalismo autoritario italiano post-unitario, che dai cannoni di Bava Beccaris aveva portato il Regno alle porte aperte alla conquista fascista; il secondo aveva vissuto l'esperienza "democratica" nel regime stalinista.

9. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, p. 282. Ci si riferisce al notissimo (forse troppo) saggio di R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)/Londra, 2004, spec. pp. 221 ss., dove sinteticamente si conclude che i giudici di tutto il mondo sono propensi ad accettare il motto: «*anything and everything is justiciable*», con la conseguenza che l'alto livello etico e politico di molte controversie ha trasformato le corti supreme «*into major political decision-making bodies*».

10. In questo scritto ci limitiamo al circuito giudice comune-Corte costituzionale, anche se la problematica è più ampia.

coloriture "conservatrici" o "progressiste", suscitando ovviamente opposte reazioni negli opposti schieramenti politici, come si accennava prima. Cercheremo quindi di prescindere da queste impostazioni, oggi purtroppo molto seguite.

3. La crisi delle categorie tradizionali

Dalla costruzione di Locke e Montesquieu e da tutta la tradizione dello Stato di diritto liberale abbiamo ricevuto una fondamentale distinzione metodologica, che continua a dominare in molti ragionamenti giuridici, anche quando non viene esplicitata o è addirittura negata. La distinzione è basata sull'assunto, diffuso ancor oggi, che il legislatore è volto verso il futuro, mentre il giudice guarda al passato, nel senso che il primo crea il diritto e il secondo applica il diritto già esistente[11]. Su questo presupposto teorico, in dottrina si distingue tra applicazione e attuazione, anche tenendo presente l'alterazione del quadro dicotomico tradizionale derivante dalla massiccia presenza di norme programmatiche nelle costituzioni contemporanee, in quella italiana in particolare[12].

La *summa divisio*, di cui sopra, risponde a un criterio classificatorio, ad un tempo, razionale e garantista. Razionale perché il giudice dice ciò che è il diritto, sull'ovvio presupposto che esso esista già; garantista, perché ogni norma giuridica, anche quando tutela o introduce situazioni giuridiche attive, pone regole, stabilisce limiti, disciplina rapporti, restringendo così l'indifferenziata libertà con vincoli derivanti da scelte che devono essere approvate da tutti, in quanto riguardanti potenzialmente tutti (*quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet*). Razionalità e legittimazione democratica sono le coordinate entro le quali si iscrive la dinamica delle istituzioni dello Stato liberal-democratico.

Dopo la catastrofe della Seconda guerra mondiale, preceduta dalla catastrofe della democrazia in quasi tutta Europa nel periodo tra le due guerre, la forte presenza, in Italia, all'interno dell'Assemblea costituente, di gruppi politici ispirati al pensiero marxista e a quello sociale cristiano alterò profondamente lo schema tradizionale. Da una parte (marxista) si denunciava l'illusorietà di princìpi e diritti astrattamente sanciti, ma concretamente inesistenti; dall'altra (cristiana) si rivalutava il giusnaturalismo, messo al bando dalla cultura positivista del liberalismo autoritario. Il risultato sconvolgente dell'incontro e della fusione di queste culture messe ai margini, se non escluse, dallo Stato di diritto liberale tradizionale fu che la Costituzione non si limitava a consolidare e garantire le riconquistate libertà civili e politiche, azzerando la "parentesi" fascista, ma imponeva veri e propri vincoli giuridici positivi ai legislatori futuri, i quali, in tal modo, cessavano di essere, come nel passato, "liberi nel fine". Tra la Costituzione-bilancio e la Costituzione-programma, i Costituenti scelsero decisamente il secondo modello, anche perché il bilancio di ciò che c'era alle spalle era disastroso, non solo con riferimento al ventennio fascista, ma anche al liberalismo autoritario pre-fascista, ben recepito dalla dittatura nella complessiva *governance* istituzionale a tutti i livelli[13]. La più acuta dottrina costituzionalistica se ne avvide immediatamente[14], altri stentarono a "digerire" la novità e affrontano tutt'oggi un faticoso travaglio di assimilazione.

Il giudice delle leggi si trovò subito a dover cercare – e ri-cercare continuamente – il giusto equilibrio «tra l'intrinseco carattere di trascendenza della Costituzione e il suo dover essere immanente», oscillando tra il *judicial activism*, che può slittare sino a un eccesso di immanenza, e un *self-restraint*, che può orientarsi pericolosamente verso un eccesso di trascendenza[15]. In questo dilemma, così magistralmente

11. N. Gorsuch, *Di leoni e di orsi, di giudici e di legislatori*, in *IBL (Istituto Bruno Leoni), paper*, 27 aprile 2020, p. 4. Questa impostazione rigorosamente positivistica contrasta, però, con la stessa idea di costituzionalismo, giacché i princìpi costituzionali non consentono di distinguere nettamente il diritto come è dal diritto come dovrebbe essere: *cfr*. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 498.

12. *Cfr*. M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, pp. 5 ss. Lo stesso A., nel rilevare che la distinzione tra applicazione e attuazione della Costituzione «è andata gradualmente smarrendosi», tiene a precisare che «l'attuazione (...) costituzionale non può passare direttamente per le aule di giustizia e (...) la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi della realizzazione del progetto della Costituzione (...)»: *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, pp. 10 ss.

13. Neppure la caduta del regime fascista interruppe una continuità burocratico-amministrativa dello Stato italiano che ha fortemente frenato l'attuazione del disegno costituzionale nel campo del potere esecutivo. *Cfr*., in proposito, S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 47 ss.; anche la riforma "fascistissima", definita "rivoluzionaria" dal regime, stentò ad affermarsi nella realtà istituzionale italiana, nonostante ripetuti sforzi, rimanendo in gran parte sulla carta e nella propaganda ufficiale, bloccata dalla resistenza inerziale degli apparati esistenti: *cfr*. G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 412 ss.

14. È d'obbligo il riferimento a V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, ora in *Id*., *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 145 ss.

15. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (ed. or.: Tipografia veneziana, Roma, 1984), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 113 ss.

sintetizzato, è racchiusa tutta la storia della Corte costituzionale italiana.

L'apparato concettuale ereditato dalla tradizione cominciò a franare sin dalla prima pronuncia della nuova Corte, quando si trattò di decidere il trattamento da riservare alle leggi anteriori alla Costituzione, nell'ipotesi di loro contrasto con quest'ultima. La soluzione più in linea con il quadro tralatizio delle fonti sarebbe stata quella di restringere il controllo di costituzionalità alle leggi successive, lasciando quelle anteriori alla valutazione del giudice comune, secondo l'ordinario criterio cronologico. Così non fu. Affermando la propria competenza a valutare la legittimità costituzionale delle leggi anteriori al 1° gennaio 1948, la Corte si riservò di decidere se le stesse potessero sopravvivere nel nuovo contesto istituzionale e normativo della Repubblica democratica, o risultassero incompatibili con esso, oppure ancora fosse possibile rettificarle, mediante aggiunzioni o sostituzioni, in modo da renderle conformi a Costituzione. Non tutto ciò era scritto nella prima sentenza della Corte, ma ogni cosa deriva da quella prima presa di posizione, senza la quale la storia del controllo di costituzionalità in Italia avrebbe avuto un corso molto differente. Da notare che i primi esperimenti di sentenze additive sono stati compiuti su norme codicistiche anteriori alla Costituzione, emanate in periodo fascista e rese compatibili dalla Corte, mediante "bonifica" giurisprudenziale, con alcuni diritti fondamentali, a cominciare da quello di difesa in giudizio, tutelato dall'art. 24, secondo comma, della Costituzione.

Fin dall'inizio, il giudice costituzionale, per qualificare implicitamente il proprio parametro di validità, la Costituzione, è uscito dalla gabbia della gerarchia delle fonti. Essa non è fonte superiore, allo stesso modo in cui la legge lo è rispetto al regolamento dell'esecutivo, ma base di legittimazione di tutto l'ordinamento giuridico esistente. Non semplice giudizio di conformità/difformità rispetto a una norma superiore, ma collocazione – o ri-collocazione, se anteriore alla Costituzione – della norma censurata nel sistema costituzionale, composto in gran parte di princìpi fondamentali con forte tendenza espansiva.

4. Macrolegalità e microlegalità

I criteri interpretativi adatti al ruolo della Corte costituzionale, quale sintetizzato al paragrafo precedente, anche se costretti nel letto di Procuste dell'art. 12 preleggi – frutto della pretesa autoritaria di imporre una sorta di catechismo ermeneutico –, esplodono a contatto con la materia normativa costituzionale. La contraddizione più vistosa – ed esplosiva, appunto – si coglie se si fa riferimento al criterio della fedeltà alla «intenzione del legislatore». Riferito alle norme programmatiche a sviluppo diacronico – a patto di considerarle norme giuridiche e non semplici proposizioni ottative – porta nella direzione opposta a quella dell'interpretazione letterale, di cui voleva originariamente essere mera integrazione. L'attuazione dei princìpi costituzionali – e dei diritti fondamentali in essi sovente racchiusi – non procede soltanto dalla ricostruzione dell'intenzione dei Costituenti, anche perché i princìpi costituzionali positivizzati nelle disposizioni scritte della Carta sono frutto della fusione[16] di culture e prospettive politico-sociali molto diverse tra loro. L'apertura verso il futuro non è limitata da una ideologia o dottrina specifica, ma è affidata a quell'originale mescolanza di valori – così aborrita dai cultori libreschi di coerenze astratte, ma così ricca di capacità generative – che dà tuttora impulso all'attuazione costituzionale nei momenti migliori della storia della Repubblica e che, in ogni caso, consente alle istituzioni di garanzia di resistere ai riflussi restaurativi in quelli peggiori. L'evoluzione della società, dei suoi bisogni, delle possibilità tecnologiche disponibili, della cultura popolare diffusa richiede, con il passare del tempo, soluzioni originali e prima non pensate o non ritenute praticabili o, al contrario, impone blocchi nell'innovazione, quando non ritorni indietro. Lo stesso concetto di "evoluzione" è relativo: alcuni possono denominare "involuzione" cambiamenti che, in realtà, tendono a ripristinare situazioni socio-politiche precedenti. Anche di questo occorre tener conto quando si compiono ambiziose ricostruzioni storiche della dialettica legislazione-giurisprudenza costituzionale.

Il "futuro" delle norme costituzionali di principio non è univocamente deducibile dal testo della Costituzione, né, al contrario, è lasciato alla libera inventiva della politica. Non è nemmeno consentito che i legislatori futuri adottino la "scelta" di lasciare tutto com'è, giacché quest'ultima opzione avrebbe l'effetto di aumentare in modo intollerabile il divario tra Costituzione formale e Costituzione materiale. Un esempio storico molto noto di questa tendenza è quello che Piero Calamandrei chiamò «ostruzionismo di maggioranza», la tattica (o strategia?) di "congelare" le parti più innovative della Carta del 1948.

Una prima domanda: la non-attuazione della Costituzione, nelle sue parti proiettate verso il futuro, è una scelta giuridicamente legittima?

La mia risposta è negativa. Se le norme "programmatiche" sono vere e proprie norme giuridiche – e

16. Termine che appare più appropriato di quello di "compromesso", frutto di una idea grossolana del processo storico che si è svolto all'interno dell'Assemblea costituente: vds. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 54.

dobbiamo quindi rifiutare la dottrina della Cassazione del dopoguerra, che negava tale natura –, allora non possiamo ritenere che le uniche conseguenze possibili della loro pratica neutralizzazione siano di tipo politico. Così ragionando, la giuridicità sfumerebbe sino a scomparire. D'altra parte, se la giurisdizione nello Stato moderno ha tra i suoi compiti quello di sottrarre i diritti fondamentali alle fluttuazioni occasionali della politica, quale peggior sorte può capitare – e storicamente è più volte capitata – della violazione di una norma-principio di tutela di un diritto fondamentale della/e persona/e attuata mediante semplice inerzia, sia che questa sia frutto di deliberato ostruzionismo, sia che – ipotesi più realistica in tempi più recenti – rappresenti il risultato di pesanti discordie all'interno delle maggioranze politico-parlamentari[17]. Il risultato complessivo sarebbe che la sovranità popolare verrebbe esercitata, ancorché in negativo, oltre i limiti della Costituzione, in spregio dell'art. 1, secondo comma, della stessa.

Ancora di recente è stato ribadito – in occasione di un'importante pronuncia, di cui dirò qualcosa in seguito – che la Corte costituzionale si è trovata nella necessità di bilanciare la legge ordinaria, espressione della rappresentanza democratica, e la superiorità della Costituzione, di cui essa è custode[18]. Nasce spontaneo un interrogativo: è la Corte che compie tale bilanciamento, vincolante per il legislatore, oppure l'equilibrio è frutto dell'assestamento spontaneo tra i poteri dello Stato? Nel primo caso, la Corte sarebbe, in tutto e per tutto, organo "sovrano", nel secondo la delimitazione delle sfere di attribuzione sarebbe tracciabile solo *a posteriori*, opera più di storico che di giurista.

Come spesso accade, nessuna delle due risposte estreme coglie nel segno[19].

Affidare senza riserve l'attuazione delle norme di principio soltanto al Parlamento – cioè alla politica – significherebbe la loro decostituzionalizzazione di fatto, riportando la Costituzione repubblicana al livello di una qualsiasi carta flessibile, teoricamente intangibile, ma praticamente derogabile a piacimento delle forze politiche dominanti, come è avvenuto per lo Statuto albertino, vista l'assenza di un custode dotato di poteri adeguati.

D'altra parte, dare piena fiducia al meccanicismo di Montesquieu, che credeva nella virtù risolutrice del «movimento necessario delle cose», significherebbe sacrificare l'esperienza storica degli ultimi due secoli a un utopismo razionalista che ha subìto innumerevoli smentite.

Forse la risposta più ragionevole può essere trovata riflettendo sul ruolo complessivo del giudice delle leggi nel sistema costituzionale italiano.

L'entrata in vigore di una Costituzione carica di princìpi – corrispondenti ad altrettanti valori sociali affermatisi o riemersi nel secondo dopoguerra – ha stabilmente introdotto nell'ordinamento giuridico italiano un livello di "macrolegalità" e uno di "microlegalità", non divisi e incomunicabili, ma strettamente saldati tra loro con tre modalità differenti in continua integrazione: a) il processo costituzionale in senso proprio; b) l'interpretazione conforme del giudice comune; c) il circuito contenutistico tra legislazione ordinaria e giurisdizione costituzionale.

Non mi soffermerò in modo dettagliato, in questa sede, su ciascuna delle componenti di questo complesso quadro istituzionale. Mi limiterò a sottolineare qualche aspetto attinente alla problematica del cd. attivismo giurisprudenziale del giudice delle leggi.

Se macro- e microlegalità costituiscono un tutt'uno – per la natura immanente della Costituzione – sia i giudici comuni che la Corte costituzionale sono uniti nel medesimo compito di dare ai cittadini la giustizia che hanno ragione di aspettarsi al più alto livello della tutela possibile nelle situazioni date della società, del diritto vigente e delle potenzialità esistenti all'interno dell'ordinamento. Se i giudici comuni hanno il dovere di "rendere giustizia", individuando la norma applicabile al caso concreto, traendola dalle leggi in vigore, anche combinando tra loro frammenti di norme con tecniche di composizione sistematica alla luce dei princìpi costituzionali, la Corte costituzionale ha il medesimo dovere di "rendere giustizia" (costituzionale) fornendo al giudice *a quo*, su sua richiesta, ciò che a questo manca per dare una risposta adeguata (alla Costituzione) alle parti che attendono la sua decisione. La funzione della Corte non è quindi quella di operare un confronto astratto e accademico tra due norme, ma quella di risolvere un problema concreto di costituzionalità, vale a dire introdurre nell'ordinamento una nuova disciplina di una fattispecie o per ablazione radicale di una norma esistente – e conseguente espansione di altre norme

17. *Cfr*. 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*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 149 ss.

18. E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 316.

19. Occorre evitare l'alternativa tra "attivismo" e "passivismo", in modo da dare spazio, in un giudizio più raffinato, a numerose virtù politiche senza che nessuna di essa divenga "tiranna": R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 350 – ed. or.: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1986.

del contesto – o per ablazione parziale e sua trasformazione da come è a come deve essere, secondo una valutazione di macrolegalità[20].

Il punto critico di quest'opera di "bonifica" costituzionale sta nella seconda parte dell'operazione che compie la Corte con le sentenze cd. manipolative, specialmente con le additive. Nessun raffinato ragionamento è sinora riuscito – a mio modesto avviso – a celare l'introduzione nell'ordinamento di una norma nuova, che prima non c'era e la cui immissione compie il "miracolo" di rendere costituzionalmente legittima una norma che prima non lo era. La suggestiva proposta crisafulliana delle "rime obbligate" è stata accolta con sollievo dalla scienza giuridica italiana e ha tacitato la coscienza dei giuristi non disposti a spingersi sino ad ammettere che la Corte costituzionale possa svolgere una funzione normativa. Anche chi, come lo scrivente, aveva testardamente negato che le norme aggiunte dalla Corte venissero reperite, bell'e pronte, nell'ordinamento positivo ha dovuto riconoscere che, se forzatura c'era stata, si trattava di una *felix culpa*, che aveva consentito di dare effettività al criterio interpretativo della Costituzione *magis ut valeat*[21]. Diversamente operando, il giudice delle leggi avrebbe cooperato con un Parlamento inerte o immobilizzato a infliggere ai cittadini gli effetti di norme giuridiche in contrasto con i princìpi costituzionali, che racchiudono, per la maggior parte, diritti fondamentali dei cittadini stessi.

Il tempo è galantuomo e oggi la Corte – provocando, come in passato, altissimi lai – tende ad abbandonare lo schermo delle "rime obbligate", per mostrare con schiettezza il ruolo delle sue decisioni come fonti integrative dell'ordinamento.

In che modo il giudice delle leggi sta compiendo questo ulteriore passo avanti?

5. Il difficile dialogo con il legislatore

Il dialogo con il legislatore era stato, in gran parte, affidato – sino a poco tempo addietro – a due strumenti principali, modulati dalla Corte in vari modi, ma tutti riconducibili a matrici unitarie: a) il meccanismo della "doppia pronuncia"; b) il gioco sui margini di manovra consentiti delle "rime obbligate". Come tutti gli artifici, ancorché frutto di acuto ingegno, l'uno e l'altro erano destinati a durare per un tempo limitato[22]. Anzi, possiamo dire che sono durati davvero a lungo.

Già da molti anni la migliore dottrina ha messo in risalto che la Corte costituzionale crea e potenzia continuamente i suoi strumenti operativi, in quanto manifestazione, sul piano giuridico, della sua "anima politica", che la porta a operare sullo stesso terreno del potere legislativo[23]. Che il giudice delle leggi abbia un'anima politica, oltre che giurisdizionale, è reso palese sia dalla sua composizione che dall'oggetto dei suoi giudizi, che ne fanno il custode della macrolegalità costituzionale ai massimi livelli dell'ordinamento, in stretta compenetrazione con l'applicazione delle leggi nei rapporti sociali quotidiani che cadono sotto il controllo dei giudici comuni.

Non disponendo – come altre Corti – dello strumento dell'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, la Corte italiana ha provveduto a "fare da sé" in vari modi, dalla modulazione degli effetti nel tempo delle proprie pronunce, ai "moniti", rivolti al legislatore, a provvedere alla rimozione di lesioni alla Costituzione, prodotte da azioni od omissioni, arrivando spesso a "minacciare" un proprio intervento diretto sul tessuto normativo. Per lungo tempo è così invalso il metodo della "doppia pronuncia", una prima di monito e una seconda di intervento diretto, nel caso – purtroppo assai frequente – di inerzia legislativa. Come abbiamo visto prima, parlando in generale, il non intervento del Parlamento è, esso stesso, il frutto di una scelta politica, dovuta a cause diverse (mancati accordi, scarico di responsabilità, ignoranza o insensibilità, etc.).

A lungo andare, la Corte ha dovuto prendere atto che la *judicial deference* che stava alla base di mancate pronunce di accoglimento, sostituite da decisioni di inammissibilità con o senza moniti, veniva utilizzata dal mondo politico come comodo espediente per

20. Mi sia consentito il rinvio a G. Silvestri, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo* (in *Storia d'Italia*, *Annali*, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998), ora in *Id.*, *Le garanzie della Repubblica*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 127 ss. Sulla stessa linea di pensiero *cfr.* ora le acute considerazioni e gli interessanti approfondimenti di M. Ruotolo, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, spec. pp. 71 ss.

21. Ho avuto modo di riconoscerlo pubblicamente in occasione di una giornata di studio in ricordo di Vezio Crisafulli (Roma, Palazzo della Consulta, 5 novembre 2010): vds. Aa. Vv., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte Costituzionale Vezio Crisafulli*, Corte costituzionale, Roma, 2011, pp. 54 ss. (www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/Giornata_Crisafulli.pdf).

22. Lo stesso può dirsi dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, regolati con il sistema della sentenza n. 170 del 1984, detta "*Granital*", anch'esso ormai entrato in crisi, dopo oltre trent'anni di onorato servizio. Mi sia consentito sul punto il rinvio a G. Silvestri, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, in *Nuova antologia*, vol. 624, fasc. n. 2293, 2020, pp. 90 ss.

23. F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 54. Sulle "due anime" della Corte *cfr.*, di recente, R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.

riporre nei cassetti problemi spinosi, richiedenti atti legislativi o non sufficientemente produttivi di consenso elettorale o, addirittura, impopolari perché in contrasto con pregiudizi diffusi. Si aveva pure la netta sensazione che i politici preferissero che certe decisioni divisive fossero adottate da un organo non bisognoso di consenso elettorale, contro il quale, se conveniente, si poteva anche inveire senza rischiare di perdere voti.

La debolezza del meccanismo della "doppia pronuncia" è stata messa in rilievo molti anni addietro, non solo sotto il profilo della sua efficacia pratica, ma anche sotto quello della sua idoneità a rispettare la discrezionalità del legislatore. È stato osservato difatti che il monito che non limita tale discrezionalità è inutile, mentre è efficace solo se la limita[24]. Si trattava di un artificio, che non salvava né capra né cavoli, ma che è risultato molto utile per evitare frizioni tra le massime istituzioni della Repubblica, in attesa di tempi migliori. Questi purtroppo non sono venuti e la Corte si è trovata a dover affrontare il problema, troppo a lungo rinviato, del concreto funzionamento del suo dialogo con il legislatore, sia sotto il profilo procedimentale che sotto quello sostanziale. Negli ultimi tempi le innovazioni si sono moltiplicate a un ritmo accelerato[25]. Prenderemo come "campioni" tre argomenti, che attengono a campi diversi, tutti però convergenti sui diritti fondamentali della persona: a) l'aiuto al suicidio, la libertà di autodeterminazione e il diritto alla vita; b) la ragionevolezza e la proporzionalità della pena; c) il diritto sociale dei disabili al sostentamento. Le questioni non saranno esaminate in tutti i loro aspetti, ma soltanto dal punto di vista della dialettica tra ruolo del legislatore e ruolo del giudice costituzionale, quale emerge dalle più recenti pronunce.

6.1. Il caso del suicidio assistito

Il tema dell'aiuto al suicidio e il corretto bilanciamento tra libertà della persona di autodeterminarsi e indisponibilità del diritto fondamentale alla vita è oggetto di un dibattito non solo giuridico, ma direi principalmente etico e filosofico, che in questa sede non avrebbe molta utilità ripercorrere, anche per l'esistenza di una abbondante letteratura, che ne ha esplorato tutti gli aspetti. Ciò che interessa è il modo in cui la Corte costituzionale, in una questione delicata e cruciale, causa di aspri contrasti religiosi, ideologici e culturali – che si convertono in conflitti politici – ha ritenuto di dare una risposta non elusiva a una drammatica domanda di giustizia da parte di un soggetto che reclamava di essere liberato da una gabbia di sofferenze atroci, da lui considerata corrispondente a una gabbia di convinzioni dogmatiche imposte, senza tener conto della sua libertà e della sua dignità.

La Corte parte dal riconoscimento della complessità del problema, sulla cui soluzione convergono esigenze di tutela diverse e contrastanti, da tenere in equilibrio usando dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Nell'ordinanza n. 207 del 2018, il giudice costituzionale elenca le pre-condizioni che dovrebbero – la Corte ha cura di usare il condizionale – essere soddisfatte perché un comportamento attivo di aiuto al suicidio possa essere ritenuto lecito alla luce dei princìpi della Costituzione. Fatte queste precisazioni preliminari, ma essenziali, la pronuncia prosegue con un'affermazione di principio coerente con la sistematica dei rapporti tra poteri dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano. Si legge infatti: «I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei princìpi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

Fin qui siamo sui binari classici della scelta politica, riservata al Parlamento in prima battuta e del controllo di legittimità costituzionale, spettante al giudice delle leggi in seconda battuta. Secondo lo schema della "doppia pronuncia", poiché esisteva un ventaglio di possibilità non univoche, evidenziate dall'uso del condizionale da parte della stessa Corte, la questione avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile, con un monito al legislatore ad adeguarsi ad alcune condizioni – in forme e modi che potevano essere molteplici – per rendere la normativa censurata conforme a Costituzione. In ogni caso – al di là dell'esistenza, o no, delle "rime obbligate" – l'accoglimento avrebbe comportato una sentenza additiva "pesante", più vicina all'opera tradizionale del Parlamento che a quella del giudice delle leggi. La soluzione dell'inammissibilità con monito avrebbe però avuto gli stessi effetti pratici di iniquità di una pronuncia di rigetto, stante l'incapacità, o la non-volontà, del Parlamento di addivenire a una qualsiasi soluzione che non fosse quella di lasciare tutto com'era, perpetuando una disciplina giuridica giudicata dalla Corte, a chiare lettere, incompatibile con la Costituzione.

24. G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 141.

25. Anche con l'adozione di tecniche "miste": *cfr.* C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 217 ss.

La via d'uscita questa volta è stata fortemente innovativa. Scartata la doppia pronuncia, che avrebbe fatto il gioco di chi era insensibile alle atroci sofferenze di un essere umano in nome di astratte coerenze religiose o ideologiche, imposte con la prepotenza autoritaria del potere; scartata la sentenza additiva immediata, per il numero e la rilevanza degli inserimenti normativi, si è preferito il rinvio dell'udienza a data fissa, per dar modo al Parlamento di intervenire sulla norma censurata, secondo i princìpi costituzionali enucleati dalla Corte, ma anche secondo le regole da esso ritenute più appropriate. Una *judicial deference* a tempo, per ovviare alla mancanza di un apposito strumento processuale atto a raggiungere lo stesso scopo, come avviene in altri ordinamenti.

Apriti cielo! Letteralisti, nonché sacerdoti e vestali della tradizione ricevuta, hanno accusato la Corte di eresia costituzionale, accendendo roghi (per fortuna verbali) purificatori. Eppure nessuna norma scritta per la trattazione dei giudizi davanti alla Corte è stata violata, nel senso che si sia compiuto un atto esplicitamente o implicitamente vietato dalle leggi o dalle norme integrative in vigore. La Corte si è avvalsa della facoltà – ad essa indubbiamente spettante – di rinviare l'udienza a data fissa, con una ordinanza in cui ha spiegato i motivi del rinvio. Non violazione di norme scritte, ma allontanamento da una prassi che aveva dimostrato la sua inadeguatezza e che, in più occasioni, si era risolta in una negazione beffarda di tutela. Le alternative a questa soluzione erano tutte foriere di un abbassamento di protezione di princìpi e diritti fondamentali, corrispondenti a valori costituzionalmente tutelati, com'è lucidamente spiegato in chiusura dell'ordinanza[26].

Del resto, se la Corte – poste le premesse di principio enunciate, favorevoli all'illegittimità costituzionale – avesse deciso subito nel senso dell'accoglimento, con un'additiva massiccia, sarebbe stata accusata di usurpazione della funzione legislativa; se avesse emanato una pronuncia di inammissibilità, sarebbe stata tacciata di astensionismo "pilatesco". Dando per scontate dunque le critiche di maestri e maestrini, ha imboccato decisamente la strada del minor danno possibile, che equivale, nel contesto dato, alla miglior tutela concretamente praticabile. Fermo restando che il Parlamento ben potrà regolare con legge la materia, anche dotando la Corte di strumenti processuali già da tempo disponibili in altri ordinamenti. Devo confessare, tuttavia, che non nutro molte speranze in proposito.

Come era prevedibile, il Parlamento non è stato in grado – per insensibilità culturale e/o opportunismo politico – di approvare una legge organica sulla materia, frutto di quella suprema volontà del popolo tanto spesso enfatizzata, con le lagrime agli occhi, da positivisti di vecchio e nuovo conio. A quel punto, la Corte ha attenuato la sua *judicial deference*, che avrebbe portato soltanto a una indefinita perpetuazione di situazioni disumane e contraria al *minimum* accettabile di dignità spettante a ogni essere umano.

Partendo dalla constatazione che il *vulnus* costituzionale era già stato "riscontrato" dall'ordinanza n. 207 del 2018, la sentenza n. 242 del 2019, ribadisce, ancora una volta, che occorre evitare «zone franche», immuni dal sindacato di legittimità costituzionale, saltando, con olimpica indifferenza, le complicate argomentazioni di parte della dottrina, tese a dimostrare che l'eliminazione di tali spazi costituzionalmente neutralizzati non è compito del giudice delle leggi. Il ragionamento – ora come in precedenza – è stato diverso: se non provvede il legislatore a eliminare le ferite alla Carta fondamentale, tale incombenza spetta necessariamente al giudice delle leggi. Chi ha fatto parte di quel collegio può testimoniare che, ogni volta che la Corte si accinge a quest'opera di integrazione, non lo fa a cuor leggero o in preda alla cupidigia del potere – come ipotizzato da anime meschine, che pongono tutti al loro stesso livello – ma molto malvolentieri, sentendo il peso della propria responsabilità di custode della Costituzione e – perché no? – della *caritas* per chi soffra sulla propria carne le conseguenza di rigidità teologiche premoderne, incompatibili con lo spirito umanistico della Costituzione italiana.

È interessante notare che la sentenza prima citata distingue – riguardo ai vuoti di disciplina costituzionalmente inammissibili – tra «criteri di riempimento costituzionalmente necessari» e «contenuto costituzionalmente vincolato». Diventa così esplicito ciò che era implicito sin dall'inizio: obbligate erano le rime, non gli interi versi. In altre parole, le norme nuove immesse dalla Corte non sono le uniche possibili in senso assoluto, ma quelle che alla Corte stessa appaiono indispensabili per colmare in via provvisoria, senza ulteriori indugi, le lacune di tutela trascurate colpevolmente dal legislatore. Che può sempre – se

26. «Va dunque conclusivamente rilevato che, laddove, come nella specie, la soluzione 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, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, 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».

mai ne avesse tempo e voglia – creare discipline più adatte e meglio calibrate.

In questo, come in altri casi, la Corte ha obbedito all'imperativo giuridico e morale di far cessare un'ingiustizia derivante da un anacronismo storico e culturale, che disumanamente anteponeva la purezza di alcune "anime belle" all'atroce sofferenza di esseri umani sfortunati due volte, per essere colpiti da gravi infermità e per essere cittadini italiani. Con la sua decisione, la Corte ha rinunciato alla confortevole neutralità del positivismo "rigoroso" e si è chinata sulla società e sulle persone in carne e ossa. Ha reso giustizia costituzionale.

6.2. L'individuazione della pena "giusta"

Un campo in cui tradizionalmente la discrezionalità del legislatore è salvaguardata in modo rafforzato è quello della determinazione ("dosimetria") della pena. L'interpretazione estensiva del principio di legalità penale ha sempre portato ad affermare che la scelta della pena da infliggere per le singole fattispecie di reato non possa che spettare al Parlamento, in quanto limitativa dello *status libertatis* del cittadino, condizione di esistenza primaria dello Stato liberale di diritto, rimasto incorporato come "cuore antico" nello Stato costituzionale. Ci si rese conto abbastanza presto che anche in questo campo la discrezionalità non può degenerare in arbitrio, che, nella specie, urterebbe principalmente con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), per violazione dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, e con il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), frustrata dallo stato d'animo di chi, pur responsabile di un reato, avverta nella reazione dello Stato una palese ingiustizia, che lo rafforza nella sua posizione antagonista alla legalità o addirittura lo conduca per la prima volta su questa via, nell'ipotesi di infrazioni lievi alle regole di convivenza civile.

Il riconoscimento dell'esistenza di limiti alla discrezionalità legislativa in materia penale era tuttavia temperato, quanto alla determinazione del *quantum* della pena, dalla necessità di trovare un solido e indiscutibile *tertium comparationis* atto a garantire il massimo rigore nel rispetto del criterio delle "rime obbligate".

Ad un certo punto, è apparso palese che il mantenimento del tradizionale *standard* restrittivo lasciava sopravvivere norme che ferivano il più elementare senso di giustizia (nel senso, empirico e laico, di proporzionalità e ragionevolezza). Si comincia a non ritenere più necessario che esista nell'ordinamento un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, ma che si può far leva sulla «presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore» (sentenza n. 233 del 2018). La Corte individua nel diritto vigente una intrinseca contraddizione logica e la elimina, dopo aver constatato l'inerzia del legislatore, non limitandosi a manipolare la norma censurata, ma intervenendo a tutto campo, allo scopo di riportare a coerenza il sistema e non solo la singola norma. Il passo avanti è molto significativo, giacché, come è noto, le norme non sono monadi "senza porte e finestre", ma componenti parziali di una disciplina integrata complessiva, dalla quale si deduce l'effettività regolativa dell'ordinamento in un settore dato.

La Corte si libera, in definitiva, dalla costrizione derivante dall'inattività del Parlamento, che arriva finanche a lasciare in piedi norme in contrasto con la sua stessa logica normativa e sanzionatoria. Per raggiungere quest'obiettivo, il giudice delle leggi pone in atto un'*ars combinatoria*, frutto di proprie deduzioni logiche, sempre superabili tuttavia da parte del legislatore, ferma restando l'esigenza di togliere di mezzo la contraddizione.

Come è noto, la contraddizione della norma con la sua stessa *ratio* è il nucleo centrale minimo del giudizio di irragionevolezza. La Corte ora si spinge oltre: l'eliminazione della contraddizione diviene sistemica, non si ferma alla singola norma, ma riconosce che effetti di palese ingiustizia possono derivare da incoerenze non facili da appianare, ma non per questo maggiormente tollerabili. E allora, pur mantenendosi fedele alla logica complessiva del legislatore, corregge questo o quell'aspetto particolare, senza perdere di vista le connessioni tra le norme, sia nella fase demolitoria, che in quella ricostruttiva. Non è caduto il rispetto per la discrezionalità legislativa, ma soltanto la pratica distorta della *judicial deference*, intesa impropriamente come timore reverenziale.

L'esigenza di far rispettare i princìpi costituzionali in materia di determinazione della pena può, al contrario, richiedere una valutazione del giudice delle leggi non soltanto svincolata dal reperimento di un unico *tertium comparationis*, ma anche dalla comparazione con qualunque altra norma sanzionatoria vigente nell'ordinamento, essendo sufficiente il giudizio di proporzionalità delle pene in rapporto alla gravità delle condotte. Il *tertium* serve al limitato fine di «assistere» la Corte nell'individuazione del trattamento sanzionatorio sostitutivo (sentenza n. 112 del 2019). È la Corte che individua la sanzione più adeguata, avvalendosi, allo scopo, di un armamentario legislativo che facilita il suo compito e, nello stesso tempo, delimita le sue pulsioni "creative".

Sono pezze e rattoppi, talvolta a colori. Epperò, sarebbe meglio lasciare i buchi, quando da questi deriva un trattamento sanzionatorio penale inconciliabile

con la Costituzione? Anche a voler rimanere all'ipotesi storica più lieve, l'inerzia del legislatore, lasciando da parte la deliberata volontà di andare contro la Costituzione, l'interrogativo cui sarebbe opportuno rispondere è se il dovere della Corte è quello di tutelare i diritti fondamentali derivanti dai princìpi costituzionali sulle pene, oppure sacrificare gli stessi all'inattività (volontaria o forzata) dei rappresentanti del popolo. Nella seconda ipotesi, la democrazia rappresentativa avrebbe realizzato una forma di potere assoluto, nella cui orbita i diritti sono quelli, e solo quelli, "concessi" dal sovrano, al quale, rispetto a quello di *ancien régime*, è tolto soltanto il potere di cancellare arbitrariamente quelli già da esso stesso concessi. L'effetto pratico complessivo non sarebbe dissimile da quello promanante dalla concezione autoritaria dei diritti come effetto dell'autolimitazione dello Stato, sia pure identificato nelle transeunti maggioranze parlamentari.

Anche nel campo del diritto penale la Corte mostra di voler seguire la nuova metodica di attuazione pratica della *judicial deference*, tentando di instaurare un rapporto dialettico con il Parlamento, nella inesausta speranza che i suoi monologhi si trasformino finalmente, per volontà del legislatore, in proficui dialoghi.

Sul tema molto delicato del bilanciamento tra libertà-diritto all'informazione del giornalista e diritto alla reputazione della persona, la Corte muove da un'affermazione molto importante, di grande rilievo teorico, oltre che pratico. Al punto 7.3 del *considerato in diritto* dell'ordinanza n. 132 del 2020, si legge: «Il punto di equilibrio tra la libertà di "informare" e di "formare" la pubblica opinione svolto dalla stampa e dai media, da un lato, e la tutela della reputazione individuale, dall'altro, non può essere (...) pensato come fisso e immutabile, essendo soggetto a necessari assestamenti, tanto più alla luce della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni». Con molta chiarezza, quasi pedagogica, la Corte ribadisce la sua concezione di sempre sulla mobilità e provvisorietà delle linee di assestamento tra princìpi e diritti fondamentali in conflitto. Queste ultime dipendono da una pluralità di fattori – non ultima la giurisprudenza della Corte Edu – che sarebbe bene fossero valutati dal Parlamento, ma che non possono essere lasciati nel limbo dell'indifferenza se la politica – per insensibilità culturale, opportunismo tattico o persino antagonismo, consapevole, ma non confessato, agli sviluppi attuali della tutela dei diritti – resta inerte, rinnovando, in forme e contesti diversi, il vecchio «ostruzionismo di maggioranza» denunciato, molti decenni orsono, da Piero Calamandrei. Oggi come allora, l'ostilità verso l'innovazione costituzionale tenta di vestirsi dei nobili panni del rispetto della sacra volontà del popolo sovrano, enfaticamente esaltata o degradata a "populismo", a seconda delle convenienze del momento.

Dopo aver illustrato i punti critici dell'equilibrio tradizionale, la Corte mette in rilievo che una tutela adeguata di entrambi i diritti fondamentali in gioco non implica necessariamente la pena detentiva per il giornalista riconosciuto colpevole di diffamazione, se non per le condotte «di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi di odio» (punto 8 del *considerato in diritto*). Infine l'appello al Parlamento, in termini simili a quelli usati nel "caso Cappato" e il rinvio a udienza fissa della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale[27].

Ci sarà questa volta maggior fortuna? Lo spero proprio, anche se sono scettico in proposito. La Corte andrà comunque avanti per la sua strada – senza farsi paralizzare da invettive politiche e dottrinali – e anche questa volta avrà adempiuto, come può e come le riesce, al suo dovere di rendere giustizia.

6.3. Il "minimo vitale" per la sopravvivenza degli invalidi. La Corte non si arrende al primo ostacolo

In passato si era sviluppata un'intensa discussione sulle sentenze costituzionali "costose" e, da parte di settori della dottrina, era stata criticata la rincorsa al rialzo che si innescava ogni qual volta una certa categoria di dipendenti pubblici usufruiva di miglioramenti economici, ritenuti successivamente dalla Corte irragionevolmente non estesi ad altre categorie assimilabili a quelle avvantaggiate. Esigenze di bilancio e di maggior tutela della discrezionalità legislativa indussero il giudice delle leggi ad abbandonare la strada delle estensioni in via giurisprudenziale dei benefici concessi dal legislatore. In questo indirizzo restrittivo aveva avuto la sua parte l'acquisita consapevolezza, da parte della Corte, del gioco di sponda messo in atto dalla politica, la quale, pur consapevole dell'incostituzionalità di vantaggi elargiti per soddisfare interessi micro-corporativi, lasciava al giudice costituzionale il compito, e la responsabilità, di infliggere duri colpi alle finanze pubbliche, pareggiando

27. «Considerato (...) che vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere, questa Corte ritiene opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni ora sottopostele a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i princìpi costituzionali e convenzionali sopra illustrati».

verso l'alto le irragionevoli disparità venutesi a creare. Né sarebbe stato possibile eliminare il privilegio, invece che estenderlo, poiché – a parte la difficoltà processuale, superabile, di sollevare questioni esclusivamente *in malam partem*, senza ricadute positive per alcuno nel processo *a quo* – si sarebbe offerto terreno favorevole a esercitazioni demagogiche a costo zero: noi vi avevamo concesso quanto chiedevate; purtroppo la Corte costituzionale non ha voluto...

Negli ultimi decenni l'obiettivo di appianare disparità di trattamento economico di diverse categorie di persone è stato ricondotto a un'area, quella dei soggetti fortemente disagiati e bisognosi, in cui la coattività delle norme costituzionali di tutela sociale appare più evidente e la discrezionalità legislativa, esercitata in danno di soggetti deboli, si rivela particolarmente odiosa.

Un esempio cospicuo nella direzione cui si accennava sopra è rappresentato dalla sentenza n. 152 del 2020. Di questa pronuncia mi interessa mettere in rilievo alcuni punti, tra i tanti meritevoli di attenzione.

a) Esistono evidenze economico-sociali che non richiedono sforzi dialettici motivazionali: «L'importo mensile della pensione di invalidità, di attuali euro 286,81, è innegabilmente, e manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il "minimo vitale" e non rispetta, dunque, il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del "diritto al mantenimento" garantito ad "ogni cittadino inabile al lavoro" dall'art. 38, primo comma, Cost.» (punto 3.3 *considerato in diritto*). Di fronte alla prospettiva della morte per inedia non c'è discrezionalità legislativa che tenga!

b) Viene ribadito che la Corte non può procedere a un intervento manipolativo volto a individuare un'altra cifra, ritenuta dalla Corte stessa più adeguata di quella vigente. Ciò sia per l'eterogeneità di altri emolumenti evocati in comparazione dal rimettente, sia per la pluralità delle soluzioni prospettate (punto 3.5 *considerato in diritto*).

c) La Corte tuttavia non si arrende e cerca altre vie, anche indirette, per rispondere alla domanda di giustizia ad essa indirizzata. Prima di pronunciare il fatale *non possumus* (comoda scappatoia di tanti giudici), esplora tutte le possibilità e prende in seria considerazione una questione sollevata dal rimettente in via subordinata. L'art. 38, comma 4, della legge n. 448/2001 condizionava la cd. "integrazione al milione" di lire[28] al compimento del sessantesimo anno di età. Il giudice delle leggi ha avuto buon gioco nel rilevare l'irragionevolezza di tale barriera anagrafica, «in quanto il soggetto totalmente invalido di età inferiore si trova in una situazione di inabilità lavorativa che non è certo meritevole di minor tutela rispetto a quella in cui si troverebbe al compimento del sessantesimo anno di età. (...) Le minorazioni fisico-psichiche, tali da importare un'invalidità totale, non sono, infatti, diverse nella fase anagrafica compresa tra i diciotto anni (ovvero quando sorge il diritto alla pensione di invalidità) e i cinquantanove, rispetto alla fase che consegue al raggiungimento del sessantesimo anno di età, poiché la limitazione discende, a monte, da una condizione patologica intrinseca e non dal fisiologico e sopravvenuto invecchiamento» (punto 4.3 *considerato in diritto*). L'eliminazione del limite di età ha avuto l'effetto automatico di incrementare l'emolumento sino a una misura non tratta dalla fantasia della Corte, ma già prevista dal legislatore, ancorché irragionevolmente inibita agli infrasessantenni.

Anche in questo caso, la Corte ha reso giustizia costituzionale.

7. La Corte costituzionale rifiuta il "quieto vivere" e "rende giustizia"

In tutti i casi-campione citati nei paragrafi precedenti, e in molti altri, la Corte avrebbe potuto arrestarsi alla constatazione dei limiti istituzionali dei propri interventi demolitori e ricostruttivi, ove avesse interpretato il suo ruolo come controllore tecnico di conformità o difformità tra due norme astrattamente considerate. Ciò avrebbe evitato polemiche, levate di scudi e previsioni apocalittiche. E tuttavia le pagine delle sentenze "eretiche" appaiono pervase da un'ansia di "giustizia", non di quella immortale e trascendente del giusnaturalismo religioso né di quella scolpita nel cuore dell'uomo dell'illuminismo laico, ma di quella legata al senso di solidarietà verso ogni persona umana, la cui esistenza sociale si identifica con la dignità, secondo quanto emerge in modo evidente già dal primo comma dell'art. 3 della Costituzione italiana.

Dopo Auschwitz, il *gulag* e i tanti orrori del XX e, ahimè, ancora del XXI secolo, nessuna coscienza può acquietarsi al rispetto formalistico dei limiti imposti dalla tradizione, se esiste anche una minima possibilità di cancellare una causa di sofferenza, togliere di mezzo una disparità di trattamento irragionevole, consentire a un essere umano di condurre un'esistenza «libera e dignitosa» (art. 36, primo comma, Cost.). Lo spettro di creare una situazione di *summum ius summa iniuria* dovrebbe sempre sovrastare il giudice quando decide e il giurista quando si compiace di sottili ragionamenti.

28. Pari a euro 516,46, divenuti, con gli aggiornamenti di legge, 649,45 per il 2019 e 651,51 per il 2020.

Rendere giustizia costituzionale significa contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme "super-primarie", per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l'autorità dello Stato. Un principio costituzionale non può diventare "vivente" o restare lettera morta a colpi di maggioranza, né del Parlamento né della stessa Corte costituzionale. Tra questi due organi costituzionali si instaura, con fasi di alti e bassi, una dialettica continua, molto complessa e i cui sviluppi sono difficilmente prevedibili. Il costituzionalista non può che auspicare che la Costituzione sia davvero considerata, dall'una e dall'altra parte, *higher law* e non sterile insieme di idealità sovrapposto all'ordinamento giuridico "ordinario", che regola i rapporti quotidiani della nostra vita. Per parte mia, non penso che un giudice costituzionale possa ritenersi soddisfatto se non ha impiegato tutti i mezzi che la sua cultura (non solo giuridica) gli offre per affermare, in ogni piega della società e in ogni angolo del sistema normativo, il primato della Costituzione e dei suoi princìpi. Se poi tali mezzi non esistessero, la creazione pura e semplice di nuove norme scardinerebbe quel principio supremo della separazione dei poteri, che garantisce effettività e sicurezza sia alle istituzioni politiche che a quelle di garanzia.

Tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l'aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda.

L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo

di *Massimo Luciani*

L'alternativa tra attivismo e deferenza del giudice interessa il diritto, ma non si fonda su precise categorie giuridiche. Semmai, essa rimanda all'autointerpretazione del giudice, alla posizione istituzionale ch'egli si riconosce e al tipo di rapporto ch'egli concepisce fra interpretazione e testo. In questa prospettiva, presenta criticità insormontabili la dottrina secondo la quale al giudice sarebbe consentito (e addirittura richiesto) assicurare la giustizia del caso singolo più che la corretta applicazione della legge. Resta però fermo il potere-dovere del giudice di adire la Corte costituzionale laddove tale applicazione producesse risultati illegittimi.

1. Stati d'animo, tratti caratteriali e ideologie / 2. Giudici o dispensatori di giustizia del caso singolo?

1. Stati d'animo, tratti caratteriali e ideologie

Attivismo e deferenza (del giudice), *judicial activism* e *judicial restraint*, non sono categorie giuridiche. Almeno, non lo sono più di ardimento e timidezza, di *boldness* e di *shyness*.

Ardimento e timidezza non sono senza effetti nel concreto farsi della giurisdizione: l'approccio alla regiudicanda, all'udienza, all'escussione dei testi, alla scrittura della motivazione, non sarà mai il medesimo se il giudice è ardimentoso o timido, ma non per questo ci dedichiamo a sottili discettazioni sulla qualificazione dommatica dei due stati d'animo o tratti caratteriali, che per la scienza giuridica sono solo questo. Stati d'animo o tratti caratteriali, appunto.

Nel caso dell'attivismo e della deferenza, certo, si fa anche un passo oltre lo stato d'animo, oltre il tratto caratteriale, e si entra nel dominio dell'ideologia, ma non per questo si disegnano categorie che abbiano una loro giuridica autonomia. Tutti i tentativi di definire con giuridica precisione l'attivismo e la deferenza del giudice sono infatti falliti e – anzi – sono logicamente destinati al fallimento.

i) Consideriamo come viene usualmente definita la deferenza.

L'idea di fondo è ch'essa sia una specifica declinazione del rapporto fra il giudice e la politica, che compare quando il primo si manifesta incapace di sottrarsi alla logica della seconda. Ma cosa significa? Non molto, in verità.

Per "politica" possiamo infatti intendere, almeno pel profilo della sua emersione istituzionale, sia l'indirizzo politico soggettivamente imputabile al Governo, sia l'indirizzo politico per come oggettivatosi in norme di legge o d'altra fonte. A quale politica ci si riferisce, allora, quando si parla di deferenza del giudice?

Il cinema, che frequentemente offre evocativi ammaestramenti anche al mondo del diritto[1], ce ne ha regalato uno assai significativo in *Amistad* (una

1. Vds., fra gli ormai numerosi scritti dedicati all'argomento, G. Rizzoni, *La democrazia al cinema. I dilemmi del costituzionalismo in sette film*, Meltemi, Milano, 2020 (II ed.) – che dedica un capitolo proprio al film *Amistad*, diretto da Steven Spielberg, del quale dirò più avanti.

pellicola, al contrario di quanto si crede, centrata meno sul razzismo che sul diritto e i suoi riti), che molto ci aiuta a comprendere la questione.

Il giovane giudice Jeremy Coglin viene scelto dal Presidente Martin Van Buren per giudicare lo spinoso caso degli africani della goletta "Amistad" (caso che, come è noto, giungerà sino alla Corte suprema, la quale, con una motivazione scritta da Story, darà torto all'Esecutivo)[2], sostituendo il magistrato precedentemente assegnato al caso. La ragione della scelta è semplice: il Governo degli Stati Uniti, per mantenere buoni rapporti diplomatici con la Spagna, vuole che sia negato ad alcuni africani lo *status* di uomini (nati) liberi e pensa di poter condizionare un giudice giovane (e ambizioso, suggerisce il film), qual è il prescelto. Il film, a questo punto, immagina che Coglin, nella finzione un cattolico di origini irlandesi, il giorno prima del verdetto vada in chiesa e reciti un appassionato *Confiteor*, così suggerendo agli spettatori ch'egli si stia preventivamente mondando del peccato che commetterà seguendo per interesse personale le indicazioni dell'Esecutivo. In una scena di rara intensità, invece, il giovane magistrato, sorprendendo tutti, ordina la liberazione degli africani ingiustamente considerati schiavi, dispone ch'essi siano riaccompagnati in Sierra Leone, rigetta le pretese del Governo federale, del Governo spagnolo e dei guardiamarina che avevano intercettato la goletta su cui si trovavano gli africani quando avevano toccato il suolo americano, ordina addirittura l'arresto (gridando, per sovrastare il tumulto dell'aula, «by federal marshals, on the charge of slave-trading») dei negrieri che la comandavano.

Cosa ha dimostrato, decidendo come ha deciso, il giovane magistrato (nella realtà si trattava di Andrew T. Judson e le cose non erano andate esattamente come immagina il film[3])? È stato deferente o no, nei confronti della politica? La risposta, se si parte dalle premesse usuali, è impossibile. Certo, con coraggio e integrità morale, egli ha fatto valere appieno la propria indipendenza, ribellandosi alle lusinghe di un Esecutivo che molto poteva condizionare la sua carriera: non è stato deferente, pertanto, nei confronti della politica intesa nel primo senso. D'altro canto, egli è stato pienamente rispettoso della politica oggettivatasi in norme, sia costituzionali che legislative (e internazionali): chiunque legga con lo sguardo rivolto appunto alle norme gli atti (assai corposi, invero) del successivo giudizio davanti alla Corte suprema non può non convincersi dell'esattezza già della decisione della Corte inferiore sullo *status* degli africani e sulle relative conseguenze, sicché il bravo Coglin è stato deferente (se intendiamo per "politica" quella oggettivatasi in norme). Come si vede, non se ne esce.

La deferenza, tuttavia, può essere intesa in un senso parzialmente diverso, cioè come una specifica declinazione del rapporto fra il giudice e il testo della norma[4], come una manifestazione del rispetto che il primo presta al secondo. Anche qui, però, non si cava un ragno dal buco, perché quel che si fa quando si parla di deferenza in questa prospettiva non è altro che riproporre, con altre parole e da altra angolatura, le tradizionali alternative della teoria dell'interpretazione giuridica, senza aggiunger loro nulla di nuovo.

Stavolta è il teatro a offrirci delle indicazioni istruttive.

Porzia, nel *Mercante di Venezia*, sembra a prima vista il paradigma del giudice deferente nei confronti del testo normativo, ma non è così[5]. La deferenza che ostentatamente mostra è nei confronti delle norme *del* contratto, ma non nei confronti delle (preliminari) norme *sul* contratto, in particolare sulla sua interpretazione. Quelle norme sono salde e risalenti nella tradizione giuridica occidentale (non v'è certo bisogno di evocare il vigente art. 1362 cc, che Shakespeare non poteva ovviamente conoscere) e vogliono la valorizzazione della volontà delle parti, una volontà che Porzia intenzionalmente ignora, trascura, annichilisce. Porzia, l'astuta Porzia, *è stata* dunque e allo stesso tempo *non è stata* deferente. Non è un caso che possa essere trattata, ancora oggi, da paladina della giustizia sostanziale[6] oppure (assai più

2. 40 U.S. 518; 10 L. Ed. 826.

3. In particolare quanto alla sostituzione da parte del Governo e alla parte della decisione di cui si parla nel testo, relativa all'arresto (in effetti non disposto) degli spagnoli Ruíz e Montes: *cfr*. W.A. Owens, *Black Mutiny. The Revolt of the Schooner Amistad*, Black Classic Press, Baltimora, 1997 (1953), pp. 237 ss. Le pressioni esercitate dall'Esecutivo, invece, sembra siano state reali.

4. Do per scontato, ma non ne saranno sorpresi i pochi che sanno come la penso, che la norma "esista" prima che il giudice, miracolosamente, la "crei". Sul punto, si consentirà il rinvio al mio *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.

5. Considerazioni sulla figura di Porzia più ampie di quelle accennate nel testo sono nel mio *Intervento* (alla presentazione di M. Cartabia e L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Il Mulino, Bologna, 2018), in *Riv. it. sc. giur.*, n. 9/2018, pp. 255 ss. Vds. anche, a dimostrazione dell'esistenza di due letture antitetiche di quella figura che sono date anche dai giuristi, L. Pepino e N. Rossi, *Il potere e la ribelle. Creonte o Antigone? Un dialogo*, EGA, Torino, 2019. Inutile sottolineare che la posizione critica di Rossi mi appare di gran lunga la più corretta.

6. M. Cartabia, *A due voci*, in M. Cartabia e L. Violante, *Giustizia e mito*, *op. cit.*, p. 130.

convincentemente) come «an impostor» e «a hypocrite»[7]. Anche qui non se ne esce.

ii) Le cose non cambiano se passiamo all'attivismo. Come e più che nel caso della deferenza, del *restraint*, non solo è vero che «"judicial activism" is defined in a number of disparate, even contradictory, ways»[8], ma anche che non c'è verso di sceglierne una condivisibile e corretta (io stesso ne assumerò fra poco una, ma consapevole dei suoi limiti intrinseci), perché pure qui è la stessa espressione da definire che è strutturalmente ambigua e giuridicamente inconsistente. La sua stessa storia lo dimostra ampiamente e non è nemmeno il caso di chiedersi quando essa sia comparsa (l'opinione più accreditata è che la sua diffusione si debba a un articolo di Arthur Schlesinger del 1947 sull'ideologia dei giudici della Corte suprema, allora presieduta da Vinson)[9], perché quel che conta è che tanto la letteratura statunitense quanto quella – ancillare – europea o di altri Paesi è da decenni ricca di prove dell'impossibilità di darne una definizione giuridicamente accettabile.

Due idee, comunque, spiccano fra le altre (alcune delle quali sono a dir poco singolari: si pensi alla tesi che qualifica attiviste le corti che dichiarano frequentemente incostituzionali le leggi e deferenti quelle che lo fanno raramente, il che significa postulare irragionevolmente che simili statistiche abbiano un senso a prescindere dal contesto e dai contenuti delle leggi scrutinate).

La prima idea è che l'attivismo giudiziale si caratterizzi per l'impegno a realizzare alcuni obiettivi di progresso sociale, essenzialmente nel dominio dei diritti costituzionali. L'attivismo, pertanto, sarebbe il portato di un'ideologia "di sinistra", mentre la deferenza sarebbe "di destra". L'inconsistenza di questa opinione è evidente.

Anzitutto, è addirittura banale notare che non c'è nulla "di sinistra" nel confidare nel giudice anziché nelle istituzioni rappresentative (o in quelle partecipative, come il *referendum*) al fine di raggiungere obiettivi di progresso sociale. La magistratura (professionale) è un'istituzione aristocratica e non è affatto "di sinistra" servirsene come surrogato dell'azione politica o della lotta sociale pel solo fatto che si è incapaci di condurle e di esercitare egemonia. Non solo. Come ha finemente colto Luigi Cavallaro[10], è storicamente dimostrato che dottrine come quella dell'"uso alternativo del diritto" hanno prodotto l'esatto contrario di quel che intendevano ottenere, pacificamente accompagnando la logica profonda della ristrutturazione capitalistica che andava delineandosi già alla metà degli anni settanta (una ristrutturazione che oggettivamente *voleva* il depotenziamento della decisione politica dei parlamenti e il riflusso del soddisfacimento dei diritti nell'alveo di plurime e "dialoganti" giurisdizioni).

Inoltre, l'attivismo (facciamo conto che lo si possa minimalmente, per quanto insoddisfacentemente, definire almeno come un atteggiamento di uso disinvolto dei canoni ermeneutici al fine di raggiungere obiettivi pratici cari al giudice) non ha un colore predefinito. Infatti, quale che sia la nozione di attivismo in cui ci si riconosce, che ci sia un attivismo "di destra" è palese e viene dimostrato ogni giorno in tutte le esperienze giuridiche. Cito, per semplicità, un solo caso, cioè la sentenza della Corte suprema nel caso *Bush vs. Gore*, universalmente ritenuta un esempio paradigmatico di attivismo conservatore, e comunque non certo ascrivibile al filone delle pronunce pensose del progresso sociale. In realtà, «every form of judicial action bears some social consequences, if only for the parties involved»[11], il che significa che si può essere benissimo attivisti progressisti e attivisti conservatori, senza che l'una o l'altra cosa determini una qualsivoglia contraddizione.

Certo, è palese che per molti c'è un attivismo "buono" e un attivismo "cattivo". Anzi, è palese che la qualificazione è "a singhiozzo", nel senso che per i progressisti l'attivismo è buono se è progressista ed è cattivo se è conservatore, mentre per i conservatori è buono se è conservatore ed è cattivo se è progressista. Tutto questo, però, dipende dall'ideologia, non da un ragionamento che sia pur minimamente giuridico. Per quanto mi riguarda, ho in mente una ben diversa concezione del giurista, cioè – come non mi stanco di ricordare – quella luminosamente incarnata da un Maestro come Lodovico Mortara, il quale, dopo aver riconosciuto in una sentenza della Corte d'appello di

7. La cronaca del *New York Times* del 27 luglio 2016 riferisce in questo modo il contenuto della "sentenza" pronunciata da un collegio presieduto da Ruth Bader Ginsburg su un "appello" (parzialmente accolto) di Shylock, in un giudizio tenutosi prima a Venezia nel 2016 e poi a Washington nel 2017.

8. K.D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, in *Cal. L. Rev.*, vol. 92, n. 5/2004, p. 1443.

9. In questo senso, fra gli altri, K.D. Kmiec, *The Origin*, *op. ult. cit.*, p. 1446.

10. L. Cavallaro, *Giurisprudenza. Politiche del desiderio ed economia del godimento nell'Italia contemporanea*, Quodlibet, Macerata, 2015, p. 119.

11. T. Henderson, *Social Change, Judicial Activism, and the Public Interest Lawyer*, in *Wash. Univ, Jour. of Law & Policy*, vol. 12, 2003, p. 39.

Ancona da lui presieduta (poi ovviamente cassata), all'alba del Novecento, il diritto di voto politico alle donne, all'incredulo giornalista del *Giornale d'Italia* che l'intervistava, chiedendogli cosa gli fosse mai passato per la mente, confessò d'essere sulla questione (così il felice titolo dell'intervista) «personalmente contrario», ma «giuridicamente favorevole»: lo Statuto parlava di «regnicoli» e il testo doveva essere rispettato, perché "regnicoli" non potevano che essere tanto gli uomini quanto le donne, per quanto la politica non fosse pane per i loro denti[12]. Reclamo, pertanto, il diritto (anzi, il dovere) di dire che (a mio avviso, s'intende!) sentenze come *Bush vs. Gore* e *Obergefell vs. Hodges* sono entrambe, puramente e semplicemente, *sbagliate* perché disattendono sia la legge che la Costituzione, per quanto l'una sia attivista conservatrice e l'altra attivista progressista: il giurista che non usa un linguaggio di verità (non mi si dica che non si sa cosa quest'espressione filosoficamente significhi, perché è sin troppo chiaro almeno quale sia il suo *meaning* per il *common sense*), a me sembra, non assolve alla funzione sociale che gli è confidata.

L'altra idea principale dell'attivismo è quella che lo collega alla norma in modo speculare rispetto alla deferenza, sì che sarebbe attivista il giudice che si discosta dal testo e deferente quello che vi si attiene. Qui, però, basta rovesciare le osservazioni già fatte a proposito della dottrina sulla deferenza e non c'è nulla da aggiungere.

Insomma: attivismo e deferenza sono categorie sociologiche e segnate da un tasso considerevole di ideologismo che interessano molto il diritto, certo, ma non sono giuridiche.

2. Giudici o dispensatori di giustizia del caso singolo?

Se le cose stanno così, insomma, dobbiamo tornare alla questione delle questioni, cioè a quella dell'autointerpretazione del giudice – mi riferisco al giudice solo per semplicità, perché il discorso riguarda appieno (*mutatis mutandis*) anche la magistratura requirente –, autointerpretazione che dipende dalla sua concezione della divisione dei poteri e dalla teoria dell'interpretazione giuridica in cui si riconosce.

Ora, escludo che in questa sede si possa anche solo sfiorare un tema di questa portata. Mi limito a un'osservazione di vita vissuta.

Conosco molti magistrati, tutti parimenti stimabili per qualità morali e intellettuali, che manifestano (e confessano) di concepire e praticare atteggiamenti esattamente opposti nell'opera di amministrazione della giurisdizione. Il nodo è la giustizia sostanziale o del caso singolo: si deve fare di tutto (anche a costo di forzare o addirittura violentare le fonti da applicare) per dare al caso la soluzione più "giusta"? Oppure si deve restare un passo indietro, perché non spetta al giudice rendere *Giustizia*, ma solo esercitare la *giurisdizione*?

Confesso che, sebbene la prima tesi sia enunciata, ripeto, da magistrati rispettabilissimi (lasciamo perdere la dottrina, che può sostenere ciò che vuole visto che non ha il compito e la responsabilità di mettere in atto le proprie costruzioni intellettuali), non riesco proprio a comprendere come si faccia a condividerla.

Mi si consentano alcuni interrogativi, in apparenza impertinenti, ma in realtà semplicemente e sinceramente preoccupati. Chi dà al giudice la sicurezza di conoscere la soluzione "giusta", al di là di quella "legale", nel politeismo dei valori in cui siamo immersi? Cosa l'autorizza a pensare d'essere in grado da solo d'intendere le correnti profonde della società, per poi trarne ispirazione per decidere il caso singolo, quando quelle correnti restano spesso nascoste anche alla più raffinata e collettiva indagine scientifica? Quale fondamento, in ordinamenti come il nostro, avrebbe il reclutamento del giudice professionale una volta che questi si senta autorizzato ad agire da filosofo morale? Che certezza si può mai avere che i *propri* convincimenti morali siano quelli "buoni" o che anche semplicemente coincidano con quelli del corpo sociale? Per quale ragione non si trae insegnamento dalla paradigmatica esperienza della dottrina dell'interpretazione affermatasi nel nazionalsocialismo (che andrebbe studiata sui banchi d'università per vaccinare contro imprudenti scivolamenti "sostanzialistici"), tutta volta ad affermare il primato della giustizia del caso singolo?

La realtà è che tutte queste sono domande retoriche e che tutte reclamano risposte nettamente critiche. Nello Stato costituzionale di diritto, tuttavia, rifiutarsi di rendere giustizia nel caso singolo non è un problema, perché se il giudice ritiene che la regolazione legale del caso singolo sia ingiusta a causa della violazione di princìpi morali ha dalla sua uno strumento assai efficace: verificare se quei princìpi morali siano stati positivizzati (cioè, in senso proprio, se si siano fatti *diritto positivo*) in Costituzione e procedere, in caso affermativo, a promuovere un incidente di costituzionalità (in caso negativo, dovrebbe essere inutile dirlo, nell'esercizio della giurisdizione non si

12. Per la ricostruzione della vicenda, vds. N. Sbano (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

può tenerne conto, pena l'intollerabile soggettivismo della decisione). Non ha, invece, lo strumento della distorsione del precetto normativo attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione che giunga a essere incurante del testo, così "dissimulando"[13] la disapplicazione della legge cui il giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost., dovrebbe essere assoggettato. Nessuna forzatura, nessuna violenza ha ragione d'esser fatta: è l'ordinamento che incrocia legalità e legittimità e ne consente la riconciliazione attraverso il controllo di costituzionalità.

Il problema, allora, si sposta sulla giurisdizione costituzionale, perché è a lei che spetta dare le risposte, non essendole consentito – invece – porre le domande[14]. E qui l'impermeabilità nei confronti del suggestivo richiamo allo spirito dei tempi, agli equilibri della società civile, alle esigenze di legittimazione dal basso, dovrebbe essere assoluta. In questa prospettiva mi permetto di ribadire quanto già osservato in altra occasione, cioè che alcune tendenze recenti della nostra Corte, che parrebbe aver diffusamente recepito la retorica dell'apertura alla società civile, sollecitano interrogativi sui loro possibili sviluppi, inducendo ad auspicare che la pratica mostri una prudenza maggiore delle dichiarazioni di principio. Ma sono cose che, appunto, ho già detto in commento alla recente riforma delle «Norme integrative» e che non è il caso di ripetere qui[15].

Ripeto, invece, la citazione, già fatta altrove, di un decisivo passo di Rudolf von Jhering, tratto dalle pagine di *Der Kampf um's Recht* ch'egli dedicò proprio alla figura di quella Porzia che è l'eroina dei teorici della giustizia del caso singolo. L'astuzia della (falsa) giudice Porzia era servita, certo, a salvare Antonio, ma a che prezzo? Al prezzo altissimo della distruzione delle leggi di Venezia: «*Sein* Recht [il diritto di Shylock] und das Recht *Venedigs* sind eins; mit *seinem Recht* stürzt letzteres selber»[16]. Il diritto di Shylock e il diritto di Venezia sono una cosa sola. Distruggere il primo, per quanto a fin di bene, significa distruggere il secondo. Non è un prezzo che lo Stato costituzionale di diritto si possa permettere di pagare.

13. Lo nota, con opportuna durezza, L. Cavallaro, *Giurisprudenza*, *op. cit.*, p. 125.

14. Salva l'ipotesi, statisticamente marginale, dell'autopromovimento della questione di costituzionalità.
La formulazione da parte della Corte di domande al legislatore (con le sentenze monito o con la formula della doppia pronuncia utilizzata, da ultimo, nel caso del fine vita), ovviamente, è possibile, ma riguarda un ordine di rapporti ben diverso da quello di cui si dice nel testo.

15. M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 402 ss. Già prima, nel corso di un seminario organizzato dalla stessa Corte costituzionale, avevo criticato le ipotesi dottrinali che sollecitavano il passo che poi sarebbe stato (imprudentemente, ritengo) compiuto con l'approvazione delle nuove «Norme integrative» – *cfr*. M. Luciani, *Intervento*, in Aa.Vv., *Interventi di terzi e "*amici curiae*" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali* (atti del seminario, Roma, 18 dicembre 2018), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 133 ss..

16. R. v. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, G.J. Manz'schen Buchhandlung, Vienna, 1872, p. 64 (c.vo nell'orig.).

La Corte nel contesto

di *Diletta Tega*

La diversità delle tendenze in cui si è articolata la giurisprudenza costituzionale e il mutare delle sue costruzioni interpretative riflettono anche il costante tentativo della Corte costituzionale di continuare ad approvvigionarsi del massimo possibile di legittimazione delle proprie decisioni, tenuto conto del contesto in cui esse dispiegano i propri effetti.

1. Premessa / 2. La stagione del cd. ri-accentramento / 3. I fattori alla base del cd. ri-accentramento / 4. Gli effetti del cd. ri-accentramento / 5. Il contesto / 6. In conclusione: la ricerca di legittimazione

1. Premessa

Chi poteva immaginare che lo schema tradizionale delle cd. rime obbligate in materia penale sarebbe stato superato? Ebbene è avvenuto, in particolare nelle decisioni nn. 222 e 233 del 2018 e nn. 40, 88, 99, 112 del 2019. Alla base del superamento dello schema consolidato negli anni c'è stata la decisione di non ritenere più possibile «che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale»[1]. L'obiettivo di rispettare la discrezionalità legislativa è passato in secondo piano rispetto a quello che la Corte ha ritenuto preminente: rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati a cancellare la norma lesiva della Costituzione.

Chi poteva immaginare che il giudice costituzionale invertisse il tradizionale ordine – risalente alla dottrina (giurisprudenziale), ispirata a risolvere motivi eminentemente pratici, sviluppata da La Pergola nella sentenza n. 170 del 1984[2] – tra questione comunitaria e costituzionale in caso di cd. doppia pregiudizialità?

Che cosa è cambiato rispetto al passato? Perché la Corte ha deciso e potuto superare una giurisprudenza che appariva tanto consolidata?

Si tratta di domande "dissacranti"? Gli sviluppi a cui si riferiscono sono "sconfessioni" improvvise e arbitrarie di assetti consolidati, dei quali, quindi, svelano il carattere contingente e pretorio? Non credo, perché come cerco di argomentare nel mio recente volume, *La Corte nel contesto*, alla base di queste svolte si possono enucleare almeno tre ragioni, ciascuna delle quali si colloca in un orizzonte teorico gradualmente più ampio: 1) la Corte sta vivendo una stagione di rinnovata ricerca di centralità, di cd. ri-accentramento, che è caratterizzata da una ridefinizione dei confini del sindacato costituzionale nei confronti

1. *Cfr.*, sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018, la *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, Roma, Palazzo della Consulta, 21 marzo 2019, pp. 13-14, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf.

2. Sul contesto giuridico e politico che ha influenzato la Corte, e in particolare il relatore, si rinvia a D. Tega, *La Corte nel contesto*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 198 ss.

sia della discrezionalità politica sia del ruolo del giudice comune; 2) il ruolo del giudice delle leggi cambia nel tempo e così cambiano le dottrine (volendo usare una terminologia anglosassone) della giurisprudenza costituzionale, perché a cambiare non sono (se non in minima parte) le disposizioni dedicate alla Corte, ma l'ordinamento costituzionale, inteso in senso più lato[3], e soprattutto il contesto complessivo in cui la Corte opera; 3) il costante tentativo di approvvigionarsi del massimo possibile di legittimazione è alla base di questa sorta di fluidità e di mutare degli orientamenti: come scriveva Leopoldo Elia, la Corte ha bisogno di una continua ri-legittimazione, come tutti gli istituti delle democrazie moderne, e occorre soddisfare tale bisogno[4]. La perenne ricerca e conservazione della legittimazione costituiscono l'impulso sotterraneo con cui il giudice costituzionale si confronta costantemente, e che lo porta talora ad assumere posizioni che possono apparire – e possono essere legittimamente criticate – come imprecise, oscillanti e talora come veri e propri sconfinamenti in campi altrui. Possono essere legittimamente criticate, certo: ma anche queste critiche devono tenere conto dell'importanza della legittimazione e della sua ricerca in ciascun contesto.

La stagione giurisprudenziale del cd. ri-accentramento mette certamente il giudice comune di fronte a prospettive diverse dal passato, almeno in parte: 1) è in qualche modo la stagione in cui la Corte costituzionale invita i giudici "a non fare da soli", ma a lavorare in sinergia (anche se questo può voler significare, come nel caso dell'inversione della doppia pregiudiziale, una possibile riduzione del ruolo proattivo che il giudice comune svolge nella valutazione della non applicazione del diritto interno contrastante con quello Ue); 2) l'attuale stagione giurisprudenziale potrebbe ben subire un ridimensionamento della sua carica ri-accentratrice per adattarsi a un nuovo cambiamento del contesto; 3) per quanto bene si confezionino le ordinanze di rimessione, vanno sempre tenute presente l'attenzione della Corte per il contesto, la sua necessità di legittimazione, l'alternarsi di stagioni giurisprudenziali caratterizzate ora dalla prudenza (il cd. minimalismo giudiziario di cui parla Massa in questo fascicolo) ora dall'attivismo; 4) la valutazione delle tecniche decisorie della Corte va condotta anche tenendo in considerazione il segmento di storia politico-istituzionale nel quale il relativo impiego si realizza[5].

Certamente il giudice rimane libero di agire senza tenere conto della stagione in cui si versa, libero cioè di porre alla Corte una domanda che sa in anticipo che verrà rigettata, ma che può rappresentare un prezioso precedente a futura memoria, come dimostra ancora una volta il superamento della dottrina delle cd. rime obbligate (la Corte, nelle decisioni del 2018 e 2019, citate all'inizio di questo contributo, ha richiamato e valorizzato precedenti decisioni di inammissibilità per ricordare i moniti al legislatore in esse contenuti e caduti nel vuoto).

2. La stagione del cd. ri-accentramento

In riferimento allo sviluppo della giurisprudenza costituzionale più recente – all'incirca dal 2011, e con maggiore chiarezza dal 2014 – contrassegnata da una serie di scelte inedite che hanno riguardato tanto il merito quanto il rito, utilizzo il termine "ri-accentramento" in un duplice significato. Innanzitutto, intendo che la Corte costituzionale ha assunto o ri-assunto compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, aveva "lasciato" o al legislatore o all'autorità giudiziaria[6]. In questa accezione, il cd. ri-accentramento indica un'espansione della giurisdizione attraverso sia una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, sia il ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico[7], sia una contrazione della valorizzazione dei momenti di diffusione, nel senso di attribuzioni riconosciute all'autorità giudiziaria. Mentre il significato tecnico allude, ovviamente, a un rafforzamento dei profili di accentramento nel sistema di giustizia costituzionale.

---

3. *Cfr*. A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 263 ss.

4. L. Elia, *Intervento*, in P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 130.

5. M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, pp. 644 ss.

6. Uso una definizione data da R. Romboli, *Relazione introduttiva*, in G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, atti del seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 13 ss.
Ricordo che nella citata *Relazione* sulla giurisprudenza del 2018, Giorgio Lattanzi ha sottolineato che «anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d'ombra dell'ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali» (*ivi*, p. 8).

7. S. Staiano, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi*, n. 13/2019, pp. 1 ss., www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38886.

Numerosi indici confermano il superamento di filoni giurisprudenziali ben consolidati, indici ampiamente arati dalla dottrina, nonché criticati[8]. Poiché sono molto noti, mi limito a richiamarli.

Il sindacato sulla legislazione elettorale (di Camera e Senato). Molto è stato scritto sulla *disinvoltura processuale*, sulle *forzature*[9] mostrate nella pronuncia n. 1 del 2014, e sui rischi di uno slabbramento del carattere incidentale del giudizio di legittimità e di un abuso del diritto processuale costituzionale[10].

In secondo luogo, la manipolazione degli effetti nel tempo delle sentenze (manipolazione in parte anticipata dalla decisione n. 1/2014). Nel 2015, con la pronuncia n. 10, si è riconosciuta la necessità di una graduazione degli effetti temporali della decisione sui rapporti pendenti, benché nel nostro ordinamento mancasse (e manchi tuttora) un'esplicita previsione che consenta alla Corte tale manipolazione. Ancora nel 2019, nell'ambito di un giudizio in via principale, con la decisione n. 246 la Corte è tornata ad affermare che, eccezionalmente, può presentarsi una tale esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove gli effetti dell'accoglimento della questione risalissero, come di regola, retroattivamente fino al momento iniziale di efficacia della norma.

In terzo luogo, l'allentamento dell'onere di previa interpretazione conforme si è accompagnato alla tendenza della Corte costituzionale a valutare il ricorrere di tale requisito non più nella parte del giudizio inerente l'ammissibilità, ma in quello del merito[11]: soltanto l'omesso o del tutto inadeguato sforzo di esegesi adeguatrice può essere stigmatizzato con la pronuncia di inammissibilità. A partire infatti dalla sentenza n. 221/2015 è stato riconosciuto che «la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità». Poi è stato ribadito che «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» (sentenze n. 262/2015 e nn. 204, 95 e 45 del 2016). L'orientamento si è ulteriormente precisato con la sentenza n. 42/2017, in base alla quale «[s]e, dunque, "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)" (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile»[12].

In quarto luogo, è emersa una qualche apertura sull'ammissibilità di questioni aventi ad oggetto norme regolamentari (sentenze nn. 180 e 200 del 2018): tema, anche questo, ben noto alla giurisprudenza e ampiamente sviluppato dalla dottrina[13].

Altri due indici, di cui si è anticipato in apertura, sono più recenti o ancora in corso di consolidamento: sul versante del giudizio in via incidentale, mi riferisco all'aggiornamento delle teorie riguardanti la cd. doppia pregiudizialità (nei casi di violazione simultanea della Costituzione e del diritto dell'Unione europea, soprattutto della Carta dei diritti fondamentali).

---

8. Tra coloro che rimproverano alla Corte una serie di sconfinamenti, *cfr*., da ultimo, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, pp. 251 ss.

9. Scrive di forzatura procedurale compiuta in "stato di necessità" dal giudice costituzionale A. D'Andrea, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2014, pp. 38 ss.

10. In occasione dei giudizi sull'ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo aventi ad oggetto la medesima legge elettorale, decisi con le sentt. nn. 16 e 15 del 2008, la Corte, dopo aver precisato che eventuali questioni di legittimità costituzionale della legge non sono pregiudiziali alla definizione del controllo dell'ammissibilità delle richieste referendarie, suggerì al Parlamento «l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici» della legislazione prevista nel 2005, con particolare riguardo all'attribuzione di un premio di maggioranza, sia alla Camera dei deputati che al Senato della Repubblica, senza che sia raggiunta una soglia minima di voti e/o di seggi.

11. G. Sorrenti, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta on line*, n. 2/2016, pp. 293 ss., in particolare p. 295.

12. Opinione espressa in sede dottrinale, da tempo, dallo stesso relatore: *cfr*., ad esempio, F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 1 ss. Sempre nel 2017, la sent. n. 69 ha stabilito che «ciò non esclude che, nell'esaminare il merito della questione sottoposta al suo esame, questa Corte sia a sua volta tenuta a verificare l'esistenza di alternative ermeneutiche, che consentano di interpretare la disposizione impugnata in modo conforme alla Costituzione».

13. Per tutti, M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli, 2011.

Il superamento del tradizionale modello di assetto dei rapporti tra diritto Ue e nazionale in tema di protezione dei diritti ha condotto gli interpreti a chiedersi se i principi fissati dalle storiche decisioni *Simmenthal* e *Granital*, sempre confermati dalla giurisprudenza costituzionale, siano stati (almeno in parte) superati e se sia venuta meno la tradizionale anticipazione della questione comunitaria in caso di cd. doppia pregiudiziale[14].

L'evoluzione, nel delicatissimo ambito normativo penale, della dottrina delle cd. rime obbligate in quelli che, a voler proprio restare nella metafora metrica, si potrebbero chiamare "*versi sciolti*"[15] . Tale sviluppo, molto criticabile per taluni, va discusso anche alla luce della storia e, in particolare, della creazione – tanto immediata, quanto inaspettata e criticata – del cd. armamentario decisorio della Corte. Come è noto, sin dai primi anni di attività di quest'ultima, l'*horror vacui*[16] e la preoccupazione di evitare risultati di incostituzionalità peggiori di quelli di partenza coadiuvarono la creazione progressiva delle varie tipologie di decisioni di stampo manipolativo: dotate certamente di forza innovativa tale da esporre la Corte all'accusa, costante nel tempo, di appropriarsi di funzioni che non le competono; e serventi a una conservazione, almeno parziale, a fronte dell'alternativa *odiosa* della caducazione pura e semplice della legge. La giustificazione teorica *a posteriori* di questa operazione (definita anche *felix culpa* della Corte) venne fornita attraverso un'alleanza fra pragmatismo giurisprudenziale ed elaborazione scientifica, che portò Vezio Crisafulli a utilizzare la formula delle cd. rime obbligate[17].

Vi sono poi argomenti ancora del tutto "aperti", a uno stato cioè prematuro: pensiamo al controllo del singolo parlamentare sul procedimento legislativo (nella prospettiva della sua legittimazione ad agire per conflitto di attribuzione), al tentativo di ripensamento sulla cd. autodichia, il cui assetto tradizionale è sembrato scricchiolare (anche qui nella prospettiva di utilizzare lo strumento del conflitto di attribuzione come rimedio per contemperare l'autonomia delle Camere con i diritti confliggenti del singolo). Infine l'introduzione, l'8 gennaio 2020, nelle «Norme integrative», di un art. 4-*ter* espressamente intitolato agli «*Amici curiae*», nonché dell'art. 14-*bis*, che potenzia gli strumenti istruttori, disponendo specificamente in merito all'audizione di esperti. La fisionomia e anche il reale tasso di innovatività di queste previsioni dipenderà dall'uso che ne verrà fatto, da parte di tutti i soggetti coinvolti. Tuttavia, il senso complessivo sembra essere quello di aprire il giudizio alla dimensione dei fatti, alla società civile e in genere alla complessità, e di permettere alla Corte costituzionale di stare più al centro di tutto questo.

Convengo con la diffusa opinione che indici del genere segnalino la tendenza della Corte costituzionale ad assumere un ruolo più incisivo e centrale nei compiti di garanzia della Costituzione, stemperando alcuni profili che, in passato, avevano segnalato una propensione sia a una maggiore "diffusione"[18] e condivisione di tali compiti (nei confronti dei giudici comuni, anche nella loro veste "europea"), sia a una certa deferenza nei confronti della politica, quantomeno in alcuni settori (come quello penale).

3. I fattori alla base del cd. ri-accentramento

Almeno quattro i fattori che agiscono da facilitatori di questa nuova stagione della giurisprudenza costituzionale. Il primo, come è accaduto del resto sin dall'inizio della storia della Corte, è rappresentato dall'inerzia del legislatore e dal mancato seguito legislativo delle decisioni[19]. Di quando in quando l'interesse del legislatore sembra destarsi, ma in senso

14. Sentenze nn. 269 del 2017, 20, 63, 112 e 117 del 2019, 11 e 44 del 2020.

15. Antonino Spadaro ha scritto che è probabile che ci troviamo di fronte al più temerario tentativo di espansione del sindacato, e quindi delle competenze, della Corte costituzionale, *cfr. Id.*, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, p. 166. Con "versi sciolti" si designano, in metrica, versi non legati da schemi precostituiti di strofe e rime. Stefania Leone ha scritto di «rime possibili», *cfr. Id.*, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, pp. 183 ss.

16. *Cfr.* 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*, Giuffrè, Milano, 2007. Nel volume sono riportati i frequenti accenni, mossi dai presidenti della Corte (a partire da A.M. Sandulli, in occasione del dodicesimo anno della Corte), alla preoccupazione della Corte per le conseguenze sfavorevoli derivanti per il corpo sociale da eventuali vuoti legislativi da essa prodotti – *ivi*, p. 71.

17. Come illustro in D. Tega, *La Corte nel contesto*, *op. cit.*, pp. 122 ss.

18. *Cfr.* E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Giappichelli, Torino, 2002.

19. Gli studi sul seguito parlamentare tratteggiano, in modo costante, un disegno a tinte spente. *Cfr.* C. Tucciarelli, *Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1996, pp. 310-311; R. Bin, C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 215 ss.; N.

quasi esclusivamente polemico (e inconcludente), davanti a pronunce per vari motivi ritenute eccedenti le attribuzioni del giudice delle leggi.

A tale fattore, permanente, se ne aggiunge un altro più contingente: il crescente disordine normativo dovuto a una legislazione spesso *impulsiva* (si pensi, a questo riguardo, alle scelte di politica criminale venate di populismo penale[20]) e mal coordinata con l'ordinamento costituzionale. Una legislazione *scritta* sempre meno in Parlamento e sempre più negli uffici legislativi dei ministeri, non sempre all'altezza del compito[21].

I primi due fattori appena richiamati hanno influenzato, a mio parere, la volontà della Corte di intervenire *persino* sulla sfera della discrezionalità penale.

Il terzo fattore che corrobora la rinnovata ricerca di centralità è il tentativo di porre rimedio all'*inaridimento* del giudizio in via incidentale[22]. L'*inaridimento* (o crisi) del giudizio in via incidentale si è sviluppato nel tempo ed è riconducibile a molteplici ragioni eterogenee; a titolo puramente esemplificativo, si ricorda: la originaria "parchitudine"[23] dovuta alle porte strette dell'accesso al giudizio sulle leggi che fanno parte dei "limiti" della giustizia costituzionale italiana e che, come vedremo, la Corte ha cercato di sfondare attraverso un uso creativo degli strumenti a sua disposizione, in primo luogo il processo costituzionale; l'esistenza di una giurisprudenza consolidata capace di orientare i giudici comuni; di nuovo, l'imposizione della cd. interpretazione conforme a Costituzione; l'evoluzione dell'atteggiamento della magistratura improntato a un maggiore, e almeno talvolta inappropriato, protagonismo; l'esiguo numero di riforme legislative di sistema; la dottrina della cd. doppia pregiudizialità.

Tale *inaridimento* costringe, da un lato, la Corte in una posizione arretrata e, persino, secondaria rispetto al giudice comune e anche al suo rapporto diretto – costruito tramite l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale – con la Corte di giustizia. Dall'altro, riduce l'incisività del giudizio in via incidentale in riferimento alla garanzia dei diritti: giudizio che, nel nostro ordinamento, ha rappresentato non solo lo strumento attraverso il quale condurre un'evoluzione in senso garantista della legislazione (poiché ha ad oggetto la conformità a Costituzione), ma anche quello attraverso cui occuparsi della concretezza del *caso* e delle conseguenze pratiche dell'applicazione della legge impugnata.

Il quarto fattore che ha spinto alla ricerca di centralità è rappresentato dalla dilatazione del ruolo di altre istanze di garanzia dei diritti – Corte Edu, Corte di giustizia, giudici comuni anche in relazione al diritto Cedu e Ue e attraverso l'interpretazione conforme – che però hanno caratteristiche differenti, in particolare una minore (o nulla) prospettiva sistemica[24]. In riferimento a quest'ultimo elemento, la nostra Corte non è certo isolata nel panorama europeo, anzi ha maturato una posizione condivisa anche da altri ordinamenti o da altri giudici supremi e costituzionali[25]. A questo proposito, e più in generale, il Collegio negli anni si è costruito un profilo autorevole

---

Lupo, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, in *Quaderno n. 21*, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, 2012, pp. 109 ss. Diversi giudici costituzionali hanno suggerito di implementare una visione collaborativa. Da ultimo, sembra averlo fatto la Presidente emerita Cartabia: «Ma dalla prassi comparata si potrebbe trarre ispirazione anche per sviluppare ulteriori forme di collaborazione istituzionale già sperimentate proficuamente da altre Corti. Particolarmente significativa è la consuetudine invalsa in Germania di svolgere incontri informali a cadenza annuale tra la Corte costituzionale, il Governo e le Camere, per uno scambio generale di informazioni» – *Id.*, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, p. 14, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/2_sintesi.pdf.

20. Sul tema vds., almeno, S. Anastasia - M. Anselmi - D. Falcinelli (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Wolters Kluwer/Cedam, Padova, 2015; L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2019, pp. 79 ss., www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-populismo-penale-nell-eta-dei-populismi-politici_627.php.

21. B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 2011, in part. pp. 45 ss.

22. M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss., in part. p. 470; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Id.* (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 35 ss., in part. pp. 39 ss.

23. Così la definisce T. Groppi, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, pp. 408 ss., in part. pp. 431 ss.

24. Sulla diversa prospettiva sistemica e sulle difficoltà del dialogo tra giudici, sia permesso rinviare a D. Tega, *I diritti in crisi*, Giuffrè, Milano, 2012.

25. I richiami all'effetto derivante, per il nostro sistema accentrato di controllo costituzionale, dai vincoli provenienti dalla giurisprudenza della Corte Edu e dagli effetti che il Trattato di Lisbona e la Corte di giustizia riconoscono alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione hanno concorso al superamento della cd. dottrina della doppia pregiudizialità. *Cfr.*, per tutti, A. Barbera, *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, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 107-121; *Id.*, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia ed E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 89 ss.

nell'ambito di conferenze e scambi di esperienze fra tribunali costituzionali. Si sono sviluppate, in definitiva, le cd. giurisprudenze costituzionali cooperative, che hanno alimentato nutrite discussioni dottrinali[26].

4. Gli effetti del cd. ri-accentramento

C'è da chiedersi quanto l'attuale stagione giurisprudenziale metta a segno gli scopi che ne sono alla base[27]. A mio parere la risposta è senz'altro positiva, anche se le incertezze non mancano.

Due risultati mi sembrano conseguiti senza dubbio: l'assunzione da parte della Corte di una significativa *responsabilità istituzionale*, che ha come risultati collaterali l'ulteriore arretramento della posizione del legislatore e l'apertura di un probabile fronte di frizione con la magistratura ordinaria e la Corte di giustizia; l'ulteriore incrinatura della vincolatività del diritto processuale costituzionale[28].

In riferimento alla aumentata assunzione di *responsabilità istituzionale*, mi pare che si possa dire che il giudice delle leggi continua a giustificarla in nome della necessità di riempire i vuoti lasciati dalle dichiarazioni di incostituzionalità e di dare attuazione a diritti fondamentali della persona. Il Collegio, del resto, è ben consapevole dell'emarginazione della mediazione parlamentare, come dimostrano, ad esempio, due riflessioni critiche di Barbera e Zanon. Il primo – nel ribadire che è auspicabile che le scelte che si basano su operazioni di bilanciamento di interessi e valori siano, in prima battuta, ad appannaggio del legislatore, in quanto espressione della sovranità popolare – fa riflettere sul fatto che esitazioni e paralisi del legislatore, almeno su alcuni argomenti eticamente sensibili, potrebbero riflettere meglio e più puntualmente di una decisione del giudice i valori come effettivamente li "sente" il corpo sociale[29], mentre il controllo della Corte, ineliminabile, si dovrebbe concentrare solo sul valutare ragionevolezza e proporzionalità. Alle scelte politico-ideologiche degli interpreti, l'A. ritiene preferibili quelle dell'organo parlamentare: teme che «la formula "sovranità dei valori" — si riduca a una nuova criptica forma di "sovranità" di cui titolare diventerebbe il massimo interprete di quei valori, vale a dire la Corte costituzionale. Il "monismo" del costituzionalismo dell'Ottocento rientrerebbe così dalla finestra, trasfigurando la *iurisdictio* in un nuovo *gubernaculum*. In poche parole, come è stato incisivamente affermato, "la Repubblica non può essere affidata solo ai suoi giudici"»[30].

Nel 2012, sempre in questa prospettiva, Zanon ha ricordato che se le decisioni politiche del legislatore sono oggettivamente insufficienti, è certo che al giudice, come si è detto, spettano con evidenza funzioni un tempo non immaginabili: ma ciò non può significare né che le sentenze siano divenute *tout court* fonti del diritto, né che esse abbiano legittimamente un contenuto creativo, né, infine, che i criteri dei quali il giudice si serve nella sua nuova opera siano criteri politici, omogenei a quelli utilizzati da organi politici[31].

Ma anche l'effetto, già in parte conseguito, della perdita di vincolatività del diritto processuale costituzionale è motivo di serie riflessioni. Se c'è uniformità nel riconoscere la peculiarità del diritto processuale costituzionale, così non è per quanto riguarda il rapporto che lega merito e rito. Da un lato, tale rapporto è colto dal presidente emerito Grossi: «le "forme" (e, beninteso, non le semplici "formalità") qui davvero diventano, per così dire, "sostanze", nel senso che gli itinerari o i mezzi (processuali) impiegati per raggiungere gli obiettivi (i contenuti di giustizia o di verità) finiscono per avere un rilievo equivalente a quello di questi ultimi»[32]. Le esigenze del processo costituzionale non possono arrivare a sacrificare la funzione del diritto costituzionale sostanziale, del "rendere giustizia"

26. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 558-559.

27. Ha già fornito una prima risposta molto problematica R. Romboli, *Relazione introduttiva*, *op. cit.*

28. Romboli afferma infatti che «[l]'esistenza di un diritto processuale costituzionale non risulta legata alla presenza di regole processuali specificamente rivolte a regolare i giudizi davanti alla Corte costituzionale, della quale nessuno ovviamente può dubitare, quanto alla possibilità di qualificare le medesime come vere "regole" giuridiche invece che come mere indicazioni, valutabili solamente sotto l'aspetto della loro "regolarità" riscontrabile nella giurisprudenza costituzionale. In altri termini il problema sembra concentrarsi sulla natura vincolante o meno delle regole del processo costituzionale» – *Id.*, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 11.

29. A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, *op. cit.*, p. 337.

30. *Ivi*, p. 357. La citazione è di M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2014, pp. 295 ss., in part. p. 308, che si riferisce a un pericolo di uno «stato neo-giurisdizionale carente di legittimazione democratica».

31. N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, 2012, pp. 317 ss., in part. pp. 317-318.

32. P. Grossi, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, Roma, Palazzo della Consulta, 11 aprile 2016, pp. 1 ss., in part. p. 3, www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Relazione_Grossi.pdf.

costituzionale e dunque l'aderenza alle regole processuali può essere, nell'opera del bilanciamento, prevalente o recessiva rispetto ai valori in gioco[33].

Dall'altro, chi non aderisce a tale descrizione discute se sia appropriato e auspicabile che il rispetto della regola processuale possa entrare nel bilanciamento e quali siano gli strumenti più adatti da utilizzare per modificare il processo costituzionale. Per coloro che ritengono le regole processuali un confine entro il quale la Corte può svolgere la propria funzione, il loro rispetto è il modo più efficace per assicurare indipendenza, funzionalità, prevedibilità della decisione costituzionale[34]. Le eventuali, e auspicabili, modifiche – dovute anche all'inerzia del legislatore – vanno attuate tramite la via legislativa ordinaria e costituzionale. Anche chi dà atto che i fatti sono in grado di influenzare il modo in cui la Corte si rapporta alle regole del processo, in particolare in relazione alla scansione dei tempi[35] – e che quando essa è intervenuta su questioni "politiche" tale scansione è risultata attenta al merito e ai possibili risvolti istituzionali – riconosce il carattere giurisdizionale del processo costituzionale. Un processo (giuridicamente) a "maglie larghe", connotato cioè da regole processuali più elastiche rispetto a quelle dei processi comuni e frutto della stessa giurisprudenza costituzionale, ma mai nella completa disponibilità della Corte la quale è tenuta ad osservarle.

La trasformazione, negli anni, subita dal processo costituzionale costituisce un nodo cruciale, chiaramente, per chi denuncia che tale trasformazione sia stata lo strumento per eccessivi sconfinamenti nel terreno della discrezionalità del legislatore e, al contempo, abbia prodotto incertezze nei giudici comuni, chiamati a dare applicazione alle decisioni.

5. Il contesto

Ragionare per stagioni significa riconoscere che il ruolo della Corte, nell'interpretazione che essa stessa ne dà attraverso la propria giurisprudenza (e, in misura minore, attraverso le norme integrative), cambia nel tempo, anche se non cambiano le disposizioni costituzionali a essa dedicate.

Ciò che muta è il contesto complessivo[36]: il tipo di domande rivolte alla Corte da una società che è sempre più insoddisfatta delle risposte della politica e si rivolge agli organi di garanzia, chiedendo loro di intervenire a tutela, ad esempio, delle libertà civili e sociali, della famiglia, del lavoro, del processo, in sostituzione temporanea o talora addirittura definitiva del legislatore[37]; i rapporti della Corte con le altre istituzioni di garanzia e con quelle di governo, alla luce dei rispettivi modi di funzionare (o di non funzionare...); l'affermazione di nuovi paradigmi giuridici – penso soprattutto a quelli sovranazionali – che, se non rivendicano esplicitamente una natura costituzionale, sicuramente influenzano il costituzionalismo nazionale.

Tornare a porre l'attenzione su alcuni *momenti* inerenti al processo storico, sociale e normativo di stratificazione attraverso cui si sono contestualizzati la nascita e il primo sviluppo del giudice delle leggi si rivela utile per comprendere come nasce la concezione che la Corte ha del proprio ruolo, degli strumenti che possiede per realizzarlo e della messa in pratica

33. Per tutti, *cfr*. le riflessioni di C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979; *Id*., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma, 1984, ripubblicati entrambi nel 2014 (2 volumi), Editoriale Scientifica, Napoli (primi titoli editi nella collana «Costituzionalisti del XX secolo», diretta da Franco Modugno e Marco Ruotolo); Aa.Vv., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990 – *ivi*, in particolare, gli interventi di C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, pp. 63 ss.

34. A. Pizzorusso, *Prefazione*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 7 ss.; V. Angiolini, *La Corte senza il "processo", o il "processo" costituzionale senza processualisti?*, *ivi*, pp. 20 ss.; R. Romboli, *Il diritto processuale costituzionale dopo la "svolta" degli anni 1987-1989*, in R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 317 ss.; G. D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 22-25, 136-138.

35. Sull'utilizzo improprio di strumenti processuali, ad esempio i tempi di fissazione o l'utilizzo delle cd. inammissibilità "vestite", *cfr*. G. Silvestri, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 1 ss., in part. pp. 11 ss.

36. P. Häberle, per esempio, ha individuato quattro oggettivazioni che condizionano il lavoro degli interpreti della Costituzione: *i*) «le opere della legislazione, dell'esecutivo e della giurisdizione» e «le decisioni definitivamente vincolanti del Tribunale federale costituzionale; *ii*) «la cultura dei pareri e delle memorie delle parti, espressi su diversi piani e in diverse forme, incluse le commissioni d'inchiesta, le audizioni del legislatore e quelle del potere esecutivo»; *iii*) «partiti politici, federazioni ed associazioni, chiese, comitati e iniziative dei cittadini e *mass media*»; *iv*) «dottrina del diritto costituzionale come scienza e cultura» e, in particolare, «le opere prodotte in cooperazione con le funzioni statali», le «opere e prestazioni dedicate alla sfera pubblica scientifica e culturale restante» e le «prestazioni di costituzionalisti europei di altri paesi (comparazione giuridica) come prodromi di una dottrina costituzionale europea»: *Id*., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della Cultura*, edizione curata da J. Luther, Carocci, Roma, 2001 (ed. or.: 1982). Devo la citazione all'interessante volume di G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB Edizioni, Messina, 2008, pp. 123-124.

37. Così, per esempio, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici dell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 57.

degli strumenti stessi[38]. Utile, anche, per capire che la dualità originaria del disegno costituente, così come le diverse anime che la Corte ha sviluppato, ne caratterizzano tutta la giurisprudenza[39], anche quella del cd. ri-accentramento. Utile per rendersi conto che la crisi del legislatore che tanto influenza l'attività della Corte era un elemento presente sin dall'inizio. Utile, infine, per essere consapevoli che i timori manifestati dalla dottrina nei confronti di alcune decisioni ritenute, per esempio, non rispettose della discrezionalità politica o del processo costituzionale, si ripetono identici a distanza di anni.

Ad esempio, i primi anni di attività della Corte, anche alla luce di quanto fu tormentato, frettoloso, ingenuo e persino a tratti "inconsapevole" il processo che portò alla sua istituzione, evidenziano non solo la sua inattesa *performance*, ma anche le capacità *stra-ordinarie* di autodefinizione. Capacità che la Corte ha continuato a sviluppare e che le hanno permesso di intraprendere anche l'attuale stagione del cd. ri-accentramento.

Si pensi alla latitudine con la quale la Corte esercitò il potere regolamentare, ben oltre il dettato della legge n. 87 del 1953, per adottare le norme integrative del 1956, a dimostrazione della concezione che i primi giudici costituzionali avevano del significato e delle caratteristiche delle funzioni che essa avrebbe esercitato e della consapevolezza delle innovazioni che stavano introducendo. In sostanza, il primo Collegio arrivò nel giro di poche settimane a integrare direttamente la legge n. 87, risultata frammentaria e incompleta anche dal punto processuale. È già a questo momento che può essere fatta risalire la disinvoltura con cui il giudice delle leggi è abituato a fare uso del processo costituzionale (disinvoltura che troverà di nuovo un momento di formidabile importanza all'epoca dello "smaltimento dell'arretrato", governato con maestria dal presidente Saja, e che conduce a una ricostruzione delle funzioni e del ruolo della Corte che la porta, come a noto, direttamente «a ridosso della politica»[40]).

Sempre in quegli anni inizia a delinearsi, da un lato, il rapporto non sempre facile con le altre istituzioni e, dall'altro, la consapevolezza della "crisi" del Parlamento: in Italia ci si trovava di fronte a una situazione di gelosia e avversione del Parlamento e del Governo nei confronti di tutti gli organi giurisdizionali (sia dell'autorità giudiziaria, sia della Corte costituzionale) e nello stesso tempo di relativa inefficienza del meccanismo parlamentare, di fronte a una organica tendenza piuttosto al non fare che al fare[41].

Si presti attenzione a come già allora l'opera di *bonifica* della legislazione pre-repubblicana – la cd. "grande supplenza"[42] – sia stata giustificata dall'inerzia o dalla lentezza del legislatore. Leopoldo Elia ne parlò come di una supplenza in senso a-tecnico, nella quale i giudici erano rimasti nei limiti di quella che chiamava "giurisdizione di amputazione": la Corte non esercitava poteri altrui, bensì propri, per fare l'opera che altri trascuravano di compiere.

Perché ciò sia avvenuto, è allo stesso tempo facile da comprendere e cruciale da tenere a mente: l'istituzione neonata è sensibile al mutato contesto sociale, più che a quello politico[43] e, rispetto a un sistema politico ancora in un certo senso disorientato, è un *outsider* più omogeneo, agile ed efficiente[44]. Non stupisce, dunque, che a fine anni settanta del secolo scorso – quando ormai era acclarata la crisi della rappresentanza politica, del ruolo dei partiti e delle assemblee elettive – Carlo Mezzanotte rilevò che non vi era stato tema del dibattito pubblico su cui la Corte non si fosse pronunciata perché, «in un sistema politico in cui gli strumenti di selezione e di sintesi degli interessi stentano a funzionare, dinanzi a un modo di

38. Come scriveva A.M. Sandulli, *Scritti giuridici – I. Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1990, p. 688.

39. Si rinvia alle esemplificazioni di M. Luciani, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in Aa.Vv., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Giuffrè, Milano, 1989.

40. *Ivi*, p. 78.

41. G. Maranini, *Intervento*, in *Id.*, (a cura), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, che però rassicurava sul fatto che il controllo di legittimità della Corte si sarebbe svolto senza reazioni efficaci: «Di questo siamo tutti certi, perché ormai abbiamo capito quale sia la singolare dinamica della vita pubblica italiana» (pp. 353-354).

42. La Corte costituzionale si dimostra rapidamente molto attiva: non solo nella già citata opera di bonifica e nell'affermazione della sindacabilità delle leggi anche in relazione alle cd. disposizioni programmatiche (sent. n. 1/1956; si veda, a questo proposito, l'utile precisazione sulle posizioni dottrinali che svolge A. Barbera, *Costituzione della repubblica italiana*, *op. cit.*, pp. 322-323); ma anche nel ritenere possibile l'auto-rimessione d'ufficio di una questione di legittimità costituzionale in tutti i procedimenti nei quali risolvere tale questione sia pregiudiziale alla definizione della questione di costituzionalità principale (sent. 73/1965; ancor prima, nn. 22/1960 e 57/1961); nonché nel rivendicare la competenza a interpretare autonomamente la legge e a controllare la conformità della formazione delle leggi alle norme procedurali previste direttamente dalla Costituzione (sent. n. 9/1959).

43. A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2001, pp. 1325 ss.

44. A. Simoncini, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2004, pp. 3065 ss., in part. p. 3078.

legiferare quanto mai disarticolato e frammentario, il groviglio degli antagonismi diffusi nella comunità tende ad infittirsi, e le molteplici e contraddittorie istanze che non trovano un momento di mediazione politica finiscono con l'indirizzarsi disordinatamente verso organi imparziali»[45].

Valutazione del resto perfettamente riproponibile oggi. Si tratta del fenomeno dell'attuazione della Costituzione per via giurisdizionale, cioè l'interpretazione delle norme costituzionali direttamente prodotta nell'esercizio della funzione giurisdizionale, tale da attribuire a quelle norme un significato conforme a Costituzione, «che è poi quello su cui si determina l'esistenza di una regola, e dunque la disciplina del caso concreto in senso conforme alla Costituzione»[46].

Un contesto così composito e stratificato condiziona fortemente quelle che si possono chiamare, su falsariga americana, le *dottrine* della giurisprudenza costituzionale: quelle costruzioni interpretative, intermedie tra il diritto positivo e i singoli casi, che stanno al centro delle decisioni, e che risentono appunto del contesto in cui la Corte opera, del ruolo che essa assume al suo interno, ma anche della consapevolezza che il giudice costituzionale viene a maturare nel tempo[47]. Il maestro americano di La Pergola, Paul A. Freund, scriveva che «il giudice deve saper ridurre l'alta tensione delle sue riflessioni e convinzioni teoriche al voltaggio che gli serve per poter risolvere la concreta controversia di cui è investito»[48]. Anche quando si tratta di *dottrine* processuali – teoricamente, tutte interne a un settore neutro, tecnico, separato del diritto costituzionale, quale dovrebbe appunto essere il processo costituzionale – esse hanno spesso risvolti sostanziali, istituzionali o comunque di sistema, nei quali si avverte con chiarezza l'influenza dei fattori di cui sopra.

In alcuni casi, come dimostra la teoria delle cd. rime obbligate, vengono ideate da illustre dottrina, *a posteriori*, per giustificare scelte già compiute. Poiché tale tipo di *imprinting* condiziona la vita delle teorie elaborate dalla Corte, può capitare che, di fronte a casi nuovi o a contesti mutati, queste costruzioni evolvano. Si tratta di teorie molto simili, se si vuole, a quelle elaborate dalla dottrina nel campo dell'interpretazione scientifica, ma poiché non sono create in sede di interpretazione scientifica, bensì in sede di applicazione giudiziaria del diritto, operano in modo peculiare: se si vuole, meno dogmatico e sistematico, più pragmatico e talora persino empirico. A tal proposito risulta calzante la distinzione che Zagrebelsky traccia tra come opera e pensa uno studioso di diritto costituzionale e come opera e pensa un giudice costituzionale: la sua ipotesi di una differenza di natura tra il diritto nella dimensione teorica e il diritto nella dimensione pratica mi pare trovi conferma nella genesi delle due dottrine, delle cd. rime obbligate e dell'anticipazione della pregiudiziale comunitaria, che la stagione del cd. ri-accentramento ha aggiornato[49].

Dall'esperienza storica che caratterizza la nostra Corte emerge chiaramente che tutto, o quasi, sia stato lasciato alle sue *doctrines*, mano a mano che mutava il contesto e, con esso, il ruolo della Corte mutava, sicché si rendevano necessari interventi di manutenzione più o meno estesi.

6. In conclusione: la ricerca di legittimazione

Nella stagione del cd. ri-accentramento il Collegio sembra aver rafforzato ancor di più le basi della propria legittimazione: quella *a priori* che si fonda sulla Costituzione (nonostante la richiamata confusione che pesa sul periodo costituente) e sull'esigenza della sua difesa (la Costituzione come limite al potere); quella *a posteriori* che le deriva da come esercita i suoi poteri, da come motiva le sue decisioni e dal rispetto dei limiti che la Corte stessa incontra (compreso anche il limite del cd. *self restraint*); quella che

45. C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: attività e prospettive*, in Aa.Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1979, pp. 149 ss., in part. pp. 170-171.

46. M. Fioravanti, *Costituzione italiana: articolo 2*, Carocci, Roma, 2017, p. 104.

47. Mi trovo d'accordo con quanto scrive M. Donini, Iura et leges. *Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero*, n. 2/2019, pp. 45-77, in part. p. 73: «Dottrina *vs*. giurisprudenza non equivale a interpretazione *vs*. diritto. La giurisprudenza fa dottrina e fa diritto, al pari dello studioso. Con una differenza principale: che produce in documenti pubblici un diritto casistico nel segno della divisione dei poteri, mentre il raccordo dei casi col *ius* non è opera solo giudiziale. Il vero potere giudiziale non è di costruire regole generali, ma regole concretizzate, adattando al caso regole rilette dentro e attraverso un *ius* che non appartiene a una singola istituzione» (anteprima del saggio in *Sistema penale*, 2019, in part. p. 27: www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1576938432_donini-2019a-iura-leges-non-esiste-legge-senza-diritto-converted.pdf).

48. P.A. Freund, *The Supreme Court of the United States*, Cleveland, Meridian Books, 1961, p. 114. Ho utilizzato l'efficace traduzione che ne fece La Pergola, abilissimo conoscitore della lingua anglosassone, in *Id*., *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 4/1994, pp. 651 ss., in part. pp. 660-664.

49. *Id*., *La Corte costituzionale italiana*, in P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, *op. cit*., pp. 65-68.

si costruisce attraverso rapporti diretti con l'opinione pubblica e grazie al consenso sociale; quella che si è andata sviluppando nel rapporto con l'altra grande istituzione deputata alla garanzia del sistema costituzionale, la Presidenza della Repubblica.

In conclusione, ritengo che le differenti stagioni giurisprudenziali attraversate dalla Corte corrispondono alla sua ricerca di legittimazione in un contesto istituzionale e sociale in cambiamento. In modo più articolato: 1) non è un fuor d'opera ragionare della Corte costituzionale in termini di legittimazione; 2) la Corte ha a disposizione diversi e numerosi canali di legittimazione, che spaziano dall'osservanza dei canoni processuali e dei precedenti, ai valori costituzionali di cui essa è al servizio[50], sino ai risultati concreti che la sua azione è in grado di offrire dinanzi ai conflitti sociali e alla necessità di una loro mediazione; 3) in ciascuna stagione – e forse in ciascun caso, o quantomeno in quelli di maggiore rilievo – la Corte deve considerare ciascuno di questi canali, anche se non sempre riesce ad attingere a tutti, o a tutti in egual misura, e talora deve sacrificarne uno a scapito di altri.

In questi limiti, a mio avviso, è consentito parlare della politicità della Corte: nella misura in cui la si intende come entità «in-politica», secondo la fortunata formula di Zagrebelsky[51], che deve tenere conto del complessivo *pactum societatis* al fine di garantire le pre-condizioni indispensabili per l'attività di governo; e, in questa prospettiva, deve anche preservare la propria legittimazione e tenere conto di tutti i profili di impatto delle proprie attività. Sempre in questi limiti, condivido anche il vincolo della Corte costituzionale ai precedenti e ai canoni processuali, e quindi condivido altresì la tesi favorevole all'esistenza di un vero e proprio diritto processuale costituzionale: i bruschi *revirement* mettono in discussione la reputazione della Corte; i precedenti, anche processuali, meritano attenzione e anche osservanza – salvo nei casi in cui una innovazione sia indispensabile per non compromettere gravemente gli altri canali di legittimazione e comunque, anche in queste evenienze, con le modalità e nei termini il più possibile graduali e ponderati.

Nondimeno, non ritengo di per sé precluso che, soprattutto nei casi più difficili e delicati, o di fronte a disfunzioni sistematiche manifestate dall'ordinamento repubblicano in determinate fasi della sua vita, la Corte si ponga il problema di rivedere le interpretazioni processuali date in precedenza, sulla base di considerazioni che guardano anche al di là dell'orizzonte propriamente processuale[52]. Ovviamente, il limite ultimo è la compatibilità con il diritto positivo: il quale però, lo si è già detto, è alquanto difettoso in questa materia e meriterebbe forse un aggiornamento[53].

Il problema della legittimazione della Corte è un tema mai esaurito, come dimostra un recente dibattito. In un saggio provocatorio, Andrea Morrone parte da premesse condivisibili: «sarebbe troppo banale ritenere che la Corte costituzionale conserva la propria legittimazione fin quando la sua attività si mantiene nei confini della carta fondamentale»; non è sorprendente né scandaloso che la Corte, attraverso le sue interpretazioni e decisioni, concorra a definire il contenuto della Costituzione medesima e, così, anche la propria legittimazione, sebbene ciò sia un fatto «in sé scabroso», solo in parte compensato dal processo, dalla motivazione e dalla qualità delle argomentazioni[54]. Tuttavia, prosegue Morrone, la Corte è un potere «collocato al crocevia di tutti gli altri poteri»[55]: la sua ricerca di legittimazione starebbe mettendo in pericolo la stessa separazione dei poteri, con le garanzie che essa implica. Tutto questo viene affermato nel contesto di una panoramica delle principali novità giurisprudenziali della stagione del cd. ri-accentramento.

L'affondo ha suscitato reazioni parimenti vivaci. Ad esempio, per Roberto Bin, mentre è vero che il

50. Paolo Grossi la descrive come una sorta di organo respiratorio dell'ordine giuridico, organo precettore e stimolatore della carica espansiva delle tutele costituzionali dei valori costituzionali, indispensabile nella dimensione costituzionale della convivenza – *cfr*. la citata *Relazione* sulla giurisprudenza costituzionale del 2015.

51. G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, pp. 273 ss. – vds. anche *Id*., *Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 35 ss.

52. Da questo punto di vista, colpisce come anche R. Romboli (*Le oscillazioni*, *op. cit*., p. 12) osservi che il riferimento ai principi fondamentali del processo costituzionale «non esclude certamente la possibilità, o forse la necessità, che le disposizioni processuali siano da ritenere, per quanto possibile, elastiche e che siano soggette all'opera interpretativa del Giudice costituzionale ed a quella fondamentale attività del bilanciamento tra i diversi principi o valori». Anche se poi ribadisce, tuttavia, che le relative norme non dovrebbero costituire «un valore "interno" all'opera di bilanciamento», ma piuttosto «una sorta di cornice che delimita e quindi stabilisce i confini entro cui la Corte può esercitare la propria attività, fra cui ovviamente anche quella di bilanciamento».

53. In dottrina, oltre alla proposta avanzata da Romboli, *cfr*. M. Benvenuti, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana (ovvero dei problemi e delle prospettive del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale come sineddoche)*, in *Nomos*, n. 1/2017, pp. 1 ss., in part. p. 20.

54. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit*., pp. 279, 282, ma *passim*.

55. *Ivi*, p. 280.

giudice delle leggi crea nuovi moduli decisori e supera le regole processuali, non lo è che in tal modo alteri l'equilibrio tra poteri, tanto meno secondo un disegno politico prestabilito: la Corte, effettivamente, ha modificato, articolato e sviluppato il proprio profilo, ma solo perché il legislatore anche in questo è stato latitante, e comunque ha sempre mantenuto un certo grado di prudenza e moderazione; moderazione non sempre altrettanto presente presso altri protagonisti della lunga stagione in cui è cresciuto il ruolo delle istanze giudiziarie[56].

Ciò che mi sembra interessante notare è che, al di là dei vari punti di vista, c'è un accordo complessivo: il ruolo della Corte cambia nel tempo, anche a opera della Corte stessa; la ricerca, ma direi meglio la necessità della legittimazione, è una formula che può aiutare a comprendere questi mutamenti; si tratta di mutamenti variegati e complessi, nei quali si rispecchia il contatto tra la Corte, con la funzione di cui essa è portatrice, e il contesto istituzionale e sociale, nell'ambito di una Costituzione strutturalmente aperta e pluralista.

Acclarato tutto ciò, propongo che in futuro l'analisi della dottrina continui a rivolgersi al problema dello sconfinamento della Corte nella sfera della discrezionalità politica, ma lo faccia in una prospettiva, per così dire, inversa a quella tradizionale.

Non ci si può aspettare che la Corte arretri, che ingrani la retromarcia: la sua colpa, se così ci si può esprimere, è di compiere la propria funzione in modo molto efficace in un contesto nel quale non fanno altrettanto gli organi rappresentativi[57]. È la debolezza della politica a evocare la forza del giudice, non il contrario. Forse ha potuto trarre in inganno l'aver, sin dall'inizio, identificato l'autoaffermazione della Corte con una funzione di supplenza come se, prima o poi, si sarebbe potuto assistere a un suo ritrarsi in un alveo costituzionalmente più "normalizzato"[58]. Il diritto costituzionale, però, si è sviluppato come un diritto giurisprudenziale e un numero sempre più consistente di scelte di politica istituzionale è passato attraverso le maglie del sistema di giustizia costituzionale. Nondimeno le attribuzioni, nemmeno immaginabili sulla carta, che la Corte ha elaborato nel supplire all'insufficiente qualità delle decisioni politiche o la loro inesistenza, non l'hanno trasformata in ciò che ontologicamente non può essere: i criteri dei quali il giudice si serve nella sua opera non sono i criteri che *dovrebbero* essere utilizzati dagli organi politici[59].

Si può invece "ridimensionare" l'azione della Corte agendo su altri elementi del contesto, su altri soggetti istituzionali e sulle loro modalità operative: in particolare, ripristinando le condizioni che mettano in grado il legislatore di esercitare pienamente le sue funzioni. E poiché tale *deficit* abbiamo ricordato essere stato rilevato quasi in contemporanea alla nascita della Repubblica, la via non può che essere quella delle riforme istituzionali.

---

56. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, pp. 757 ss. Bin è particolarmente critico nei confronti delle corti sovranazionali (pp. 767-773) e dei giudici comuni (pp. 763-765).

57. M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, n. 3/1998, pp. 365 ss.; l'A. scrive, a ridosso delle vicende legate alla cd. Tangentopoli: «non si cerchi, dunque, nella giurisdizione la spiegazione della sua nuova forza nei confronti della politica. Si cerchi invece in questa la radice di una debolezza, di un vuoto, che altri, inevitabilmente, hanno colmato: la politica non sarà più, nelle aule dei tribunali, sul banco degli imputati, solo se e solo quando avrà ricominciato ad essere politica, recuperando qualità morali e spessore progettuale e riprendendo il suo ruolo di strumento di crescita e di emancipazione sociale» (p. 368).

58. Riflessione anche questa *d'antan*, *cfr*. S. Rodotà, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 497.

59. N. Zanon, *Su alcuni problemi*, *op. cit.*, pp. 317-318.

Corte costituzionale e minimalismo*

di *Michele Massa*

Il contributo prende in considerazione i vantaggi di un approccio minimalista, da parte del giudice costituzionale, al diritto e alle grandi contese sui diritti fondamentali, al fine di veicolare nell'ordinamento le pronunce costituzionali passo dopo passo, oltre che di orientare i giudici comuni secondo i criteri più efficaci per sollevare questioni di legittimità.

1. Premessa / 2. Minimalismo / *2.1. Cosa è* / *2.2. Come funziona* / *2.3. Da dove viene* / **3. Una Corte minimalista? / 4. Esempi e minime indicazioni operative**

1. Premessa

Non c'è dubbio: passare parecchi mesi in meno di tre metri quadrati, assiepati con altri detenuti in celle troppo piccole, è degradante e contrario al senso di umanità. È una di quelle situazioni che la Corte europea condanna senza esitazioni, rilevandone agevolmente tanto le cause strutturali, quanto le ricadute feroci sulla situazione di ciascun individuo.

Le incertezze insorgono quando si passi a ragionare sui rimedi e sulla possibilità di trovarli in via di interpretazione giuridica, segnatamente costituzionale. Rinviare l'esecuzione della pena o modificarne, più o meno incisivamente, le modalità? E poi, se rinviarla, per quanto tempo, e in quali casi? A cosa porterebbe il rilascio di un'ampia delega, ai giudici dell'esecuzione, del compito di riesaminare ogni singola situazione di detenzione in condizioni di sovraffollamento? I lettori di questa Rivista riconosceranno gli interrogativi dinanzi ai quali si è arrestata la notissima sentenza n. 279 del 2013 della Corte costituzionale, sia pure con un disagio palesato in seguito dal presidente di quel collegio[1] e anche da alcuni sviluppi della giurisprudenza (vedi oltre). Non si è trattato di reticenza: la sentenza è esplicita nel condannare lo stato delle cose. Piuttosto, di ritrosia a intervenire: una decisione di accoglimento avrebbe avuto una portata sterminata, con effetti difficili da ponderare *ex ante*, in relazione alla varietà dei casi e delle sensibilità, nonché alla compressione dei molteplici interessi implicati, compreso quello identificato dal rimettente come «difesa sociale».

Questo è un esempio di questioni *difficili* che tipicamente la giustizia costituzionale affronta, nel cui esame è naturale, se non proprio adottare *ex professo*, quantomeno valutare con attenzione le virtù di un approccio minimalista. Approccio che poi, in ultima

* Avendo appena terminato un periodo di servizio presso la Corte costituzionale come assistente di studio (2015-2017 e, poi, 2020), mi fa piacere dedicare le pagine seguenti, con gratitudine e stima, ai colleghi con i quali ho condiviso questo lavoro e – in particolare – alla memoria di Serena Oggianu. Studiando insieme a loro, ho visto bene la difficoltà di alcuni dei dilemmi decisionali, alla cui istruzione era nostro compito collaborare.

1. «Di fronte a questa situazione disastrosa, la Corte costituzionale – sollecitata ad intervenire da alcuni giudici – ha compiuto di recente un estremo atto di deferenza verso il legislatore e le autorità politiche (...). Quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*»: così G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, p. 5, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Seminario_AIC_Il%20senso%20della%20pena_Silvestri.pdf.

analisi, è solo uno spunto per dare una forma più ordinata e generale alle riflessioni, che tanto spesso affiorano nell'esame di singole pronunce o filoni giurisprudenziali, sul *self-restraint*, sulla *deference*, sui *levels of judicial scrutiny*.

Mi è capitato di imbattermi in riflessioni di questo genere in diverse occasioni (richiamate qui in nota), delle quali queste pagine costituiscono uno sviluppo. Con la sinteticità raccomandata da questa sede editoriale, dopo avere spiegato le premesse teoriche (§ *2.1*) e le logiche operative del minimalismo (§ *2.2*), si ricapitoleranno le ragioni storiche di questa proposta (§ *2.3*), per domandarsi se esse si possono trasporre anche al contesto italiano (§ 3) e, qualora e nei casi in cui così sia, in quale modo (§ 4). In ultima analisi, ciò che si vuole rivolgere ai lettori è un invito a prendere in considerazione le virtù di questo approccio, i testi in cui esso è illustrato e il dibattito che ne può scaturire.

2. Minimalismo

2.1. Cosa è

In senso generale, il minimalismo consiste in una preferenza per uno sviluppo graduale, mediante passaggi essenziali[2]. Nel campo del diritto, e in particolare del diritto e della giustizia costituzionale statunitense, la proposta del minimalismo giudiziario è legata a un nome e a un momento specifici. Il nome è quello di Cass Robert Sunstein (1954): influente costituzionalista, professore a Chicago e Harvard, incaricato durante la prima amministrazione Obama di presiedere l'Office of Information and Regulatory Affairs (2009-2012). Il momento sono gli anni novanta del XX secolo[3]. La proposta si basa sull'analisi che, già in precedenza, l'autore aveva abbozzato a proposito dei limiti istituzionali tipici delle corti nel contesto di una più ampia teoria dell'interpretazione costituzionale e della democrazia deliberativa[4]. Rispetto alla prima, si accettava pragmaticamente l'idea che essa – nonostante l'importanza di dati quali testo, struttura e storia della Costituzione – incorporasse elementi valutativi ineliminabili, ma non incontrollabili: vale a dire, corrispondenti a processi di ragionamento, sia pure non meramente deduttivi. Il luogo principale di questi processi è la democrazia deliberativa: descritta come un processo prolungato di discussione e deliberazione, in cui sono raccolte informazioni e prospettive e ha luogo un'ampia partecipazione, nella convinzione che sia possibile distinguere le risposte giuste ai problemi politici da quelle sbagliate, e che alle prime ci si possa avvicinare raccogliendo il consenso dei cittadini, all'interno di un dibattito che si svolga in condizioni di relativa eguaglianza. I diritti costituzionali, dal canto loro, sono in parte presupposti, ma in parte anche esiti di questo processo.

Le corti di giustizia, anche costituzionale, non sono – o quantomeno possono non essere – la sede ottimale per un simile processo. Raramente sono osservatori adatti ad abbracciare problemi sociali di grande respiro in tutta la loro estensione. Tantomeno sono nella posizione di indurre veri e propri cambiamenti sociali: anzi, quando cercano di operare in questo senso, con decisioni di grande impatto, possono incontrare difficoltà anche nel prevedere i risultati ultimi di esse. Un tribunale costituzionale può anche essere inteso come foro dei principi, ma sicuramente non come l'unico: l'idea che lo sia, in contrapposizione a un processo politico fatalmente pervaso e condizionato da interessi settoriali, è al contempo rischiosa e desolante (un «*counsel of despair*»[5]). È alle istituzioni politiche che Sunstein raccomanda di affidarsi per l'assolvimento del compito essenziale ascritto all'azione pubblica: la gestione dei rischi sociali e l'emancipazione dei settori svantaggiati della società, mediante una continua revisione degli assetti esistenti e delle ragioni che, in ciascun momento, possono giustificarli o, al contrario, richiederne una correzione. Se un determinato assetto – un certo *status quo* – è soggetto a una deliberazione democratica efficiente, allora le corti dovrebbero tendenzialmente astenersi dall'alterarlo; ma altrettanto raramente dovrebbero impedire alla politica di modificarlo[6].

2. Il concetto ha avuto applicazioni principalmente nel campo dell'arte e della politica. Qui, esso designa gli indirizzi progressisti che, per raggiungere i propri obiettivi, rifuggono dal radicalismo rivoluzionario e cercano piuttosto di avanzare attraverso punti di convergenza, sia pure parziali, con altri indirizzi diversamente orientati. In campo figurativo, architettonico, letterario, musicale, è uno stile o una tecnica caratterizzata da concisione ed essenzialità, incline a svilupparsi mediante la ripetizione di un modulo geometrico, eventualmente con variazioni o sfasature graduali. Il prodotto finale può anche accentuare la fruibilità a scapito della densità concettuale. In particolare, nella musica il minimalismo nasce come reazione agli eccessi matematici del serialismo, con aperture a influenze extraeuropee.o

3. Limitando l'attenzione alle monografie, *cfr*. C.R. Sunstein, *One Case At a Time*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1999 (il principale testo di riferimento); *Id*., *Radicals in Robes*, Basic Books, New York, 2005; *Id*., *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2009; *Id*., *Constitutional Personae*, Oxford University Press, New York, 2015.

4. C.R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1993, capp. IV e V.

5. *Ivi*, p. 146.

6. *Ivi*, p. 149.

2.2. Come funziona

Insomma, in un contesto pluralista, i problemi dell'applicazione e, prima ancora, dell'interpretazione possono dare adito a dissensi, il cui superamento può risultare lento, faticoso o addirittura impossibile. Due esempi:

– una controversia costituzionale può situarsi al confine con questioni etiche altamente conflittuali, rispetto alle quali fatte proprie (o che possono esserlo) dai giudici sono, per quanto rispettabili, solo alcune fra le varie posizioni teoricamente sostenibili;

– è possibile che, prima di prendere una decisione, si debba avere riguardo alle implicazioni pratiche delle diverse soluzioni possibili e che, però, ogni prognosi risulti incerta, specie per un organo giudiziario, che di solito incontra limiti precisi quanto agli angoli visuali, agli strumenti e persino alle competenze di cui dispone per guardare alla realtà. «*Law and life may outrun seemingly good rules and seemingly plausible theories*»[7].

In circostanze siffatte, invece di affrontare le grandi questioni di principio con grandi decisioni di principio, il minimalismo suggerisce di procedere «un caso per volta»: del resto, proprio questo è il titolo del principale volume in argomento. Più precisamente, la preferenza dovrebbe andare a decisioni circoscritte (*narrow*) e poco profonde (*shallow*): orientate alla singola fattispecie e motivate principalmente dalle sue peculiarità; caute nell'adottare tesi di portata generale o premesse teoriche ambiziose e impegnative; nient'affatto desiderose di coprire l'intero ambito, cui il singolo caso inerisce, con dottrine sistematiche e teoreticamente complete. Decisioni siffatte costituiscono accordi solo parzialmente teorizzati (*incompletely theorized agreements*) e, proprio perché lasciano in sospeso alcune questioni di fondo, rappresentano un esempio di uso costruttivo del silenzio: convergono su un determinato esito del giudizio, ma sono in grado di accordarsi con una pluralità di posizioni teoriche e, per questo, lasciano spazio affinché la riflessione collettiva prosegua, anche nelle sedi politiche. La si potrebbe considerare un'applicazione dell'approccio tipico del liberalismo politico, che valorizza il cd. "consenso per intersezione" (*overlapping consensus*) tra ideologie che, al di là del punto di convergenza, possono differire anche molto; oppure l'inverso della ascensione teorica (*conceptual ascent*) con la quale, secondo John Rawls, andrebbero affrontati i dissensi ideali[8]: invece di risalire sino ai principi primi per fare prevalere una concezione organica di essi a discapito di un'altra, ci si arresta a un livello più vicino alla questione concreta da decidere, sul quale è più agevole convenire.

Questa preferenza può operare attraverso due ordini di istituti giuridici. In primo luogo, attraverso valvole processuali riconosciute da tempo come strumenti delle cd. «virtù passive» della Corte suprema[9]: la verifica di qualità e presupposti quali *mootness*, *ripeness*, *reviewability*, *standing* (traducibili come attualità, maturità e sindacabilità delle questioni, e legittimazione delle parti a sollevarle). A seconda che li si interpreti e applichi in maniera più o meno stringente, questi istituti condizionano la possibilità che il merito di una questione costituzionale sia esaminato.

Sul piano del merito, o meglio delle tecniche di motivazione e decisione, il minimalismo raccomanda l'applicazione di canoni, argomenti e dispositivi che contengano il peso teorico e le implicazioni pratiche delle decisioni. Due esempi:

– quando vengono in rilievo limitazioni alle libertà individuali imposte per ragioni di sicurezza nazionale, si dovrebbe pretendere anzitutto una chiara autorizzazione legislativa, in mancanza della quale è possibile giudicarle negativamente senza chiedersi se esse siano compatibili con i principi costituzionali sostanziali[10];

– quando si scrutinano determinate differenziazioni di trattamento o misure (azioni positive) destinate a scongiurarle, piuttosto che affermarne o negarne in via generale la legittimità, è preferibile verificare singolarmente ciascuna di esse, in base al rispettivo contesto, ai contenuti e alle motivazioni, mantenendo una certa elasticità degli *standard* di giudizio[11].

2.3. Da dove viene

Nella letteratura giuridica statunitense, il minimalismo ha ascendenze antiche e nobili, risalenti al magistero di James B. Thayer (1831-1902), agli scritti e alla giurisprudenza di personaggi del calibro di Oliver W. Holmes Jr. (1841-1935) e Felix Frankfurter

7. C.R. Sunstein, *One Case At a Time*, *op. cit.*, p. 40.

8. *Ivi*, p. 250.

9. *Cfr*. A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Bobs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962, spec. cap. IV, che corrisponde a *Id.*, *Foreword: The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962, pp. 40 ss.

10. C.R. Sunstein, *Radicals in Robes*, *op. cit.*, pp. 175 ss., spec. p. 190.

11. *Ivi*, cap. III.

(1882-1965), alla notissima opera (qui già citata in nota) di Alexander Bickel (1924-1974) sulle virtù passive della Corte suprema. Senza dilungarsi troppo in riferimenti, del resto ampiamente disponibili nei testi di Sunstein[12], basterà dire che la proposta di quest'ultimo viene avanzata in una specifica contingenza.

Negli Stati Uniti, dopo la stagione di attivismo progressista della Corte suprema guidata dal *Chief justice* Warren (1953-1969), ha gradualmente preso forma un movimento culturale, giuridico e politico che ha cercato di attrarre il potere giudiziario federale nell'orbita del conservatorismo repubblicano. Ciò è iniziato con la nomina del *Chief justice* Burger da parte di Nixon ed è divenuto chiaro sotto la presidenza Reagan (1981-1989), anche con la nomina (1986) del *Chief justice* Rehnquist (già *Associate justice* dal 1972)[13]. L'asse ideologico della Corte suprema è venuto spostandosi a destra e la sua bandiera teorica è divenuta quella dell'originalismo. La proposta del minimalismo si inserisce in questo scenario e si sviluppa quando esso appare ormai consolidato: in teoria, si ricollega alla critica di ogni impostazione favorevole a un ruolo massimalista dei giudici; in pratica, si propone soprattutto come alternativa al radicalismo originalista e conservatore. Anche da questa parte, non a caso, sono infatti venute critiche al minimalismo professato esplicitamente (se anche praticato concretamente, è materia di discussione) dall'attuale *Chief Justice* Roberts[14].

Proprio per questo, il minimalismo ha un rapporto ambivalente con quelle teorie che sono usualmente chiamate, nel dibattito statunitense, perfezionistiche e, in quello italiano, neocostituzionali. Per quanto qui interessa, si tratta delle teorie che mettono al centro la logica del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi e, in particolare, enfatizzano la connessione tra diritto e morale, la duplice legittimazione – democratica e contenutistica – delle decisioni politiche, nonché la razionalità e oggettività del discorso pratico e la conseguente revisione della metodologia giuridica[15]. Un autore di riferimento è Ronald Dworkin (1931-2013), con cui lo stesso Sunstein si mette in dialogo[16]. Dworkin è un perfezionista nel senso che, a suo avviso, il giudice dovrebbe sviluppare autonomamente una propria teoria costituzionale completa, attingendo anche a fonti meta-positive, e impegnarsi sempre ad applicarla con coerenza. Orbene, il minimalismo si muove nello stesso orizzonte culturale del perfezionismo, del quale si considera una variante di secondo grado[17]: vale a dire, è dotato di premesse e ambizioni in parte simili, ma presta più attenzione ai limiti tipici delle corti ed è più prudente circa la loro capacità di muoversi al livello delle argomentazioni di lato principio. Il minimalismo non rinnega affatto l'importanza della teoria sul piano scientifico e non pone alcun limite alle ambizioni che essa, sul piano suo proprio, può perseguire; tuttavia, quando si passa all'applicazione giudiziaria, è restio a pretendere, o a sollecitare, che ciascun magistrato insegua necessariamente il mitico ideale del giudice Ercole, reso celebre da Dworkin nel suo libro del 1986[18].

Da questa prospettiva si possono comprendere meglio, forse, le ragioni di interesse del minimalismo. In realtà, nonostante la sua larga affermazione dal Secondo dopoguerra in avanti, la giustizia costituzionale ha sempre destato qualche preoccupazione in merito al rischio che essa – date soprattutto le particolarità dei parametri con cui opera – si spingesse troppo in là. Si potrebbe rintracciare questo filone sin dai primordi, non solo nel dibattito statunitense, come si è già accennato, ma anche in quello continentale. Senza dilungarsi qui in riferimenti eruditi, sarà sufficiente rinviare a quello che è stato definito «uno dei più interessanti bilanci critici del Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG)

12. Qualche ragguaglio in più nel mio *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 524 ss.

13. *Cfr*. ancora C.R. Sunstein, *Radicals in Robes*, *op. cit*., p. 9.

14. *Cfr*., ad esempio, D. Sykes, *Minimalism and Its Limits*, in *Cato Supreme Court Review*, 2014-2015, pp. 17 ss. C'è anche chi ritiene, per converso, che lo stile del *Chief Justice* serva a porre le fondamenta per future vittorie conservatrici da raccogliere al momento opportuno, nel frattempo preservando il prestigio della Corte e prevenendo reazioni politiche avverse (J.O. McGinnis, *What Does the Chief Justice Maximize?*, in *Law & Liberty*, https://lawliberty.org/what-does-the-chief-justice-maximize/, 9 luglio 2020).

15. Per qualche maggiore riferimento, rinvio al mio *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost*., n. 2/2020, pp. 291-292.

16. Le repliche a Sunstein di R. Dworkin si possono leggere in *Id*., *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2006, pp. 66 ss.

17. *Cfr*. C.R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, *op. cit*., p. 25.

18. In traduzione italiana, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, pp. 212 ss., spec. p. 225, ove battezza in questo modo la figura del «giudice immaginario dotato di un potere intellettuale e di una pazienza sovrumani che faccia propria la concezione del diritto come integrità», vale a dire l'idea che le proposizioni giuridiche siano vere se in esse sono presenti i principi di giustizia, equità e *procedural due process* che forniscono la migliore interpretazione costruttiva della prassi giuridica della comunità.

tracciati dalla dottrina tedesca»[19], non a caso intitolato «*Il giudice senza limiti*»[20]. Lo studio che conclude questa raccolta è prevalentemente un lungo ragionamento sulla legittimazione del BverfG, in relazione al ruolo sempre crescente che esso ha rivendicato nel corso degli anni; e la conclusione è che, nel lungo periodo, sarebbero opportuni una riduzione della densità degli *standard* di giudizio, un maggiore ancoraggio ai singoli casi esaminati (ossia alla dimensione soggettiva di tutela dei diritti, nelle procedure di ricorso costituzionale diretto, che costituiscono gran parte della materia giudicata dal tribunale) e una particolare cautela nelle affermazioni relative ai principi costituzionali irrivedibili[21]. Mentre il primo saggio del volume, dopo avere riassunto ragioni e passaggi storici dell'affermazione del BVerfG, mette in luce anche i fattori che inducono a ritenere che esso abbia superato il proprio zenit o, comunque, si trovi in una situazione assai più complessa che in passato; e, in proposito, suggerisce un atteggiamento di maggiore umiltà[22].

Il peculiare interesse di queste prospettive sta in ciò: esse nascono meno da premesse teoreticamente scettiche nei confronti della garanzia giudiziaria delle costituzioni, e più dall'osservazione diretta di esperienze storiche che, pure, si possono legittimamente considerare di successo, data l'autorevolezza che le istituzioni esaminate hanno acquisito, e mantengono, nei rispettivi sistemi[23].

3. Una Corte minimalista?

Queste considerazioni si attagliano anche all'Italia? Anche il nostro sistema repubblicano incorpora un tribunale costituzionale così forte da fa sì che anche ad esso sia raccomandabile un opportuno esercizio delle virtù passive e un uso sapiente e costruttivo della reticenza?

In linea di massima, la Corte costituzionale italiana si trova in una posizione diversa da quella delle sue controparti. Questo è vero rispetto alla Corte suprema, per così tante ragioni che non è neppure il caso di enumerarle. Ma è vero anche rispetto al BVerfG:

– in assenza di forme di ricorso diretto, la Corte italiana ha un numero di gran lunga minore di casi su cui pronunciarsi (e deve pronunciarsi su tutti, sostanzialmente sempre nelle stesse forme, senza particolari filtri);

– per la provvista di questioni da decidere, dipende integralmente dalle iniziative dei giudici comuni, dello Stato, delle Regioni e degli organi costituzionali;

– opera secondo una regola di integrale collegialità – e con una composizione ampia – per ciascuna decisione;

– non ammette opinioni dissenzienti e, anzi, tendenzialmente cerca di aggregare un largo consenso in seno al collegio sia sulla decisione, sia sulla motivazione;

– tiene ben chiuso il contraddittorio dinanzi ad essa[24], e raramente con le proprie udienze, per quanto pubbliche, attira l'attenzione dei grandi mezzi di comunicazione;

– impiega una tecnica di argomentazione relativamente asciutta – quantomeno a paragone dello stile tedesco – e tende ad astenersi da trattazioni generali, di taglio dottrinale, molto dettagliate;

– non dispone di poteri in merito all'esecuzione delle proprie sentenze;

– anche per questo, e perché è consapevole di non ricevere sempre pronto ascolto dalla politica, avverte un ragionevole *horror vacui* e, di conseguenza, maneggia – e talora rimaneggia – le proprie tecniche

19. A. von Bogdandy e D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il* Bundesverfassungsgericht, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, p. 20.

20. C. Schönberger - M. Jestaedt - O. Lepsius - C. Möllers, *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, Berlino, 2011; trad. inglese (da cui si cita): *The German Federal Constitutional Court. The Court Without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

21. C. Möllers, *Legality, Legitimacy, Legitimation of the Federal Constitutional Court*, *ivi*, pp. 194-196.

22. C. Schönberger, *Karlsruhe. Notes on a Court*, *ivi*, pp. 27-31.

23. Per lo stesso motivo risulta interessante, ad esempio, l'ormai notissimo R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2004. In estrema sintesi, vi si sostiene che la costituzionalizzazione di alcuni diritti e l'istituzione di garanzie giudiziarie per essi può risultare funzionale non solo a visioni elevate della giustizia sociale o dei diritti universali, ma anche – e forse, a volte, principalmente – a contenere evoluzioni altrimenti dirompenti, pericolose per lo *status quo* politico e sociale (*cfr*. ad esempio, pp. 213-214). Va detto, però, che buona parte del ragionamento si basa sull'osservazione della giustizia costituzionale relativa ai diritti delle minoranze svantaggiate, e ad alcune questioni istituzionali fondamentali, in quattro ben precisi contesti nazionali (Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica).

24. La recente introduzione del cd. "*amicus curiae*" (si rinvia al contributo di M. D'Amico in questo fascicolo) innova più sul piano dell'istruttoria, che su quello del contraddittorio: come precisa puntualmente il nuovo art. 4-*ter* delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», le formazioni sociali e i soggetti istituzionali, le cui opinioni scritte siano state ammesse, «non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale». Il loro ruolo precipuo – che è nella piena disponibilità della Corte (o meglio, del relatore e del presidente) – dovrebbe essere quello di offrire «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

decisorie in modo da non aprire lacune, i cui effetti potrebbero essere imprevedibili o addirittura lasciare senza protezione interessi costituzionalmente rilevanti[25].

Per tutte queste ragioni, convince la formula della «relazionalità» che è stata impiegata per riassumere il tratto essenziale della Corte italiana[26]: il suo lavoro è segnato più dalla necessità di tenere conto di vari livelli di complessità, interni ed esterni, e di adattarsi ad essi, che non dalla possibilità di contare che sia, all'inverso, la complessità a conformarsi più o meno ordinatamente alle indicazioni via via impartite dal principale organo giurisdizionale di garanzia della Costituzione. Insomma, la Corte si trova strutturalmente in una situazione tale da rendere quasi naturale una certa vocazione al minimalismo: tanto che potrebbe apparire persino superfluo porsi, per essa, i problemi sollevati negli Stati Uniti o in Germania.

Eppure, il discorso è più complesso. Almeno dagli anni settanta, anche nel nostro Paese si è consolidata la transizione al modello che è stato autorevolmente chiamato dello «Stato costituzionale»: uno schema triangolare in cui la Costituzione è al vertice, le funzioni legislativa e giurisdizionale ai lati, a indicare due vie parallele per il «processo d'interpretazione, di concretizzazione e di attuazione dei precetti costituzionali», in fisiologica tensione tra loro[27]. In seguito, però, sono accadute molte cose: il sistema politico ha stentato sempre di più a svolgere il proprio ruolo di selezione e sintesi degli interessi sociali; le pressioni di questi ultimi nei confronti del sistema giudiziario sono cresciute; di conseguenza, si è affermata una concezione del diritto – anche costituzionale – più come giurisdizione che come legislazione; a tal punto che nella stessa giurisdizione si è manifestata la tendenza ad astrarre anche dai pur elastici principi costituzionali, per attingere direttamente al piano dei valori, magari scegliendo con una certa libertà tra una pluralità di cataloghi di diritti, a prescindere dalle loro differenti origini e collocazioni giuridiche, in nome del meta-principio della massima tutela dei valori nei singoli casi concreti[28]. Il modello triangolare è in crisi: uno dei due lati va sfumando, e anche il vertice sembra in discussione. Resta il lato giudiziario: ma, proprio per questo, su questo versante, la stagione culturale sembra, insomma, più propizia alla creatività e al massimalismo, che al *self-restraint*.

Se poi si concentra l'attenzione sugli ultimi anni, si trovano numerosi segni di un maggiore attivismo della Corte costituzionale, inteso come duplice tendenza sia a ricondurre alla propria cognizione tipologie di questioni che, in precedenza, erano state lasciate ai giudici comuni o a quelli europei, sia ad arricchire e rafforzare il proprio strumentario operativo.

Per tornare da dove si era iniziato, proprio l'impostazione seguita nella sentenza n. 279 del 2013 è stata oggetto di revisione critica attraverso due nuovi filoni: le ordinanze di rinvio, funzionali a indicare al Parlamento un termine entro il quale rivedere la disciplina in esame[29]; la nuova teoria che dalle "rime obbligate" è passata, per così dire, agli "endecasillabi sciolti", o quasi, nel senso di ritenere che, perché una norma costituzionalmente illegittima possa essere sostituita dal Giudice delle leggi, non è necessario che esista un'unica soluzione costituzionalmente vincolata, ma è sufficiente trovare nel sistema complessivo punti di riferimento e soluzioni già esistenti[30].

Si potrebbero fare molti altri esempi della fase attuale della giustizia costituzionale:

– le posizioni critiche assunte nei confronti dell'ordinamento internazionale, come interpretato dalla Corte dell'Aja, nonché nei confronti della Cedu e della stessa Corte di giustizia;

– il parziale allentamento dell'onere di interpretazione conforme e la tendenza dei relativi interrogativi a spostarsi dall'ammissibilità al merito;

– le novità in tema di incidentalità (sia pure in funzione di contenimento delle zone franche) e di modulazione degli effetti nel tempo delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale;

– una maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità, ad esempio, di questioni su norme regolamentari;

– sul versante dei giudizi in via principale, l'applicazione della dottrina della cd. "ridondanza" anche a temi di diritti fondamentali;

– il potenziamento dei mezzi istruttori e l'apertura ai cd. *amici curiae* nelle nuove norme integrative emanate nel 2020.

Questo fascicolo tratta molti degli argomenti elencati. Comunque, di questa stagione – che è stata

25. Questo elenco è ricalcato su quello in A. von Bogdandy e D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza*, *op. cit.*, pp. 9 ss.

26. V. Barsotti - P.G. Carozza - M. Cartabia - A. Simoncini, *Introduction. Dialogue as a Method*, in *Id.* (a cura di), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Routledge/Giappichelli, Abingdon/New York/Torino, 2020, pp. 1 ss.

27. M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, p. 15.

28. Per riferimenti rinvio ancora al mio *Prospettiva storica*, *op. cit.*, pp. 293 ss.

29. Ordinanze nn. 207/2018 (seguita dalla sent. n. 242/2019) e 132/2020.

30. Questa «rimeditazione» (così definita) è esplicitata nella sentenza n. 222/2018.

definita del «ri-accentramento» – esistono già bilanci sistematici[31]. A fronte di tutto ciò, ragionare (anche) sul minimalismo non sembra affatto fuori luogo: il momento giusto è proprio quello in cui il ruolo del giudice costituzionale cresce, anche per l'astenia di altre istituzioni.

Di questo esistono testimonianze importanti: sul piano scientifico e, a ben vedere, anche sul piano giurisprudenziale. In sede dottrinale, Roberto Bin, da un lato, ha incisivamente decostruito le teorie tradizionali dell'interpretazione, dell'argomentazione, delle fonti del diritto e degli stessi diritti fondamentali; dall'altro, ha ritenuto necessario accompagnare a questa sorta di entropia teorica l'invito a considerare la dimensione istituzionale dell'interpretazione e applicazione giudiziaria del diritto, patrocinando espressamente approcci minimalisti[32].

Sul piano propriamente giurisprudenziale, un esempio di strategia prudente è stato quello applicato dalla stessa Corte costituzionale nell'esame di uno dei corpi normativi più controversi degli ultimi anni: il cd. "decreto Salvini", nella parte in cui è andato a toccare la disciplina di coloro che richiedono asilo o protezione umanitaria. Per comprendere bene il punto, occorre tenere presente tutta la vicenda giudiziaria, nell'insieme:

– dapprima la Corte è stata adita con ricorsi in via principale particolarmente audaci, non solo per il numero delle questioni sollevate, ma anche per i presupposti teorici e, a tratti, persino per l'intonazione – emblematico il ricorso della Regione Piemonte, che teorizzava una sorta di proprio «dovere di resistenza» e caldeggiava una «concezione evolutiva» del giudizio in via principale, che la Corte stessa avrebbe fatto propria, «come giudizio "sulla legittimità sostanziale delle leggi" (...) a prescindere dalla spettanza del potere legislativo in capo all'uno o all'altro ente»[33];

– a domande così roboanti, la Corte ha risposto essenzialmente con dichiarazioni di inammissibilità (sentenza n. 194 del 2019), quando non si è limitata a prendere atto della rinuncia ai ricorsi, accettata dalla controparte;

– intanto, sulle questioni di maggiore delicatezza, come l'efficacia della normativa nel tempo e il diritto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, è proseguito il contenzioso dinanzi ai giudici civili, in termini che non è possibile ricordare qui;

– quando poi, da un rivolo di questo contenzioso, la questione dell'iscrizione anagrafica è stata riportata alla Corte, illuminata anche attraverso la concretezza dei problemi applicativi[34], essa è stata finalmente accolta, con una sentenza che, nel merito delle questioni sostanziali, ha scelto una via piana e tutta interna alla (mancanza di) logica dello specifico intervento normativo (contraddittorio rispetto alle finalità di monitoraggio amministrativo dei richiedenti asilo, nonché alla disciplina delle altre fattispecie di soggiorno legale in Italia)[35].

Uso prudente delle categorie processuali (nel caso, le condizioni per la legittimazione delle Regioni a fare valere in via d'azione violazioni di parametri estranei al titolo V della parte II della Costituzione); rigetto di iniziative tendenti a decisioni "tutto e subito"; attesa di una certa decantazione del contenzioso e della (prevedibile) emersione di nuovi casi, meglio radicati in problemi applicativi concreti; selezione di percorsi argomentativi prudenti, per linee interne al settore normativo di riferimento, con assorbimento delle questioni di respiro teorico più ampio e impegnativo. Sono tutti segni di un atteggiamento complessivamente minimalista. Intanto, la politica parrebbe avere maturato la volontà di ritornare – forse – sul tema[36].

---

31. D. Tega, *La corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020 (ma vds. anche il contributo della stessa Autrice in questo fascicolo).

32. Per riferimenti, rinvio ancora al mio *Discrezionalità e discrezione del giudice*, *op. cit.*, dedicato appunto a questo Autore.

33. Questo ricorso e quello – più equilibrato – della Regione Emilia-Romagna sono riassunti nel *Bollettino delle questioni pendenti e delle decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni*, in *Quad. cost.*, rubrica *Orizzonti di giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2019. *Ivi*, nei nn. 3/2019 e 1/2020, sono segnalate anche alcune decisioni in materia dei giudici civili.

34. Testimoniati, in giudizio, dalla difesa del Comune di Milano, parte del giudizio *a quo*.

35. Sentenza n. 186/2020, in cui peraltro emerge anche l'affermazione secondo cui, «[p]er la portata e per le conseguenze anche in termini di stigma sociale dell'esclusione operata con la norma oggetto del presente giudizio, di cui è non solo simbolica espressione l'impossibilità di ottenere la carta d'identità, la prospettata lesione dell'art. 3, primo comma, Cost. assume in questo contesto – al di là della stessa violazione del principio di eguaglianza – la specifica valenza di lesione della connessa "pari dignità sociale"», lesione consistente in una «"minorazione" sociale senza idonea giustificazione».

36. Ciò risulta non solo dalle dichiarazioni alla stampa del Ministro dell'interno in carica, ma da una bozza provvisoria di decreto-legge («Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, nonché in materia di diritto penale») che ha iniziato a circolare: essa si apre, nel preambolo, con il riferimento alla necessità e urgenza di garantire la corretta applicazione delle disposizioni in materia di immigrazione, nel rispetto dei principi costituzionali e internazionali; e reca disposizioni, tra l'altro, in materia di protezione umanitaria, soccorso marittimo, iscrizione anagrafica, accoglienza.

4. Esempi e minime indicazioni operative

Il minimalismo non si propone affatto come approccio adatto a ogni situazione: dipende dal tipo di questione in esame e dal suo oggetto, che può richiedere atteggiamenti più radicali, se investe le condizioni basilari per il funzionamento del sistema. Da qualche tempo mi sono trovato a ragionare su alcune tipologie di questioni, in relazione alle quali un certo grado di minimalismo sembra consigliabile, anche nel nostro sistema:

– i problemi del principio di eguaglianza al di fuori del suo nucleo forte e, in particolare, allorché vengano in rilievo quelle circostanze che l'art. 3, comma 1, Cost. designa genericamente come «condizioni personali e sociali»[37];

– la determinazione delle prestazioni che formano oggetto dei diritti sociali[38];

– gli interrogativi su nodi economici controversi o il cui impatto economico può essere ramificato e massiccio[39];

– gli argomenti che intrecciano difficoltà giuridiche, scientifiche ed etiche[40];

– la ricerca di nuovi equilibri nei rapporti, in particolare, con il diritto dell'Ue e con la Corte di giustizia[41].

Questioni siffatte sono teoricamente aperte, talora non solo sul piano tecnico-giuridico, conflittuali e rispetto ad esse può risultare difficile prevedere le conseguenze generali di una determinata decisione, considerata la complessità e la delicatezza degli equilibri – anche istituzionali – ai quali si pone mano e il numero e la varietà dei soggetti e degli organi coinvolti nella loro continua definizione e ridefinizione.

Orbene, valutare se e come, in questi casi, sia opportuno un atteggiamento minimalista è compito soprattutto della Corte costituzionale, la quale si muove sempre tra il singolo giudizio *a quo* e la prospettiva di sistema. Per tornare all'esempio del paragrafo precedente, spetta alla Corte decidere come interpretare e applicare concetti processuali controversi (come la cd. "ridondanza" di problemi sostanziali sulle attribuzioni regionali), oppure in quale modo esercitare poteri ampiamente discrezionali (come la scelta dell'ordine logico in cui affrontare questioni multiple, portandone alcune alla ribalta dell'accoglimento e lasciandone altre sullo sfondo).

In questa sede, desidero però concludere ragionando su come (la parte o) il giudice rimettente, allorché abbia la sensazione di essersi imbattuto in un caso che merita un approccio minimalista, possa realizzare questa impostazione, costruendo una (eccezione o) questione il cui accoglimento risulti il meno problematico possibile. Le parole chiave e gli esempi fatti sopra offrono alcune indicazioni. Costruire una questione "*narrow*" significa prestare attenzione al caso concreto e alla specifica situazione normativa che su di esso si proietta, in modo da costruire un interrogativo la cui risposta – intesa sia come *decisum*, sia come precedente – si contenga il più possibile entro quell'ambito, senza obbligare a valutare le implicazioni in orizzonti più vasti e più faticosi da abbracciare con lo sguardo della mente. Costruire una questione "*shallow*" significa evitare di porre questioni la cui soluzione richiede sforzi teorici particolarmente ambiziosi e controversi, optando piuttosto per un'analisi particolareggiata del singolo segmento normativo e della sua coerenza, o meno, con quelli contermini, oppure per una traiettoria che si muova attraverso i precedenti con una gradualità puntualmente ricostruita. Si rischia di mettere il Giudice delle leggi in imbarazzo, quando gli si pone una questione il cui esito dipende linearmente da una certa interpretazione di concetti generali come quello dei «diritti inviolabili dell'uomo», del divieto di distinzione in base alle «condizioni

37. M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 143 ss.

38. M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, pp. 73 ss.

39. M. Massa (a cura di), *Introduzione*, in *La Corte costituzionale e l'economia*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, pp. 9 ss.; *Id.*, *Corte costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio: dal principio alle regole (e ritorno)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019 (www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/3-2019/1478-corte-costituzionale-e-giustiziabilita-dell-equilibrio-di-bilancio-dal-principio-alle-regole-e-ritorno/file).

40. M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/02/nota_207_2018_massa.pdf), 1° dicembre 2018, e poi in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2018, pp. 1323 ss. Non posso negare che, in questo commento, auspicavo un esito ben diverso da quello avuto, poi, dal cd. "caso Cappato". Quantomeno, l'approccio seguito dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 242/2019) è rimasto strettamente ancorato alla fattispecie concreta, attraverso uno specifico parallelo con il rifiuto delle cure vitali, e si è guardato bene dall'affermare – anzi, ha smentito – l'idea, avanzata dal rimettente, di un nesso biunivoco tra autodeterminazione in materia sanitaria e diritto all'assistenza al suicidio.

41. M. Massa, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2019, pp. 737 ss.

personali e sociali», del nucleo essenziale dei diritti etc. Le possibilità di accoglimento sono maggiori se si resta ben saldi sul terreno – magari più prosaico e meno affascinante – di ciò che è già stato deciso in sede legislativa o giurisdizionale, per dimostrare che il progresso, di cui si patrocina il compimento, è solo un passo in più su una pista già battuta, i cui ulteriori sviluppi restano aperti e impregiudicati. Non è certamente escluso che, in questo modo, si riesca anche a compiere molta strada. Per il minimalismo, almeno in alcuni ambiti, è meglio che ciò avvenga «un caso per volta».

Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità

di *Carlo Padula*

Nell'ultimo periodo vengono segnalati (e, da parte di alcuni, contestati) fenomeni di "riaccentramento" del giudizio incidentale di legittimità costituzionale. Risalendo alle origini delle "spinte centripete" nel giudizio incidentale, occorre porsi alcune domande: la Corte ha rispettato le regole che disciplinano il giudizio incidentale? Come incidono questi orientamenti sui rapporti con gli altri poteri dello Stato? La conclusione è nel senso che la Corte non pare aver forzato le regole processuali né usurpato prerogative del Parlamento e dei giudici comuni, ma ha cercato di attuare i principi di costituzionalità e di certezza del diritto, evitando forzature e "sovraesposizioni".

1. La scarsa "inclusività" del sindacato italiano di costituzionalità / 2. All'origine delle "spinte centripete". La Corte tra abrogazione e illegittimità sopravvenuta: dalla sentenza n. 1/1956 alla sentenza n. 70/2020 / 3. [*Segue*] Nozione di giudice *a quo* e rilevanza / 4. La Corte e le questioni incidentali "astratte" (sollevate nel corso di azioni di mero accertamento): indebito ampliamento o indebita restrizione del canale d'accesso? / 5. «Le correzioni»: i casi di doppio vizio delle leggi e il secondo "cammino comunitario" della Corte / 6. Il nuovo orientamento della Corte in materia di decisioni manipolative / 7. Istituti vari che possono "spostare il confine": interpretazione adeguatrice, restituzione degli atti, pronunce di inammissibilità / 8. Conclusioni: *The Narrow Corridor*

1. La scarsa "inclusività" del sindacato italiano di costituzionalità

In un saggio del 2012, *Why Nations Fail*, Acemoglu e Robinson affermano che l'elemento più importante per lo sviluppo di una nazione non è quello geografico né quello culturale, ma la presenza di «istituzioni economiche inclusive», a sua volta legata alla presenza di «istituzioni politiche inclusive»[1].

Credo che qualcosa di simile si possa dire per la garanzia e lo sviluppo della Costituzione: un assetto del sindacato di costituzionalità "inclusivo" è importante per favorire il rispetto della Costituzione e la possibilità di un suo sviluppo "spontaneo", al di là delle modifiche apportate dal legislatore costituzionale: è ben noto, infatti, che i sempre diversi casi della vita e i nuovi impulsi sociali hanno determinato un'interpretazione evolutiva della Costituzione,

1. D. Acemoglu e J.A. Robinson, *Perché le Nazioni falliscono*, Il Saggiatore, Milano, 2013 (ed. or.: 2012), pp. 85 ss. Per una sintesi vds. N. Bellanca, *Più Stato assieme a più società. La teoria post-liberale e post-liberista di Acemoglu e Robinson*, in *Micromega*, 21 luglio 2020: «la caratteristica dell'assetto istituzionale che tende a stimolare e mantenere lo sviluppo economico è la sua "inclusività"»: «[l]'assetto deve garantire la tutela dei diritti di proprietà, promuovere il funzionamento di un ordinamento giuridico in cui è possibile stipulare contratti ed effettuare transazioni finanziarie, non imporre barriere all'entrata nell'industria e nei mestieri».

tramite la giurisprudenza costituzionale[2].

Il nostro sindacato di costituzionalità non è di tipo "inclusivo": il ricorso diretto è stato limitato a Stato e Regioni, con esclusione di enti locali, privati e minoranze parlamentari (figure soggettive che in altri ordinamenti possono adire il tribunale costituzionale); inoltre, la delibera di impugnazione è strutturata come atto politico[3] e le Regioni hanno una legittimazione limitata, elementi che diminuiscono l'efficacia del giudizio in via principale come strumento di garanzia della Costituzione.

Dunque, il "peso" della difesa della Costituzione si scarica quasi interamente (a parte il Titolo V) sul sindacato in via incidentale[4], che presenta diversi pregi[5] ma costituisce oggettivamente una "strettoia" nell'accesso alla Corte[6]. Oltre a riguardare solo atti legislativi (con esclusione delle fonti secondarie), il giudizio incidentale della Corte costituzionale rappresenta un "traguardo" cui si arriva solo alle seguenti condizioni. La prima che è ci sia occasione di applicare la legge incostituzionale in un giudizio. Tale condizione può rendere difficile sindacare le leggi favorevoli (ad esempio, le leggi di spesa e le leggi di favore in materia di pubblico impiego), le leggi che ledono i diritti senza bisogno di atti applicativi (ad esempio, una legge che vieti l'aborto[7]) e le leggi che ledono i diritti tramite atti applicativi non impugnabili davanti al giudice comune (ad esempio, la legge sulle elezioni politiche).

La seconda condizione è che il giudice non ritenga la questione manifestamente infondata: questo elemento di "diffusione" nel nostro sindacato accentrato può sbarrare l'accesso alla Corte e non è scontato che, se il vizio esiste, prima o poi si troverà un giudice che sollevi la questione, perché la lesione può colpire pochi soggetti e non sempre questi sono disposti ad accollarsi le fatiche e le spese di un giudizio.

La terza condizione è che il giudice non risolva da sé il problema di costituzionalità, tramite un'interpretazione adeguatrice, che darebbe soddisfazione alla parte del suo giudizio ma non garantirebbe analoga tutela ad altri – a meno che tale interpretazione si tramuti in un diritto vivente, che però dovrebbe essere seguito (oltre che dai giudici) dalle amministrazioni competenti ad applicare la legge[8]. Lo stesso si può dire per i casi in cui il giudice disapplica direttamente la legge, per contrasto con una fonte europea *self-executing*.

Infine, un ulteriore ostacolo sulla strada verso la Consulta è stato introdotto dall'art. 23 l. n. 87/1953[9], che ha posto la *rilevanza* della questione di costituzionalità come condizione della sua ammissibilità: da un lato, non pare sicuro che l'art. 23 – nel fissare questo requisito – non sia andato oltre quanto richiesto dall'art. 1 l. cost. n. 1/1948[10]; dall'altro, non mancano

2. Gli esempi potrebbero essere molti: basti qui ricordare il modo in cui è stato applicato l'art. 2 Cost. («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»).

3. Su tale profilo vds., ad esempio, C. Padula, *Il problema della rappresentanza dello Stato nei conflitti di attribuzione tra enti*, in *Giur. cost.*, n. 4/2000, pp. 3049 ss.; B. Liberali, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, relazione svolta il 18 settembre 2020 al convegno del Gruppo di Pisa «Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni», par. 3 (https://gruppodipisa.it/eventi/convegni/402-18-19-settembre-2020-trento-il-regionalismo-italiano-alla-prova-delle-differenziazioni); C. Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 161 ss. e 335 ss.

4. Salve, naturalmente, le altre competenze della Corte: vds. l'art. 134 Cost. e la l. cost. n. 1/1953, che ha introdotto il giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo.

5. Vds., ad esempio, M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 481 ss.

6. Sul tema delle limitazioni del sindacato incidentale e delle conseguenti "risposte" della Corte vds., ad esempio, A. Von Bogdandy e D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, pp. 11 ss.; T. Groppi, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, par. 2; A. Pugiotto, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 154 ss.

7. Naturalmente alludo a una possibilità di sindacato che prescinda dalla violazione della legge, che esporrebbe il privato al rischio della sanzione; di fronte a leggi di questo tipo, spesso i privati si adeguano alla legge incostituzionale.

8. Non è scontato che la p.a. si attenga a un indirizzo giurisprudenziale consolidato: vds. ad esempio la vicenda del "bonus bebè", di cui si parlerà nel par. 5.

9. «Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza (...). L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale (...)».

10. «La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione». La l. n. 87/1953 non poteva introdurre nuove condizioni del giudizio costituzionale perché l'art. 137 Cost. pone una riserva di legge costituzionale in materia di «condizioni (...) dei giudizi di legittimità costituzionale (...)». L'opinione prevalente è nel senso che

applicazioni opinabili dell'art. 23 da parte della Corte costituzionale, con conseguente sbarramento di questioni che potrebbero invece essere considerate ammissibili[11].

Questa rapida sintesi è parsa opportuna per tratteggiare il contesto di partenza del giudizio incidentale. Vediamo ora come la Corte ha calibrato il proprio ruolo e, in particolare (dato il tema a me affidato), come ha cercato di favorire una propria decisione di merito.

2. All'origine delle "spinte centripete". La Corte tra abrogazione e illegittimità sopravvenuta: dalla sentenza n. 1/1956 alla sentenza n. 70/2020

Nel primo caso sottoposto alla Corte costituzionale, l'avvocatura dello Stato tentò di ridimensionare pesantemente il ruolo della Corte, sostenendo che «nei riguardi della legislazione anteriore alla Costituzione non v'ha luogo a giudizio di legittimità costituzionale, perché le norme precettive della Costituzione importano abrogazione delle leggi anteriori che siano con essa incompatibili e la relativa dichiarazione è di competenza esclusiva del giudice ordinario; mentre le norme costituzionali di carattere programmatico non importano difetto di legittimità di nessuna delle leggi vigenti anteriori alla Costituzione» (così il *fatto* della sent. n. 1/1956).

La Corte rispose osservando che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche». Quanto alla scelta, nel caso concreto, tra abrogazione o incostituzionalità sopravvenuta della legge precedente alla Costituzione, la Corte rilevò che «[n]on occorre (...) fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione da risolvere alla stregua dei principi generali fermati nell'art. 15 disp. prel. cod. civ. I due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge».

In sostanza: a) l'accertamento dell'avvenuta abrogazione spetta al giudice comune, perché la vigenza delle leggi è questione che *in primis* va risolta da esso, non dalla Corte (che invece si occupa dell'illegittimità delle stesse leggi)[12]; b) l'abrogazione viene accertata dal giudice comune con effetti *inter partes*, l'illegittimità sopravvenuta viene dichiarata dalla Corte con effetti *erga omnes*; c) il contrasto tra legge precedente e norma costituzionale (o interposta) successiva determina abrogazione della prima se il parametro successivo è direttamente applicabile, altrimenti il contrasto si traduce in illegittimità sopravvenuta.

Non si tratta di una mera rievocazione storica, che riguarda solo le leggi pre-Costituzione. Il problema del contrasto della legge con un nuovo parametro può riaffiorare in occasione di una riforma costituzionale e, molto più frequentemente, quando sopraggiunge un nuovo parametro interposto. Un caso "classico" è quello della nuova legge cornice statale, che modifica i principi fondamentali in una materia concorrente[13]. Nell'affrontare tali casi, la Corte ha mantenuto ferma l'impostazione iniziale, giudicando nel merito le questioni ad essa sottoposte, sia perché

---

la *pregiudizialità* richiesta dall'art. 23 l. n. 87/1953 fosse implicitamente prevista anche dall'art. 1 l. cost. n. 1/1948. La Corte costituzionale ha dichiarato infondate, seppur in modo apodittico, le questioni di costituzionalità sollevate tempo fa in relazione all'art. 23 l. n. 87/1953, per violazione dell'art. 1 l. cost. n. 1/1948 e degli artt. 24 e 137 Cost.: vds. le ordinanze nn. 130/1971, 225/1982 e 130/1998; in senso diverso, peraltro, nella sent. n. 88/1986 si legge che l'art. 23 l. n. 87/1953 «ha introdotto il requisito della rilevanza, che non era previsto, né dalla Costituzione, né dalle due summenzionate leggi costituzionali [1/1948 e 1/1953]». Sul rapporto tra pregiudizialità, incidentalità e rilevanza sia consentito il rinvio a 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*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 162 ss.; vds. anche G. Zagrebelsky, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, pp. 1001 ss.

11. Vds., ad esempio, la sent. n. 193/2015 in materia di elezioni regionali e premio di maggioranza, annotata da D. Monego, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, in *Le Regioni*, n. 1/2016, pp. 198 ss. La concezione della rilevanza risultante dalla sent. n. 193/2015 è smentita, ad esempio, dalla sent. n. 259/2017.

12. Vds. sent. n. 223/2007: «Il controllo sull'attuale vigenza di una norma giuridica spetta istituzionalmente al giudice comune e precede ogni possibile valutazione sulla legittimità costituzionale della medesima norma».

13. Tale ipotesi è oggetto di specifica disciplina: vds. l'art. 10 l. n. 62/1953 («Le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse.
I Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni»).

la rimessione implica il giudizio negativo del giudice *a quo* sull'abrogazione[14] sia per esigenze di certezza del diritto, dato che l'accertamento dell'abrogazione condurrebbe a una sentenza di inammissibilità per irrilevanza, ma la sentenza di inammissibilità ha effetti *inter partes* (ad esempio, vds. la sent. n. 272/2010)[15].

Questo orientamento della Corte favorisce una decisione di merito perché si esclude un riesame della valutazione del giudice *a quo* in merito all'abrogazione, riesame che potrebbe condurre a una decisione di inammissibilità.

Mi pare interessante segnalare che lo stesso orientamento è stato di recente applicato anche al giudizio in via principale, ove viene meno una delle due giustificazioni sopra esposte: la competenza del giudice comune sulla vicenda abrogativa (resta, invece, la *ratio* della certezza del diritto). Nella sentenza n. 70/2020, la Corte ha annullato una disposizione legislativa regionale per contrasto con una norma legislativa statale (avente rango di principio fondamentale) entrata in vigore quattro giorni dopo la norma regionale impugnata. Il nuovo principio fondamentale (art. 5 dl n. 32/2019, che ha introdotto il comma 1-*ter* nell'art. 2-*bis* del testo unico edilizia) ha stabilito limiti volumetrici e di sedime per «ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione»: trattandosi in sostanza di un divieto di realizzazione di certi interventi edilizi, la nuova norma pare direttamente applicabile e dunque ha verosimilmente abrogato le norme regionali precedenti difformi[16], che consentivano opere al di là di quei limiti. La Corte, invece, ha accertato l'illegittimità della norma regionale pugliese «a partire dalla entrata in vigore della novella legislativa statale». Benché la Corte non abbia affrontato nella sentenza l'alternativa tra incostituzionalità sopravvenuta della norma regionale e inammissibilità del motivo di ricorso[17], è verosimile che essa si sia posta il dubbio, valutando l'applicazione del sopra citato (vds. nota 14) art. 10 della legge Scelba e optando poi per una pronuncia di accoglimento in luogo di una sentenza di inammissibilità.

Si tratta di una scelta che favorisce la certezza del diritto e "chiude" il discorso, evitando che in giudizi comuni si discuta della vigenza della norma regionale: dunque, una scelta di "accentramento" (della decisione di merito), coerente con l'orientamento (sopra esposto) sviluppatosi nel giudizio incidentale. Mi pare una scelta condivisibile, purché venga intesa nella prospettiva del "doppio binario". La sent. n. 70/2020 non deve essere intesa nel senso della "disapplicazione" dell'art. 10 legge Scelba: i giudici e ogni altro operatore giuridico possono accertare l'abrogazione della legge regionale contrastante con i nuovi principi (direttamente applicabili) ma, se la questione viene sottoposta alla Corte con un'impugnazione diretta (eventualità rara, dato il termine di decadenza di 60 giorni previsto per essa), la Corte "fa pulizia" e annulla la legge regionale per incostituzionalità sopravvenuta.

Analoga salvaguardia del «valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa» è stata assicurata dalla Corte nelle sentt. nn. 384/1994 e 94/1995, che hanno considerato ammissibili – nel giudizio in via principale, a differenza di quel che accade nel giudizio incidentale[18] – questioni relative a leggi contrastanti con fonti europee *self-executing*.

3. [*Segue*] Nozione di giudice *a quo* e rilevanza

Nel respingere un'eccezione sollevata dall'avvocatura, secondo la quale una questione di costituzionalità sollevata da un tribunale nel corso di un procedimento di omologazione di una spa era inammissibile per difetto del "giudizio *a quo*", cioè del presupposto processuale del giudizio costituzionale, la Corte osservò che «il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del

14. Ad esempio, sent. n. 6/1970: «è giurisprudenza costante di questa Corte che il giudizio di abrogazione è di competenza del giudice del processo principale, di guisa che, ove questi non ritenga che sia intervenuta abrogazione e prospetti l'asserito contrasto di disposizioni anteriori con norme costituzionali in termini di incostituzionalità, spetta alla esclusiva competenza della Corte giudicarne in questi stessi termini».

15. Ovviamente si suppone che il caso oggetto del giudizio *a quo* si sia verificato dopo l'entrata in vigore del nuovo parametro: infatti, se fosse precedente, esso sfuggirebbe agli effetti dello *jus superveniens*, sia in caso di abrogazione (al caso precedente continuerebbe ad applicarsi la legge abrogata) sia in caso di incostituzionalità sopravvenuta (l'eventuale pronuncia di accoglimento opererebbe dal momento di entrata in vigore del nuovo parametro).

16. Nel caso di specie, art. 7 l. Puglia n. 5/2019.

17. In base alla giurisprudenza della Corte, un'impugnazione di una norma regionale rimasta in vigore per soli quattro giorni potrebbe essere dichiarata inammissibile per difetto di interesse, dal momento che essa non può essersi tradotta in interventi edilizi difformi dalla successiva nuova norma statale. Non pare invece ipotizzabile un'inammissibilità per difetto di oggetto perché la norma abrogata non viene eliminata del tutto dall'ordinamento, ma perde solo efficacia *ex nunc*.

18. Salvo quanto si vedrà nel par. 5.

resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi» (sent. n. 129/1957). Già all'inizio dell'attività della Corte, dunque, emersero i principi cardine che avrebbero orientato la "politica giudiziaria" della Corte, anche in alcune importanti scelte di recente compiute (vds. *infra*): il principio di certezza e quello di costituzionalità[19].

È noto poi che la nozione di giudice *a quo* è stata intesa in modo estensivo, essendo stati ammessi a sollevare questione organi non giurisdizionali, ma dotati di funzioni giurisdizionali (vds. la sent. n. 12/1971, sulla sezione disciplinare del Csm) e anche organi non giurisdizionali nell'esercizio di funzioni non giurisdizionali (vds. ad esempio le sentt. nn. 226/1976 e 384/1991, sulla Corte dei conti in sede di controllo[20]). Nasce così la nozione di *giudizio ai limitati fini* del promovimento della questione di legittimità costituzionale (ad esempio, sentt. nn. 226/1976 e 26/1999) ed emerge come preminente l'esigenza di evitare le "zone franche" (esigenza che si può ricondurre al principio di costituzionalità). La sent. n. 226/1976 osserva che «il riconoscimento di tale legittimazione [della Corte dei conti] 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», e nella sent. n. 26/1999 si legge che «anche la proposizione dell'incidente di costituzionalità (...) costituisce espressione del diritto di difesa, in questo caso contro le leggi incostituzionali, e deve pertanto (...) essere ammessa tutte le volte in cui non sussistano vie alternative per farlo valere».

Una sintesi della giurisprudenza costituzionale sulla nozione di giudice *a quo* si trova nella sent. n. 13/2019 (che ha dichiarato inammissibili, per difetto di legittimazione, questioni sollevate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato), che sottolinea come la Corte abbia adottato un criterio «elastico», «nel dichiarato obiettivo di consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di "zone franche" dal controllo di costituzionalità»[21].

Il principio di costituzionalità e quello di certezza furono alla base anche dell'ord. n. 22/1960, con cui la Corte si riconobbe la legittimazione a sollevare davanti a se stessa questione di costituzionalità: «Non può infatti ritenersi che proprio la Corte – che è il solo organo competente a decidere delle questioni di costituzionalità delle leggi – sia tenuta ad applicare leggi incostituzionali, e neanche che, nell'ipotesi di incostituzionalità delle leggi che regolano la materia, possa e debba disapplicarle, senza mettere in moto il meccanismo (di portata generale e necessaria nel vigente ordinamento) destinato a condurre, se del caso, con le debite garanzie di contraddittorio, alla eliminazione, con effetti *erga omnes*, delle leggi incostituzionali».

Già nel primo periodo di attività della Corte, dunque, l'area del sindacato accentrato di costituzionalità è stata estesa, in virtù degli effetti che i due succitati principi hanno prodotto sui presupposti (giudice *a quo* e giudizio *a quo*) del giudizio incidentale.

Analogo fenomeno si è verificato in relazione alla rilevanza, seppur in questo caso senza alcun distacco rispetto alla lettera delle disposizioni. Come si è visto (par. 1), mentre la scelta dell'accesso incidentale, compiuto dalla l. cost. n. 1/1948, implicava verosimilmente solo la necessità che la questione di costituzionalità riguardasse una norma applicabile nel giudizio *a quo*, l'art. 23 l. n. 87/1953 ha aggiunto il requisito della pregiudizialità, cioè della necessaria influenza della decisione della Corte sul giudizio *a quo*. La Corte ha, da un lato, limitato l'operatività di tale requisito al momento genetico del giudizio incidentale (cioè, al momento dell'ordinanza di rimessione), sia tramite una norma integrativa[22] sia con la propria giurisprudenza[23], dall'altro ha affermato la sufficienza di una influenza *giuridica*, nel senso che la decisione della Corte non deve necessariamente incidere sull'esito concreto del giudizio *a quo*, bastando invece che influisca sul percorso motivazionale del rimettente (l'esempio classico, a tal fine, è quello della sent. n. 148/1983 sulle norme penali di favore, decisione nella quale ricompare anche l'argomento delle "zone franche"; più di recente vds. le sentt. nn. 253/2019 e 174/2019).

19. Sul principio di costituzionalità, «secondo cui il controllo da parte di questa Corte deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico», vds. ad esempio le sentt. nn. 387/1996 e 1/2014.

20. Sulla legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo vds., da ultimo, G. Rivosecchi, *Il ricorso incidentale in sede di controllo della Corte dei conti*, in Aa.Vv., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 201 ss.

21. Sul tema vds., *ex multis*, M. Troisi, *Incidentalità e giudici a quibus*, in G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 67 ss.

22. Vds. l'art. 22 delle originarie «Norme integrative» e ora l'art. 18 delle N.i. del 2008: «La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale».

23. Ad esempio, ord. n. 262/2019 e sent. n. 69/2010: «Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale il requisito della rilevanza riguarda solo il momento genetico in cui il dubbio di costituzionalità viene sollevato, e non anche il lasso temporale successivo alla proposizione dell'incidente di costituzionalità. Di conseguenza, i fatti sopravvenuti non sono in grado di influire sul giudizio costituzionale».

4. La Corte e le questioni incidentali "astratte" (sollevate nel corso di azioni di mero accertamento): indebito ampliamento o indebita restrizione del canale d'accesso?

Secondo la maggioranza della dottrina, la Corte avrebbe operato un indebito "accentramento" decisionale con le sentenze nn. 1/2014 e 35/2017, che hanno in parte annullato le leggi sulle elezioni politiche, accogliendo questioni di costituzionalità sollevate nel corso di giudizi di mero accertamento del diritto di voto.

Molti autori[24] hanno denunciato lo stravolgimento delle regole del giudizio incidentale, sorto senza alcun collegamento con un caso concreto di applicazione della legge. La sent. n. 1/2014 è stata addirittura definita «la più creativa» adottata dalla Corte nella sua storia[25]. La sent. n. 35/2017 è stata criticata, in particolare, perché la l. n. 52/2015 (cd. *Italicum*) non era stata mai applicata (a differenza della l. n. 270/2005, cd. *Porcellum*, oggetto della sent. n. 1/2014) e non era neppure applicabile al momento dell'adozione di una delle ordinanze di rimessione[26].

Si tratta di opinioni che non condivido, per le ragioni che ho già esposto in altri scritti e che qui posso solo sintetizzare: a) se una legge lede direttamente un diritto fondamentale o comunque è foriera di un danno certo o probabile, sussiste l'interesse ad agire per l'accertamento del diritto leso o minacciato dalla mera esistenza della legge[27]; b) se il giudice solleva questione di costituzionalità nel corso dell'azione di mero accertamento, non manca il requisito dell'incidentalità della questione[28]; c) le sentt. nn. 1/2014 e 35/2017 non hanno sovvertito la precedente giurisprudenza della Corte[29]; d) le sentt. nn. 1/2014 e 35/2017 non hanno sovvertito le regole del giudizio incidentale, poiché per l'ammissibilità di esso non è necessario il collegamento con un caso concreto di applicazione o violazione della legge[30].

Dunque, in relazione alle questioni incidentali sollevate nel corso di azioni di mero accertamento di un diritto fondamentale, mi pare che la Corte non possa essere accusata di "protagonismo" (o "suprematismo"[31]), per averle decise nel merito (con le sentt. nn. 1/2014 e 35/2017), ma abbia – al contrario – compiuto una scelta di *understatement*, avendo limitato molto la possibilità di usare tale strumento mediante la sent. n. 110/2015, che ha negato l'ammissibilità (non solo della questione di costituzionalità ma anche) dell'azione civile di accertamento, in quanto in relazione alle

24. Vds., ad esempio, R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018 (30 dicembre), par. 5, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Bin_4_2018.pdf; *Id.*, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, 2017, www.robertobin.it/ARTICOLI/Zone_franche.pdf.

25. G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, n. 3/2014, p. 2960. Alla base di tale decisione ci sarebbe stata la volontà di "colpire" il cd. *Porcellum*, dopo che diversi moniti della Corte (vds. le sentt. nn. 13/2012, 15/2008 e 16/2008) erano rimasti inascoltati e la legge era stata dunque applicata per ben tre volte. Saremmo di fronte, dunque, a un'interpretazione delle regole processuali influenzata da elementi "di contesto" (la negligenza del legislatore, la prassi delle Camere restie a sollevare questione di costituzionalità nel corso della verifica dei poteri, la conseguente "zona franca" sulle elezioni politiche).

26. La l. n. 52/2015 sanciva l'applicabilità del nuovo sistema elettorale «a decorrere dal 1° luglio 2016» (art. 1, comma 1, lett. *i*, e art. 2, comma 35), per cui al momento delle domande di accertamento le norme non erano applicabili (nel caso del Tribunale di Messina, che aveva sollevato la questione nel febbraio 2016, l'*Italicum* non era applicabile neppure al momento dell'ordinanza di rimessione).

27. Vds. C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, *op. cit.*, pp. 134 ss. L'analisi ivi svolta ha condotto a ritenere esistente l'interesse ad agire in un caso del genere, anche alla luce del diritto processuale civile, non essendo necessaria una specifica contestazione del diritto né avendo rilievo il fatto che il giudice civile non possa concedere "autonomamente" la tutela richiesta, ma debba avvalersi dell'intervento della Corte costituzionale.

28. Vds. C. Padula, *op. ult. cit.*, pp. 173 ss. A tale conclusione si è arrivati avendo esaminato il problema sotto tre profili: il rapporto tra la questione di costituzionalità e il giudizio di accertamento, il rapporto tra gli oggetti dei due giudizi e il rapporto tra le decisioni dei due giudizi.

29. La regola dell'incidentalità, costantemente affermata dalla Corte, è stata applicata in casi eterogenei e *solo in due occasioni* ha portato alla dichiarazione di inammissibilità di questioni sollevate nel corso di azioni di accertamento preventivo, mentre – a parte il caso delle leggi provvedimento – diverse altre pronunce sembrano supportare la tesi opposta: su ciò vds. C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, *op. cit.*, pp. 103 ss.

30. Vds. C. Padula, *op. ult. cit.*, pp. 186 ss. Sul tema vds. anche N. Zanon, *"Stagioni creative" della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti)*, E. Olivito, *Si può contestare una legge in via diretta davanti al giudice civile? L'ammissibilità delle questioni incidentali sollevate nel corso di azioni di accertamento*, M. Negri, *Riflessioni sulle prospettive evolutive innescate da corte cost. n. 1/2014 e n. 35/2017: questioni di legittimità costituzionale e giudizi di mero accertamento "preventivo"*, tutti in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; T. Groppi, *La Corte e 'la gente'*, *op. cit.*; G. D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; S. Lieto, *Giudizio costituzionale incidentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Quanto alla sent. n. 35 del 2017, una volta che si ammette l'interesse ad agire "contro" la mera esistenza di una legge, in quanto direttamente lesiva o comunque foriera di un danno certo o probabile, non si vede quale rilievo abbia la mancata applicazione passata della legge o la mancata applicabilità al momento dell'ordinanza di rimessione.

31. Vds. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 253.

elezioni europee (a differenza delle elezioni politiche) si poteva instaurare un giudizio davanti al giudice comune[32]. Dunque, la "zona franca" è stata considerata come ulteriore condizione dell'azione civile di accertamento "astratto" del diritto fondamentale.

Questa mi pare essere veramente una novità, forse influenzata dal timore di allargare eccessivamente il canale di accesso alla Corte: l'effetto della "frenata" del 2015 è quello di precludere le impugnazioni "dirette" delle leggi davanti al giudice civile, cioè di restringere il ruolo della Corte e, soprattutto, le possibilità di tutela dei diritti fondamentali. Peraltro, sarà da vedere quale posizione assumerà la Corte di fronte a una questione incidentale sollevata in un giudizio di accertamento promosso direttamente contro una legge immediatamente lesiva (proibitiva o impositiva)[33]. Il tema delle questioni incidentali "astratte" pare ancora in evoluzione.

5. «Le correzioni»: i casi di doppio vizio delle leggi e il secondo "cammino comunitario" della Corte

La citazione del titolo del romanzo di Franzen pare appropriata per descrivere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema del "doppio vizio" della legge, cioè del caso in cui la legge viola sia un diritto garantito dalla Costituzione sia un diritto garantito da una fonte europea "paracostituzionale" *self-executing*[34]. Nel 2019, il presidente Lattanzi diede atto che, in questo settore, «ci muoviamo in un cantiere con lavori perennemente in corso, i cui esiti sono soggetti a una continua rimodulazione per trovare il miglior punto di incontro tra i mutamenti di prospettiva che provengono dalle fonti europee e le esigenze proprie del controllo di costituzionalità»[35].

Questo "secondo cammino comunitario"[36] della Corte si è avviato, come noto, con la sent. n. 269/2007, nella quale la Corte ha statuito che, nel caso 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 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».

In sostanza, la Corte cercava di evitare la propria esclusione dal sindacato su una legge lesiva di un diritto fondamentale[37]: la sent. n. 269/2017 richiedeva (o auspicava[38]) che i giudici non risolvessero da sé la questione, tramite la disapplicazione della legge,

32. La sent. n. 110/2015 è stata ribadita dall'ord. n. 165/2016 e dalla sent. n. 63/2018.

33. Sulla differenza tra leggi direttamente o non direttamente lesive vds. C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, *op. cit.*, pp. 142 ss.

34. I contributi sul tema sono ormai innumerevoli: vds. da ultimo D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 184 ss.; M. Losana, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, pp. 305 ss. Vds. anche, *ex multis*, F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 481 ss.; M. Massa, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/2-2019/1443-dopo-la-precisazione-sviluppi-di-corte-cost-n-269-2017/file; F. Spitaleri, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali: criteri guida per la scelta del giudice comune tra rinvio pregiudiziale e giudizio di costituzionalità*, in corso di pubblicazione in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa*, *op. cit.*

35. G. Lattanzi, *Relazione* sull'attività svolta nel 2018, 21 marzo 2019, p. 19, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf.

36. Si rievoca l'espressione di P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2401 ss.

37. Questa esigenza era già emersa, poco prima della decisione, in un articolo di un giudice costituzionale: A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017. L'A. parte da un timore, quello del possibile "traboccamento" (*spill-over*) della Carta, nel senso della sua applicazione oltre il campo dell'attuazione del diritto europeo (art. 51 Cdfue), e poi afferma la tesi centrale: la disapplicazione dovrebbe essere limitata al contrasto tra leggi interne e norme europee contenenti *regole*, mentre il contrasto con norme europee contenenti *principi* dovrebbe tradursi nella rimessione della questione alla Corte (che, eventualmente, potrà coinvolgere la Cgue tramite un rinvio pregiudiziale). Ciò considerando che l'entrata in vigore della Cdf, che comprende molti principi corrispondenti a norme costituzionali, rischia di emarginare la Corte, compromettendo la certezza del diritto che deriva dall'intervento della Corte (le cui sentenze di accoglimento hanno effetti *erga omnes* ed *ex tunc*) e che non deriva dai due istituti utilizzati dai giudici comuni per "gestire" i rapporti tra leggi interne e diritto Ue, cioè l'interpretazione conforme al diritto Ue, ove possibile, e la disapplicazione. Inoltre, osserva Barbera, la verifica del contrasto con un principio implica la verifica del bilanciamento operato dal legislatore fra quel principio e altri principi. I principi sono aperti a diverse attuazioni da parte degli organi politici.

38. Parlo di "auspicio" perché la Corte costituzionale può sbarrare la strada alle questioni sollevate dai giudici, come ha fatto con le pronunce di inammissibilità emesse nei casi di contrasto con fonti europee direttamente applicabili (a partire dalla sent. n. 170/1984) e nei casi di "doppia pregiudiziale", ma non può costringere i giudici a sollevare la questione di costituzionalità, qualora essi, invece, ritengano di disapplicare la legge. Qualora un giudice disapplichi la legge contrastante con una norma della Carta dei diritti direttamente applicabile, non si vede quali strumenti di reazione potrebbero esserci, salvo immaginare improbabili conflitti di attribuzioni sollevati dalla Corte costituzionale di fronte a se stessa o dalle Camere contro la disapplicazione.

ma si rivolgessero alla Corte stessa, ferma restando la possibilità del rinvio pregiudiziale. Naturalmente, questo implicava un mutamento giurisprudenziale: la questione di costituzionalità sollevata su una legge contrastante (oltre che con la Costituzione) con una norma della Cdf direttamente applicabile *non era più inammissibile*[39], ma poteva essere decisa nel merito dalla Corte. Questo orientamento rappresenta la più chiara ed esplicita "spinta centripeta" della Corte[40], perché la Corte dichiara che vuole decidere nel merito questioni di costituzionalità fino a quel momento considerate inammissibili, sostituendo (in caso di accoglimento) la propria sentenza di annullamento *erga omnes* alla disapplicazione *inter partes* pronunciata dal giudice *a quo*.

Le "correzioni" di cui parlavo, che la Corte ha apportato alla sent. n. 269/2017 (prima tramite le sentt. nn. 20/2019 e 63/2019, sintetizzate dall'ord. n. 117/2019, e poi con le sentt. nn. 11/2020 e 44/2020), sono essenzialmente le seguenti: a) la Corte non fa salvo solo il rinvio pregiudiziale ma anche il potere di disapplicazione: in sostanza, la Corte rinuncia al velleitario tentativo di "vietare" la disapplicazione diretta della legge e si limita a dare ai giudici la possibilità di scelta, cioè la possibilità di adire in prima battuta la Corte costituzionale, senza correre il rischio di un'inammissibilità[41]; b) il nuovo orientamento (volto a rendere possibile il sindacato accentrato della Corte) non vale solo nel caso in cui la legge violi un diritto costituzionale e la Cdf, ma anche quando la legge violi un diritto costituzionale e altra norma europea dal contenuto costituzionale[42].

Il nuovo orientamento della Corte è stato "applicato" dalla Cassazione in una serie di ordinanze[43] che hanno sottoposto alla Corte costituzionale le norme relative all'assegno di natalità e all'assegno di maternità, pur attestando la «concreta possibilità» della disapplicazione, per contrasto con l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE: l'ord. n. 182/2020 della Corte ha però operato un rinvio pregiudiziale alla Cgue.

Tale orientamento, nei suoi termini attuali, mi pare in armonia con la giurisprudenza della Cgue:

39. Il consolidato assetto dei rapporti fra diritto interno e diritto europeo (e fra Corte costituzionale e Corte di giustizia europea), quale risultante dalla sent. n. 170 del 1984 della Corte costituzionale e dalla giurisprudenza successiva, era fondato – come noto – sul meccanismo della disapplicazione della legge interna contrastante con il diritto europeo *self-executing* e sulla precedenza data alla pregiudiziale europea, in caso di "doppia pregiudiziale". Infatti, la non applicabilità della legge interna implicava l'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale concernente la legge stessa: dunque, in caso di "doppia pregiudiziale" (europea e di costituzionalità), per la Corte costituzionale occorreva prima rivolgersi alla Cgue, competente a pronunciarsi anche sulla diretta applicabilità della norma Ue. Se il giudice adiva direttamente la Corte costituzionale, esisteva un difetto di motivazione sulla rilevanza: in tal senso vds. la stessa sent. n. 269 del 2017 e, poco prima, la sent. n. 111/2017.

40. Per questo motivo mi devo soffermare su questo tema, benché i rapporti triangolari giudice comune - Corte costituzionale - Corti europee siano oggetto del contributo di Elisabetta Lamarque, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in questo fascicolo, pubblicato in anteprima in questa *Rivista online*, 1° dicembre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/i-poteri-del-giudice-comune-nel-rapporto-con-la-corte-costituzionale-e-le-corti-europee.

41. La sent. n. 20/2019 parla di «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»; in modo più esplicito, la sent. n. 63/2019 afferma che «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.
Laddove però 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, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione».

42. Nella sent. n. 20/2019 la Corte ha deciso nel merito una questione in cui il parametro interposto era dato anche da una direttiva (di cui la Corte di giustizia aveva sancito la diretta applicabilità), in quanto essa si trovava «in singolare connessione» con gli artt. 7 e 8 della Cdf, in materia di *privacy*. Nella sent. n. 11/2020 il nuovo orientamento della Corte viene svincolato dal riferimento alla Cdf: l'avvocatura dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità delle questioni, fra l'altro, «per erronea evocazione, come norme interposte, di disposizioni del TUE e del TFUE, che il rimettente avrebbe viceversa dovuto direttamente applicare», ma la Corte replica che quello che conta è che la legge violi anche un diritto garantito da una norma costituzionale, a prescindere dalla norma europea interposta invocata («qualora sia lo stesso giudice comune, nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni»). Nella sent. n. 44/2020 la Corte decide nel merito una questione relativa a una norma contrastante con una norma europea *self-executing* – non contenuta nella Cdf, ma nell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE – e lesiva *anche* di un diritto costituzionale: su ciò vds. C. Padula, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Quad. cost.* (*Rassegna*), n. 2/2020, pp. 1 ss.

43. Vds., ad esempio, Cass., sez. lavoro, ord. n. 16164/2019.

vds. la sentenza *Melki* del 2010[44] e la sentenza *A c. B* del 2014[45].

Sembrano anche condivisibili le ragioni che lo sorreggono. Per quanto riguarda la certezza del diritto, l'importanza di un annullamento *erga omnes* è intuitiva: basti qui ricordare che l'incertezza del diritto derivante dal sindacato diffuso (cioè, dal meccanismo della disapplicazione della legge con effetti *inter partes*) è stato un elemento centrale nella scelta del sindacato accentrato, operata dall'Assemblea costituente. Il caso (citato poco sopra) del "bonus bebè" è emblematico. La Cassazione ha coinvolto la Corte costituzionale nonostante un compatto indirizzo dei giudici comuni nel senso della disapplicazione: infatti, pur in presenza di questo "diritto vivente", l'Inps continuava a negare il beneficio agli stranieri privi del permesso di lungo periodo. Tale vicenda rende evidente che l'annullamento *erga omnes* della legge incostituzionale è preferibile per due motivi: a) evita l'incertezza "giurisdizionale" del diritto, derivante dal fatto che in Italia manca il principio dello *stare decisis*[46]; b) evita l'incertezza "amministrativa" del diritto, derivante dal fatto che le p.a., pur essendo anch'esse tenute a disapplicare la legge contrastante con una fonte europea *self-executing* (sent. n. 389/1989), potrebbero continuare invece ad applicarla, confidando nel fatto che una buona percentuale di persone rinuncia ad adire le vie legali.

Per quanto riguarda la "vocazione" della Corte a sindacare il bilanciamento effettuato dal legislatore, anch'essa è una motivazione coerente con le ragioni che condussero alla scelta del sindacato accentrato: nel 1947 si volle che il giudizio di costituzionalità fosse svolto da un giudice dotato – in virtù della sua composizione – di "sensibilità politica", ritenuta necessaria sia per lo speciale oggetto del giudizio stesso (la legge, cioè un atto politico) sia per il parametro (le norme costituzionali spesso consistono in principi rivolti al legislatore, che li deve attuare bilanciandoli reciprocamente). Poiché il giudizio di costituzionalità spesso si traduce in un controllo di ragionevolezza del bilanciamento effettuato, si comprende la necessità della "sensibilità politica" della Corte. Si può aggiungere che l'opportunità del coinvolgimento della Corte deriva anche dalla sua specializzazione.

Si può notare che queste due istanze alla base del "secondo cammino comunitario" della Corte riecheggiano quelle che hanno guidato la Corte nella "gestione" dei rapporti con la Cedu e con la Corte Edu: le sentenze "gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007) hanno escluso la disapplicazione della legge contrastante con la Cedu anche per ragioni di certezza del diritto; la sent. n. 264/2012 ha escluso che la Corte sia strettamente vincolata da una sentenza della Corte Edu (che abbia censurato una legge italiana), attribuendo alla Corte il potere di bilanciare l'art. 117, primo comma, Cost. con altri interessi costituzionali[47].

Più problematico è il profilo della compatibilità del nuovo orientamento con le regole del processo costituzionale. Se la legge interna contrasta con una fonte europea *self-executing*, ciò farebbe sorgere il potere-dovere di disapplicazione della legge stessa, il che escluderebbe automaticamente la rilevanza della questione, perché la legge non è *applicabile*. Ho usato il condizionale perché la Cgue, nelle citate pronunce *Melki* e *A c. B*, ha accettato che la legge non venga disapplicata *tout court* ma, eventualmente, disapplicata in via provvisoria (per dare tutela al diritto leso) e sottoposta al sindacato di costituzionalità: il che significa riconoscere efficacia alla legge stessa. Mi pare,

44. Cgue, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*. Il caso *Melki* riguardava la legge organica francese 10 dicembre 2009, n. 1523, che ha disciplinato la questione incidentale di costituzionalità e ha stabilito che, in caso di "doppia pregiudiziale" (internazionale, e dunque anche comunitaria, da un lato, e costituzionale dall'altro), la precedenza debba essere data alla questione di costituzionalità. Tale norma è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Cgue, operato dalla *Cour de cassation* in relazione alla sua compatibilità con l'art. 267 Tfue. La Cgue rispose che l'art. 267 Tfue non osta a siffatta normativa nazionale, purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi: «di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione».

45. Cgue, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 *A c. B e altri*. Nel caso austriaco, di fronte a una decisione del Tribunale costituzionale del 2012 simile alla n. 269/2017 della nostra Corte costituzionale, la Cassazione austriaca aveva adito la Cgue chiedendole di pronunciarsi sulla conformità all'art. 267 Tfue del dovere di rivolgersi al Tribunale costituzionale e del divieto di disapplicazione. La risposta della Cgue ricalcò quella data nel caso *Melki*.

46. Inoltre, mentre negli Usa la giurisdizione federale è unica, in Italia esistono giurisdizioni speciali, ragion per cui la "forza" delle sentenze dei giudici supremi – oltre a non essere vincolante, per l'assenza dello *stare decisis* – si esplica solo verso i giudici dello stesso ordine.

47. Sulla sent. n. 264/2012 vds., in senso critico, C. Padula, *La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *Federalismi*, 10 dicembre 2014, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=28151. Sul tema del rapporto Corte costituzionale - Corte Edu - giudici comuni, vds. il contributo di E. Lamarque, *I poteri del giudice comune*, *op. cit.*

dunque, che il misterioso (dal punto di vista teorico) meccanismo della disapplicazione[48] diventi ancora più nebuloso, nei casi qui esaminati. Resta il fatto che, se dal punto di vista del diritto europeo è accettabile che la legge (contrastante con una fonte europea *self-executing*) non venga disapplicata subito *tout court* (ma eventualmente dopo il giudizio costituzionale), ciò significa che il dovere di "disapplicazione immediata" non esiste e, dunque, che la questione di costituzionalità potrebbe essere rilevante.

A prima vista, l'attuale approdo della giurisprudenza costituzionale (secondo la quale il giudice può scegliere tra disapplicazione e rimessione della questione alla Corte) configura una soluzione ragionevole ma fonte di dubbi sotto il profilo tecnico-giuridico, perché ci troviamo in un campo dominato dalle regole (non dai principi), nel quale una *facoltà di scelta* non dovrebbe esserci. La rilevanza è una regola, così come è una regola quella della disapplicazione della legge contrastante con la norma europea *self-executing*. Una riflessione ulteriore, però, evidenzia che la regola della disapplicazione è stata "ammorbidita" dalla stessa Cgue e ciò si riflette sulla regola della rilevanza.

6. Il nuovo orientamento della Corte in materia di decisioni manipolative

Le decisioni manipolative (additive e sostitutive), non previste né dalla Costituzione né dalla l. n. 87/1953, rappresentarono una forte innovazione nello strumentario della Corte costituzionale, ma non necessariamente nel senso dell'ampliamento dell'intervento della Corte: esse, infatti, potevano essere viste come un modo per limitare l'impatto di tale intervento, dal momento che l'alternativa alla sentenza manipolativa sarebbe stata un accoglimento "secco", con conseguente venir meno dell'intera disposizione e creazione di una lacuna nell'ordinamento.

È noto che la giustificazione della funzione di "legislatore positivo" (e non solo "negativo") della Corte fu trovata nella teoria crisafulliana delle "rime obbligate", secondo la quale la Corte non creava liberamente la norma introdotta ma la ricavava dal sistema normativo, in attuazione del parametro costituzionale invocato, o direttamente dalla Costituzione.

La teoria delle "rime obbligate" è stata di recente superata[49]. Attualmente, la Corte introduce nell'ordinamento una nuova norma (tramite un'additiva o una sostitutiva), «ancorché non costituente l'unica soluzione costituzionalmente obbligata» (sent. n. 113/2020[50]), purché la valutazione della Corte possa «essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo» (sent. n. 236/2016). È dunque sufficiente che il giudice *a quo* indichi – traendola dal sistema normativo – una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata» (sent. n. 40/2019), tale da restituire coerenza alle scelte del legislatore: ciò anche al fine di evitare "zone franche" immuni dal sindacato di costituzionalità e di garantire la tutela dei diritti fondamentali (di libertà, in caso di sanzione penale incostituzionale: vds. sempre la sent. n. 40/2019)[51].

Si tratta di una "spinta centripeta" perché la Corte evita le decisioni di inammissibilità (motivate dall'assenza di "rime obbligate" e dalla necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore) e decide nel merito. Essa attiene soprattutto al tema dei rapporti con il

48. Esso viene giustificato dalla Cgue con la teoria monistica e dalla Corte costituzionale con la teoria dualistica dei rapporti fra ordinamento europeo e ordinamento interno.

49. Sul tema vds., *ex multis*, N. Zanon, *"Stagioni creative"*, *op. cit.*; D. Tega, *La Corte nel contesto*, *op. cit.*, pp. 101 ss.; E.M. Ambrosetti, *Giudici legislatori? Il nuovo ruolo della corte costituzionale in materia penale*, A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, e 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*, tutti in corso di pubblicazione in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa*, *op. cit.*

50. Che richiama altre pronunce della Corte che compongono il nuovo orientamento.

51. Vds. anche la sent. n. 99/2019: «L'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta perciò condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore (sentenze n. 40 del 2019 e n. 233 del 2018)». Vds. M. Cartabia, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, p. 9 (www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf): «La Corte – che non è mai legislatore positivo e quindi non può creare 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. In tal modo sono meglio preservati entrambi i principi in tensione: la necessaria rimozione dei vizi di illegittimità costituzionale e l'altrettanto necessario rispetto del compito del Legislatore». Vds. anche G. Lattanzi, *Relazione*, *op. cit.*, pp. 13-14: «è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale».

legislatore, oggetto di altri contributi, ma tocca anche quello dei rapporti con i giudici: infatti, prima del nuovo orientamento una delle soluzioni praticabili[52], in assenza di "rime obbligate", era la sentenza additiva "di principio", che – invece di introdurre una regola precisa – si limita a introdurre un principio, destinato a essere attuato dal legislatore ma già applicabile dal giudice, che può ricavare dal principio la regola del caso su cui deve decidere[53]. Precisato che le additive di principio non sono utilizzabili in relazione alle sanzioni penali, per il principio di determinatezza della pena[54], la nuova giurisprudenza costituzionale amplia l'area delle manipolative e riduce quella delle additive di principio e delle pronunce di inammissibilità, con diminuzione dei casi in cui i giudici comuni "ricevono" dalla Corte una decisione di inammissibilità o una decisione (additiva di principio) che consente al giudice *a quo* di risolvere il caso in modo conforme a Costituzione ma non garantisce certezza del diritto.

L'abbandono "ufficiale" delle "rime obbligate" si è avuto con la sent. n. 222/2018 (in tema di pene accessorie alla condanna per il delitto di bancarotta), in cui la Corte parla di «rimeditazione dei termini della questione», ma i primi segnali in tale direzione si sono avuti con due pronunce precedenti: la celebre sent. n. 1/2014, riguardante la legge elettorale per le Camere[55], e soprattutto la sent. n. 236/2016, riguardante il reato di alterazione di stato.

Mi pare interessante soffermarmi su quest'ultima decisione (che si può considerare la capostipite del nuovo orientamento), perché dimostra come la nuova posizione della Corte possa considerarsi accettabile sotto il profilo giuridico (oltre che opportuna, di fronte alla frequente inerzia del legislatore nel raccogliere i "moniti" lanciati dalla Corte). Il giudice aveva contestato l'irragionevolezza e il carattere sproporzionato della pena prevista per il reato di alterazione di stato (da cinque a quindici anni: art. 567, comma 2, cp), anche in relazione alla pena prevista per il reato di sostituzione di neonato, considerato più grave (da tre a dieci anni: art. 567, comma 1, cp).

La Corte si trovava di fronte a un precedente molto discutibile (ord. n. 106/2007), che aveva dichiarato addirittura la manifesta infondatezza di una questione sollevata dalla Cassazione sempre sull'art. 567, comma 2, cp, in quanto puniva l'alterazione di stato più gravemente rispetto alla sostituzione di neonato (vds. sopra) e all'infanticidio (da quattro a dodici anni: art. 578 cp). L'infondatezza era motivata con la considerazione che la diversità delle fattispecie (l'alterazione di stato implica anche un falso ideologico, assente nella sostituzione di neonato) impediva l'applicazione dell'art. 3 Cost. e la parificazione delle pene. Era, però, chiaramente assurdo far valere la diversità delle fattispecie senza considerare che le condotte più gravi erano punite in modo più lieve.

Nel caso oggetto della sent. n. 236/2016, la Corte poteva allinearsi al proprio precedente, adottando nell'applicazione dell'art. 3 Cost. una logica del tutto formalistica e "anti-costituzionale", oppure prendere atto dell'incongruenza dell'art. 567 cp, che puniva in modo più lieve una condotta chiaramente più grave (la sostituzione di neonato pregiudica gli interessi di due neonati e di quattro genitori). La Corte si è indirizzata nel secondo senso (seppur "mascherando" il *revirement* rispetto all'ord. n. 106/2007), parificando la pena prevista per l'alterazione di stato con quella stabilita per la sostituzione di neonato.

Chiaramente non si trattava di una soluzione obbligata, perché, essendo diverse le fattispecie,

52. Le altre possibili vie sono, come detto, la decisione di inammissibilità e, in astratto, l'accoglimento secco, che però creerebbe un vuoto legislativo.

53. Vds., ad esempio, la sent. n. 105/2018: «In continuità con la giurisprudenza di questa Corte (sentenza n. 295 del 1991, punto 3. del Considerato in diritto), si deve affermare che le dichiarazioni di illegittimità costituzionale corredate dall'addizione di un principio, enunciato in maniera puntuale e quindi suscettibile di diretta applicazione, impongono di ricercare all'interno del sistema la soluzione più corretta (sentenza n. 32 del 1999, punto 6. del Considerato in diritto), anche quando la sentenza ne ha rimesso l'attuazione al legislatore. È dovere del giudice, chiamato ad applicare la Costituzione e le sentenze che questa Corte adotta a garanzia della stessa, fondare la sua decisione sul principio enunciato, che è incardinato nell'ordinamento quale regola di diritto positivo, ancor prima che il legislatore intervenga per dare ad esso piena attuazione».

54. G. Lattanzi, *Relazione*, *op. cit.*, p. 17: «nel campo del diritto penale sostanziale non possono mai trascurarsi prioritarie esigenze di certezza e conoscibilità delle disposizioni, tali da sconsigliare l'impiego di altre forme decisorie a minor tasso di determinatezza, come quelle delle pronunce additive di principio, ove un ruolo fondamentale di ricomposizione del tessuto normativo è affidato, in difetto di un intervento legislativo, al giudice comune».

55. La sent. n. 1/2014 ha – fra l'altro – dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 2, e 59 del d.P.R. n. 361 del 1957, nonché dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 533 del 1993, nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati, al fine di determinarne l'elezione». Poche righe sopra, la Corte aveva indicato altre possibili soluzioni («liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto»), ragion per cui era chiaro che l'introduzione della preferenza unica non era l'unica soluzione costituzionalmente imposta. Si trattava del "minimo necessario" per eliminare il vizio e anche del "massimo" operabile dalla Corte, dato che le altre opzioni (circoscrizioni piccole o liste bloccate solo per una parte dei seggi) avrebbero implicato un'attività molto più creativa.

il legislatore potrebbe prevedere pene diverse. La Corte non ha però violato l'art. 28 l. n. 87/1953[56], perché non ha scelto liberamente la norma introdotta, ma ha esteso all'alterazione di stato una pena già prevista per una fattispecie simile, eliminando una vistosa incongruenza legislativa. Si può forse ritenere che un'incongruenza minore rimanga (la più grave sostituzione di neonato è punita come l'alterazione di stato), ma la Corte ha ridotto il vizio di legittimità costituzionale, senza compiere valutazioni politiche.

In sintesi, mi pare che il nuovo orientamento della Corte sia giuridicamente accettabile non tanto perché il Parlamento è libero di intervenire e modificare la «soluzione costituzionalmente adeguata» (ma non obbligata) introdotta dalla Corte, quanto perché la Corte non *crea* la norma ma si muove per "linee interne" al tessuto normativo, ricostruendolo in modo coerente con la Costituzione o in modo *più coerente* con essa[57]. In assenza di una disciplina di questo tipo di decisioni, questo orientamento della Corte bilancia in modo ragionevole il principio di costituzionalità con la libertà politica del Parlamento (e il principio di legalità in materia penale, qualora la manipolativa intervenga in tale settore)[58]. Quando i riferimenti normativi preesistenti sono insufficienti, la Corte dichiara l'inammissibilità per il «cospicuo tasso di manipolatività» della pronuncia richiesta (ad esempio, sentt. nn. 47/2020 e 219/2019).

Resta fermo che, anche in questo caso, le "stelle polari" che hanno guidato la Corte sono le istanze già individuate alla base degli altri orientamenti: principio di costituzionalità, tutela dei diritti, principio di certezza, esigenza di evitare le "zone franche".

7. Istituti vari che possono "spostare il confine": interpretazione adeguatrice, restituzione degli atti, pronunce di inammissibilità

L'esigenza di non espandere troppo questo contributo impone di dedicare solo brevi cenni ad altri istituti che possono rivestire notevole importanza nel "regolare il confine" oltre il quale la Corte decide nel merito.

Quanto all'inammissibilità, molti degli argomenti già esposti hanno evidenziato che la Corte ha adottato orientamenti volti a ridurre le pronunce di inammissibilità e a consentire decisioni di merito, per attuare i principi sopra indicati. È però emersa nell'ultimo periodo una tendenza generale (attestata dal presidente della Corte[59]) volta a evitare un eccessivo rigore nel vaglio di ammissibilità delle questioni, anche in considerazione del minor afflusso di questioni in via incidentale: negli anni 2012-2016 sono pervenute alla Corte in media 297 ordinanze di rimessione all'anno, mentre nel 2017 e nel 2018 sono arrivate rispettivamente 198 e 199 ordinanze. Guardando al complesso delle decisioni, è significativo che la media delle decisioni annuali sia stata di 440 nel periodo 2005-2009, di 329 nel periodo 2010-2014 e di 278 nel periodo 2015-2019. Nel 2019 il numero delle questioni incidentali ha ripreso a salire (248), forse proprio per il minor formalismo della Corte[60].

Trattandosi di un orientamento riguardante diversi profili del processo costituzionale, esso non risulta particolarmente omogeneo, né mancano usi dell'inammissibilità diretti, al contrario, a evitare la pronuncia di merito (vds. par. 8).

---

56. «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge (...) esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

57. Vds. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 235 ss., secondo i quali occorre «una valutazione sostanziale degli effetti normativi che si determinano, per stabilire se si abbia a che fare con un esercizio di funzioni legislative da parte della Corte costituzionale, oppure al contrario con decisioni che, nell'alveo delle scelte del legislatore, operano per armonizzarle alla Costituzione. Detto altrimenti: si tratta di distinguere gli interventi sulla legge aventi valore conformativo alla Costituzione delle scelte del legislatore, dagli interventi aventi valore modificativo alla stregua di scelte della Corte costituzionale: ammissibili, i primi; inammissibili, i secondi».

58. Vds. la sent. n. 242/2019, relativa al caso Cappato: «Il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponde, infatti, con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia" (sentenza di inammissibilità "con monito" seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità). 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». Vds. M. Cartabia, *Relazione*, *op. cit.*, pp. 7-8: «La dinamica del controllo di costituzionalità si dispiega lungo la traiettoria tracciata dall'"opposizione polare" tra due principi in perenne tensione fra loro, che richiedono di essere sempre mantenuti in bilanciato equilibrio: il principio costituzionale dell'autonomia dell'ambito della politica e il rigoroso rispetto dei principi procedurali e sostanziali che la Costituzione impone ad esso».

59. G. Lattanzi, *Relazione*, *op. cit.*, p. 7: «anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d'ombra dell'ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali (sentenza n. 196 del 2018)». Vds. anche la sent. n. 174/2019, cit. *infra*.

60. Vds. M. Cartabia, *Relazione*, *op. cit.*, p. 5: «atteggiamento meno formalistico della Corte circa il controllo sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali (...) [che] potrebbe aver incoraggiato i soggetti interessati a rivolgersi alla Corte, a partire dai giudici rimettenti».

Quanto al dovere del giudice *a quo* di sperimentare l'interpretazione adeguatrice (o conforme a Costituzione)[61], si tratta di un subrequisito della rilevanza, nel senso che il mancato tentativo fa sorgere dubbi sull'applicabilità della norma censurata (se la disposizione fosse interpretata in altro modo, la norma censurata non esisterebbe). Dunque, quello che occorre ai fini dell'ammissibilità è una motivazione sufficiente sull'esistenza e applicabilità della norma. Se la Corte interpreta la disposizione in modo diverso, ciò attiene al merito, non all'ammissibilità, con conseguente pronuncia interpretativa di rigetto. Su questa posizione (che mi pare condivisibile) si è assestata la giurisprudenza costituzionale: vds. da ultimo la sent. n. 158/2020.

Infine, è da segnalare che, negli ultimi anni, si è consolidato – a partire dalla sent. n. 30/2016 – un orientamento volto a limitare i casi di restituzione atti. Mentre prima, nelle ipotesi in cui lo *jus superveniens* era palesemente inapplicabile nel giudizio *a quo* (e dunque la rilevanza della questione sollevata continuava chiaramente a sussistere: ciò accadeva quando il giudizio *a quo* era un giudizio amministrativo, in cui l'atto impugnato andava giudicato in base al principio *tempus regit actum*), la Corte comunque restituiva gli atti al giudice *a quo* nella maggior parte dei casi[62], negli ultimi anni la Corte valuta direttamente se lo *jus superveniens* sia chiaramente inapplicabile nel giudizio *a quo* e, in tal caso, evita di restituire gli atti[63]. Si tratta di un orientamento basato su ragioni di opportunità ed economia processuale, anche se forse non del tutto coerente con i ruoli che rivestono rispettivamente il giudice *a quo* e la Corte nell'accertamento della rilevanza. Infatti, la competenza del giudice *a quo* per l'accertamento della rilevanza è pacifica in dottrina[64] e anche in giurisprudenza[65]: mentre la fondatezza della questione va accertata *funditus* dalla Corte e il giudice si deve limitare a una mera delibazione (sulla non manifesta infondatezza), per la rilevanza i ruoli si invertono: spetta al giudice accertarla (ricostruendo i fatti, interpretando le leggi e scegliendo quelle applicabili) e la Corte opera un mero controllo "esterno".

8. Conclusioni: *The Narrow Corridor*

Ho cominciato questo articolo ricordando un saggio del 2012 di Acemoglu e Robinson (*Why Nations Fail*), in cui si afferma che l'elemento più importante per lo sviluppo di una nazione non è quello geografico né quello culturale ma la presenza di «istituzioni economiche inclusive», a sua volta legata alla presenza di «istituzioni politiche inclusive».

In un'opera più recente (*The Narrow Corridor*[66]), gli stessi Autori spiegano che il percorso per arrivare a questo obiettivo, cioè alla libertà, è uno stretto corridoio, che si apre quando lo Stato e la società sono entrambi forti, in equilibrio.

Quest'immagine mi ha richiamato alla mente il nostro sindacato incidentale, che è una "strettoia" che conduce all'affermazione dei diritti di libertà.

61. Sul tema vds., da ultimo, R. Romboli, *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, e M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, entrambi in G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, *op. cit.*, pp. 16 ss. e 51 ss.; M. Bignami, *Profili di ammissibilità delle questioni di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in Aa.Vv., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, *op. cit.*, pp. 30 ss.; V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. Manes e V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 49 ss.

62. Si possono ricordare l'ord. n. 266/2015, l'ord. n. 253/2014, le ordd. nn. 168 e 59/2012, le ordd. nn. 326 e 12/2011 e le ordd. nn. 308 e 145/2010; tra quelle più risalenti, si possono citare l'ord. n. 28/1999 e l'ord. n. 182/1995. Tutte queste pronunce hanno disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo*, pur avendo ad oggetto questioni promosse da giudici amministrativi, davanti ai quali erano pendenti casi in cui l'applicazione del principio *tempus regit actum* e, dunque, l'ininfluenza dello *jus superveniens* erano assai probabili.

63. Vds., ad esempio, sentt. nn. 179/2019 e 170/2019.

64. Vds. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 119: «il giudizio sulla rilevanza della questione non è (...) della Corte, ma del giudice *a quo*. L'una non può sostituirsi all'altro. Ma la Corte può svolgere un controllo, per così dire, *esterno*»; vds. anche V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, p. 289; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 220: quanto alla rilevanza, «si verte su valutazioni che sono già proprie del giudice *a quo* e attengono ad un potere che appartiene all'essenza stessa della funzione giurisdizionale (...) non si può ritenere altro che una riserva assoluta di tali valutazioni a favore del giudice *a quo*».

65. Vds., ad esempio, la sent. n. 333/2003: «in caso di *jus superveniens* direttamente attinente la normativa oggetto di censura, la valutazione circa la perdurante rilevanza della questione spetta al giudice *a quo* e (...) il provvedimento di restituzione degli atti risponde appunto all'unico fine di consentire tale necessaria valutazione». Tale orientamento si è manifestato sin dall'inizio dell'attività della Corte: vds. l'ord. n. 69/1957: «l'accertamento del rapporto di rilevanza e di pregiudizialità fra la questione di legittimità costituzionale e il giudizio sulla controversia principale, oggetto del processo davanti all'autorità giurisdizionale, spetta esclusivamente a questa»; vds. l'ord. n. 83/1958: «L'accertamento del rapporto di rilevanza e di pregiudizialità fra la questione di legittimità costituzionale ed il giudizio sulla controversia principale, facendo parte del provvedimento di rinvio, spetta esclusivamente all'autorità giurisdizionale».

66. D. Acemoglu e J.A. Robinson, *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Il Saggiatore, Milano, 2020 (ed. or.: 2019; traduzione di F. Galimberti e G. Seller), pp. 792.

Negli ultimi anni, nella giurisprudenza costituzionale si sono manifestate tendenze volte ad allargare la strettoia[67], che hanno destato molta attenzione in dottrina. Mi pare che questi orientamenti (sopra esaminati) possano essere analizzati da due punti di vista: a) la Corte ha rispettato le regole che disciplinano il giudizio incidentale? b) come incidono questi orientamenti sui rapporti con gli altri poteri dello Stato?

Al primo quesito ho già risposto nei singoli paragrafi: non solo non esiste un vero orientamento della Corte volto a "sconfinare" dal proprio ruolo[68], ma non esistono neanche vere forzature delle regole processuali[69]. Si è visto che le sentt. nn. 1/2014 e 35/2017 (azioni di accertamento) non stravolgono il meccanismo del sindacato incidentale e che l'abbandono delle "rime obbligate" è giuridicamente accettabile. Quanto al filone cominciato con la sent. n. 269/2017, si è visto (par. 5) che la regola della disapplicazione è stata "ammorbidita" dalla stessa Cgue e ciò si riflette sulla regola della rilevanza: a parte ciò, se anche ci trovassimo di fronte a una "deviazione"[70] da una regola processuale, essa sarebbe più che accettabile, considerate l'entità della deviazione[71] e l'importanza della posta in palio; del resto, qualcosa di simile si è già verificato in relazione alla nozione di giudice *a quo* (vds. par. 3).

Negli ultimi anni, mi sembra che la forzatura maggiore sia quella, già segnalata (par. 4), sottesa alla sent. n. 110/2015, che è indirizzata in senso opposto all'accentramento, avendo limitato alla materia delle elezioni politiche l'ammissibilità delle questioni sollevate in sede di azione di accertamento.

Quanto al secondo quesito, mi pare che la Corte costituzionale non abbia per nulla "usurpato" le funzioni del Parlamento e non abbia per nulla indebolito ma, anzi, rafforzato il ruolo dei giudici comuni. Si è già visto che il nuovo orientamento in tema di decisioni manipolative non può considerarsi in contrasto con l'art. 28 l. n. 87/1953, che esclude valutazioni politiche della Corte: la Corte introduce la «soluzione costituzionalmente adeguata», di regola, a seguito di un'inerzia delle Camere, ricavandola da norme preesistenti e ferma restando la libertà del Parlamento di intervenire in materia. Che la Corte si muova con grande cautela verso le Camere risulta da altre due circostanze[72]: la scelta di non accogliere subito la questione relativa all'art. 580 cp sull'aiuto al suicidio (caso Cappato), dando al legislatore dieci mesi per deliberare in materia (ord. n. 207/2018, seguita poi dalla sent. n. 242/2019), e la prudenza con cui la Corte giudica dei vizi dei procedimenti legislativi, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. L'ord. n. 207/2018 (replicata dall'ord. n. 132/2020) mi pare condivisibile[73], mentre mi lascia perplesso la giurisprudenza relativa ai conflitti su

67. La sent. n. 174/2019 parla della «prospettiva di un più diffuso accesso al sindacato di costituzionalità (sentenza n. 77/2018, punto 8. del Considerato in diritto) e di una più efficace garanzia della conformità della legislazione alla Carta fondamentale». G. Lattanzi, *Relazione*, *op. cit.*, p. 13, menziona la «più incisiva azione che la giurisprudenza costituzionale tende a esercitare, superando, con una larga varietà di tecniche decisorie, le strettoie dell'inammissibilità».

68. In questo senso, invece, A. Morrone, *op. cit.*

69. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 757 ss., nega il "suprematismo" denunciato da Morrone, ma ammette il superamento delle regole processuali. In sostanza, pur avendo io stesso promosso un'iniziativa volta a verificare l'esistenza di una "nuova stagione creativa" della Corte costituzionale (vds. il già citato volume *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, che fa seguito a un convegno svoltosi a Treviso il 17 maggio 2019), la conclusione alla quale sono arrivato è che non esiste nessuna nuova stagione "creativa".

70. A.M. Nico, *L'accesso e l'incidentalità*, in G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, *op. cit.*, pp. 29 ss., distingue «oscillazioni» e «deviazioni».

71. La Corte non considera ammissibili questioni relative a norme estranee al giudizio *a quo* (il che sarebbe in frontale contrasto con l'art. 1 l. cost. n. 1/1948), ma questioni relative a norme che *sarebbero* applicabili nel giudizio *a quo* ma che diventano inapplicabili per il contrasto con una fonte europea *self-executing*.

72. Oltre che singole decisioni, sulle quali non mi soffermo.

73. Non concordo con le diffuse perplessità sull'ord. n. 207/2018: mi pare che essa si possa considerare una pronuncia di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" *rafforzata*, perché, rispetto alle precedenti pronunce di questo tipo (che erano di inammissibilità), raggiunge l'obiettivo di bloccare l'applicazione della legge accertata come incostituzionale (il giudizio *a quo* resta sospeso e gli altri giudici non potranno ritenere la questione manifestamente infondata, dato che la Corte ha già accertato il vizio di costituzionalità) e di rendere certo il proprio intervento in seconda battuta. È dunque una tecnica decisoria che soddisfa il principio di costituzionalità (la legge illegittima non viene più applicata ed è certa la possibilità di un intervento caducatorio della Corte, in caso di inerzia del Parlamento) e quello di libertà delle Camere, che hanno un margine di tempo per legiferare in materia. Sul tema vds., ad esempio, G. Lattanzi, *Relazione*, *op. cit.*, p. 12 (che parla di «nuova tecnica decisoria adottata dall'ordinanza n. 207 del 2018, l'ordinanza Cappato, che qualificherei di "incostituzionalità prospettata"»); M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in questa *Rivista online*, 19 novembre 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-incostituzionalita-differita_19-11-2018.php; C. Casonato, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, e M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, *op. cit.*, entrambi in corso di pubblicazione in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa*, *op. cit.*; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, e C. Salazar, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, entrambi in *Quad. cost.*, n. 3/2019, rispettivamente pp. 531 ss. e 567 ss.

vizi del procedimento legislativo[74], ma entrambe denotano un *self-restraint* della Corte verso le Camere.

Riguardo ai giudici comuni, il loro ruolo nell'attivazione del sindacato di costituzionalità è stato potenziato sia dal nuovo orientamento in tema di "doppio vizio" delle leggi (vds. par. 5) sia da quello in tema di manipolative (par. 6): nel primo caso, i giudici ora possono scegliere tra la soluzione più rapida (disapplicazione *tout court* della legge) e la soluzione più complessa (eventuale disapplicazione provvisoria e rimessione della questione di costituzionalità) ma più idonea a garantire il rispetto della Costituzione e la certezza del diritto; nel secondo caso, possono chiedere pronunce manipolative anche senza "rime obbligate", purché sussista un riferimento normativo utilizzabile dalla Corte per eliminare o ridurre l'incongruenza incostituzionale. Questo nuovo orientamento evita che i giudici vadano incontro a una pronuncia di inammissibilità, cioè a un diniego di giustizia costituzionale, o a un'additiva di principio, che consente loro di ricavare la regola del caso ma mantiene comunque una situazione di incertezza (e, comunque, è una pronuncia inutilizzabile in relazione alle sanzioni penali).

Dunque, quando si parla di "spinte centripete" o di "riaccentramento" nel sindacato di costituzionalità è opportuno precisare che si tratta di un fenomeno che non "toglie qualcosa" al ruolo dei giudici comuni ma, anzi, rafforza la loro funzione perché, nel momento in cui si amplia l'area di possibile intervento della Corte, si accentua l'importanza del ruolo dei giudici, che sono i promotori di quell'intervento.

In realtà, l'orientamento volto a favorire l'afflusso delle questioni incidentali è sempre esistito (vds. parr. 2 e 3) ed è dovuto alla scarsa "inclusività" del sindacato italiano di costituzionalità (par. 1). A questo iniziale dato strutturale se ne sono aggiunti altri, nel corso degli anni. In primo luogo, la disciplina del giudizio incidentale è rimasta immutata dal 1953[75], ragion per cui non è singolare che la Corte abbia dovuto modellare, in una certa misura, i propri strumenti. Inoltre, il carattere vincolante, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., delle norme della Cedu (e dunque delle pronunce della Corte Edu che censurano una legge italiana) e l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea hanno fatto sorgere l'esigenza di evitare il rischio di uno "svuotamento" del giudizio incidentale, rischio cui la Corte ha fatto fronte con le citate sentenze nn. 348 e 349 del 2007, 264/2012 e con il filone inaugurato dalla sentenza n. 269/2017[76].

Esistono, poi, dati più contingenti che influiscono sulle tendenze della Corte: la maggiore o minore inerzia del legislatore e la quantità di cause che arrivano (vds. par. 7).

Complessivamente, mi pare che la Corte non abbia mai ecceduto, forzando le regole processuali, nel salvaguardare la propria fondamentale funzione di custode della Costituzione. Essa ha cercato di attuare il principio di costituzionalità (e in particolare di eliminare "zone franche" nella tutela dei diritti) e il principio di certezza del diritto, evitando forzature e "sovraesposizioni": ciò in coerenza con la necessità, da un lato, di salvaguardare la propria posizione di organo di chiusura del sistema[77], dall'altro di mantenere legittimazione di fronte ai propri "interlocutori necessari" (Parlamento e giudici).

Anzi, le decisioni più discutibili sono quelle che rivelano un *understatement* della Corte costituzionale, come nel caso delle questioni sollevate in sede di azione di accertamento (par. 4). L'inammissibilità di tali questioni (salvo il caso delle elezioni politiche) ricorda l'uso che la Corte suprema ha fatto della *doctrine of justiciability* come *tool of avoidance*[78]. Negli Stati

74. L'ord. n. 17/2019 (e le decisioni successive: ad esempio, ordd. nn. 60/2020 e 275/2019) limitano il sindacato della Corte alle «violazioni manifeste delle prerogative costituzionali»: mi pare che il criterio dell'*evidenza* si adatti più a vizi come il difetto dei presupposti del decreto-legge, che sono oggetto di una valutazione (di un organo politico) avente inevitabili margini di incertezza, mentre per i vizi procedurali mi parrebbe più opportuno utilizzare, semmai, il criterio della gravità del vizio.

75. Su ciò vds. R. Bin, *Sul ruolo della Corte*, *op. cit.*, pp. 758 ss.

76. Su tutte queste pronunce vds. il par. 5.

77. La sent. n. 269/2017 parla del «principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Vds. G. Lattanzi, *Relazione*, *op. cit.*, p. 6: «La natura della Corte, fin dai suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce, sono solo alcuni dei fattori che rendono il sindacato accentrato l'architrave, non surrogabile, del controllo di costituzionalità. Ciò deve indurre all'adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l'accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio del merito della questione incidentale che viene proposta».

78. Vds. J.E. Pfander, *Principles of Federal Jurisdiction*, West Academic, St. Paul (Minnesota), 2017, pp. 32 e 57 ss. In base alla dottrina della *constitutional avoidance*, le corti federali evitano di pronunciarsi su questioni di costituzionalità se è possibile risolvere in altro modo il giudizio o se è preferibile attendere; essa viene esercitata con diversi strumenti. Vds. la *concurring opinion* di Brandeis in *Ashwander v. T.V.A.* (1936) e, ad esempio, L. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2000 (3.27).

Uniti la *justiciability* è diventa terreno di "politica" giudiziaria[79], in seconda battuta dopo quella operata attraverso la concessione del *writ of certiorari*[80]. La Corte costituzionale utilizza l'inammissibilità o l'ammissibilità in modo simile: mentre nel caso del "filone europeo" (par. 5) e delle manipolative (par. 6) ha optato per un ampliamento del proprio ruolo, per le ragioni già esposte, nel caso delle azioni di accertamento ha ritenuto inopportuno (almeno per ora) aprire la strada all'impugnazione "incidentale-diretta" delle leggi.

79. Nella sentenza *Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles* (1947) si legge che la scelta di risolvere le questioni di costituzionalità solo in casi di necessità «was wisely made»: «any other indeed might have put an end to or seriously impaired the distinctively American institution of judicial review»; «it is not without significance for the policy's validity that the periods when the power has been exercised most readily and broadly have been the ones in which this Court and the institution of judicial review have had their stormiest experiences». Vds. anche, sempre nel 1947, la sentenza *United Pub. Workers v. Mitchell*.

80. Su ciò vds. anche C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, *op. cit.*, pp. 7 ss. e 189 ss.

Le controspinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità

di *Andrea Guazzarotti*

L'Autore si sofferma sugli spunti, traibili dalla più recente giurisprudenza della Corte, che valorizzano il ruolo del giudice comune nel processo di attuazione della Costituzione, così contrapponendosi alle contrarie tendenze accentratrici altrove ravvisabili. La prospettiva si allarga anche al ruolo svolto nei confronti della Corte Edu.

1. Introduzione / 2. Giudizio accentrato di costituzionalità e bilanciamento / 3. I (rari) casi di riserva di bilanciamento al giudice del caso concreto / 4. La dicotomia tra *iura* e *lex* / 5. Il problematico inserimento, tra Corte costituzionale e giudici comuni, della Corte Edu / 6. La maggiore duttilità del test sulla ragionevolezza delle presunzioni assolute rispetto alla riserva di bilanciamento in concreto ai giudici comuni / 7. A mo' di conclusione: la sentenza n. 253 del 2019 sull'art. 4-*bis* ordinamento penitenziario e la necessità di governare dal centro i bilanciamenti costituzionali

1. Introduzione

Quelle che seguono sono semplici riflessioni sparse, senza alcuna pretesa di completezza, sulla giurisprudenza costituzionale diretta a eliminare quei frammenti normativi che sottraggono al giudice comune la possibilità di adeguare al caso concreto la norma della fattispecie astratta. Si tratta di una giurisprudenza costituzionale oggi tendenzialmente rubricata sotto il capitolo dei cd. "automatismi normativi", che verrà qui letta attraverso le lenti del concetto di bilanciamento in concreto di beni costituzionali.

Molti anni fa, all'epoca in cui l'ordinamento pre-costituzionale non era stato ancora riformato in ossequio ai programmi e ai principi della nuova Costituzione repubblicana, ovvero all'epoca in cui l'attuazione costituzionale da parte del legislatore era ancora faticosamente in corso, non era raro che la Corte ricorresse a interventi manipolativi sul tessuto legislativo pre-costituzionale per introdurvi dei correttivi capaci di consentire al giudice comune di integrare nel bilanciamento operato dal legislatore quei beni costituzionali che erano stati pretermessi (emblematica la giurisprudenza costituzionale sul diritto di sciopero degli anni sessanta e settanta del secolo scorso[1]).

Oggi, dopo che quei problemi di supplenza del legislatore nell'attuazione della Costituzione repubblicana sono stati in gran parte superati, si presenta – il più delle volte – un diverso scenario.

1. Ben prima della legge n. 146 del 1990, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, la Corte si dovette far carico dell'inattuazione del diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost., affidandosi all'opera del giudice (penale), affinché questi bilanciasse il diritto di sciopero con quello degli utenti dei servizi pubblici. Vds. le sentt. nn. 123/1962, 31/1969 e 4/1977, su cui, se si vuole, *cfr*. A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 185 ss.

La possibilità per il giudice di adeguare il bilanciamento astratto operato dal legislatore alle variegate fattispecie concrete cui esso è applicabile risulta il più delle volte già presente nell'ordinamento legislativo. Essa può subire, però, delle restrizioni da parte dello stesso legislatore, delle vere e proprie sottrazioni di discrezionalità giudiziale, cui la Corte costituzionale, chiamata ad arbitrare la contesa circa tale limitazione, reagisce restituendo al giudice poteri discrezionali. Tali poteri del giudice comune sono, il più delle volte, già incanalati dallo stesso ordinamento, ma possono esserlo anche per effetto della stessa Corte, attraverso decisioni che operano vere e proprie "deleghe di bilanciamento in concreto". Si tratta di quelle decisioni in cui la Corte, senza giungere a sostituire un proprio bilanciamento dei beni costituzionali in gioco a quello del legislatore, «si limita, piuttosto, a demolire la rigida assegnazione di valore agli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta, caso per caso, secondo le valutazioni discrezionali» del giudice[2].

2. Giudizio accentrato di costituzionalità e bilanciamento

L'ordinamento costituzionale italiano è caratterizzato, per ciò che riguarda il sindacato di legittimità delle leggi e la tutela dei diritti fondamentali ad esso connessa, dalla natura accentrata della relativa funzione, cui si aggiunge l'assenza del ricorso diretto al giudice costituzionale per far valere una violazione di un diritto costituzionalmente garantito causata da un atto contro il quale si siano inutilmente esperiti tutti i comuni rimedi giurisdizionali interni (*amparo* spagnolo o *Verfassungsbeschwerde* in Germania e Austria).

Questo accentramento non ha mai comportato, se non forse in un iniziale periodo di "congelamento" delle norme costituzionali sui diritti, degradate a mere norme programmatiche, l'esclusione dei giudici comuni dalla valutazione dell'incostituzionalità della legge, al fine di tutelare i diritti o gli interessi legittimi fatti concretamente valere in giudizio. I giudici comuni, come noto, sono gli indispensabili introduttori del giudizio di costituzionalità in via incidentale; essi sono poi, da tempo, chiamati all'interpretazione costituzionalmente conforme della legge[3]. I giudici comuni, in qualche caso, giungono persino a decidere interinalmente la disapplicazione della legge sospettata di incostituzionalità, anticipando il possibile esito annullatorio del giudizio di costituzionalità, proprio al fine di garantire l'effettività dei diritti e degli interessi costituzionali fatti valere nel processo comune[4].

I giudici comuni, inoltre, esercitano, non da ora, funzioni in parte assimilabili a quelle ormai tipiche del sindacato di costituzionalità, ossia bilanciamenti di diritti, interessi e "beni" costituzionali coinvolti nel caso concreto. Rispetto a tali bilanciamenti, la legge si limita, non di rado, a compiere una prima, generica, selezione dei beni costituzionalmente rilevanti, senza però stabilire, una volta per tutte, una netta gerarchia tra questi ultimi, ossia senza preventivamente "pesarli", bensì fornendo all'interprete e, in ultimo, al giudice un corredo di criteri per la loro pesatura e gerarchizzazione nel caso concreto.

Laddove, invece, il legislatore abbia compiuto, una volta per tutte, l'opera di bilanciamento, potrà darsi il caso che tale bilanciamento pretermetta completamente uno o più beni costituzionalmente rilevanti, o che stabilisca delle gerarchie contrastanti con il dettato costituzionale. Spetterà, allora, alla Corte correggere quei bilanciamenti operanti a livello generale e astratto, magari fino a giungere, in casi estremi, a invertire la gerarchia stabilita dal legislatore. Al giudice comune, cui già era spettato il compito di rivolgersi alla Corte, spetterà poi quello di applicare il bilanciamento di beni costituzionali, come originariamente operato dal legislatore e successivamente "corretto" o "integrato" dalla Corte.

Esistono, tuttavia, casi rari in cui il bilanciamento è già stato operato, una volte per tutte, dalla Costituzione stessa, la quale ha fissato in vere e proprie regole la gerarchia dei beni costituzionali in gioco,

2. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 89. *Cfr*. anche pp. 90 ss. e 120 ss.

3. E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 80 ss.

4. *Cfr*. Corte cost., sent. n. 444/1990; Cons. Stato, adunanza plenaria, ord. 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it*., 2000, III, 9. *Cfr*. R. Romboli, *La Corte costituzionale del futuro (verso una maggiore valorizzazione e realizzazione dei caratteri "diffusi" del controllo di costituzionalità?)*, in *Foro it*., 2000, V, pp. 39 ss. *Cfr*. la recente sent. n. 137/2020, in cui si afferma che, in sede di convalida dell'arresto *ex* art. 391, comma 5, cpp, il giudice possa sollevare questioni di legittimità costituzionale sulle norme che di quel potere regolano presupposti e condizioni, pur avendo disposto la liberazione dell'arrestato dopo la convalida, senza con ciò rendere irrilevanti le questioni. «A ragionare diversamente, il giudice della convalida si troverebbe sistematicamente nell'impossibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale sulle norme che disciplinano i presupposti delle misure cautelari, con conseguente creazione di una vera e propria "zona franca" dal giudizio di costituzionalità».

come quando essa – all'art. 13 – sancisce che, a tutela dell'inviolabilità della libertà personale, il soggetto tratto in custodia cautelare deve essere rilasciato se entro 48 ore dalla comunicazione del provvedimento restrittivo al giudice, quest'ultimo non lo convalida[5].

Rispetto a tali fattispecie costituzionali delineanti un bilanciamento in sé compiuto, assai più frequenti sono i casi in cui il bilanciamento è solo abbozzato dalla Costituzione. Posto che per tutti i diritti e le libertà costituzionali è contemplata la riserva di legge assoluta, in qualche caso rinforzata, ne deriva che il legislatore democratico sarà necessariamente chiamato a svolgere in prima battuta il bilanciamento dei beni costituzionalmente rilevanti nella fattispecie astratta volta a volta rilevante. Il che, si badi, non implica postulare una riserva di attuazione dei diritti costituzionali in capo al potere politico, col rischio di tornare alla casella di partenza e affermare di nuovo la natura meramente programmatica di molte norme costituzionali sui diritti[6]. Quello che rileva è che la decisione giudiziaria (ma prima ancora, amministrativa) possa fondarsi su un testo di legge, non su una fonte secondaria o, addirittura, una mera prassi. Questo testo di legge potrà, se del caso, essere interpretato in modo costituzionalmente conforme, fino a superare la stessa intenzione legislativa; ovvero potrà essere "manipolato" da un intervento parzialmente demolitorio della stessa Corte. Ma certo esso non potrà mancare, ossia dovrà frapporsi tra il testo costituzionale e l'interprete, in particolare il giudice. La riserva di legge, infatti, è un istituto di garanzia che non vale solo a tutelare l'individuo dai rischi di arbitrio del potere esecutivo, bensì anche da quelli del potere giudiziario[7].

3. I (rari) casi di riserva di bilanciamento al giudice del caso concreto

Si danno, tuttavia, casi in cui frammenti di fattispecie vengono ritenuti *riservati* alla discrezionalità del giudice, ossia, casi in cui il testo costituzionale viene inteso come una riserva di bilanciamento giudiziario dei beni costituzionali in gioco, escludendo che il legislatore possa sostituirsi al giudice e fissare, una volta per tutte, una gerarchia indefettibile dei beni rilevanti in tutti i casi concreti rientranti nella fattispecie astratta delineata congiuntamente da norma costituzionale e legislativa.

Un esempio aiuterà a chiarire l'abbozzo appena svolto del concetto di "riserva di bilanciamento in concreto" operata dalla Costituzione direttamente in favore del giudice.

Nella sentenza n. 93 del 2010, la Corte costituzionale ebbe a pronunciarsi sul «principio di pubblicità delle udienze giudiziarie», e sulla possibilità, contemplata dal legislatore, di celebrare determinati processi a porte chiuse. Il principio trova, come noto, espresso riconoscimento nell'art. 6, par. 1, Cedu, che veniva invocato assieme con il parametro interposto dell'art. 117, comma 1, Cost. Ma il principio, per la Corte, nonostante il silenzio della Costituzione (e, in particolare, del suo art. 111 sul giusto processo), sarebbe «connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare», in virtù dell'art. 101, comma 1, Cost. Il principio di pubblicità delle udienze, tuttavia, «non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sent. n. 212/1986) e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sent. n. 12/1971)». Nella sentenza n. 93 del 2010, la Corte, svolta tale premessa, accoglie la questione, ritenendo violato l'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 6, par. 1, Cedu, e assorbito l'ulteriore parametro dell'art. 111, comma 1, Cost., con la conseguenza di attribuire al giudice del caso il potere di derogare, in presenza di motivate esigenze, al divieto di pubblicità delle udienze fissato dal legislatore.

Si è trattato, per la Corte, di operare una svolta rispetto ai propri precedenti, una sorta di rottura con il passato dettata proprio dalla serie di condanne inflitte dalla Corte Edu all'Italia. Nel passato, infatti, la nostra Corte aveva ritenuto che i bilanciamenti tra il principio di pubblicità delle udienze e gli altri beni confliggenti (pure evocati dallo stesso art. 6, par.1, Cedu, come tutela dei minori, della riservatezza, della morale, etc.), potevano essere compiuti una volta per tutte dal legislatore, anziché caso per caso dal giudice, senza con ciò infrangere la lettera della Cedu. Per la

5. R. Bin, *Diritti e argomenti*, *op. cit.*, pp. 11 ss.

6. Per il perdurante rilievo dato dai giudici alla dicotomia tra norme costituzionali programmatiche e precettive, con riguardo ai poteri della p.a., *cfr*. M. Magri, *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 2002, p. 290. Per una rivisitazione della critica alla dottrina della Cassazione sulle norme "programmatiche" della Costituzione, *cfr*. M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, pp. 5 ss.

7. L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990, p. 5. Per un'applicazione di tale principio, *cfr*. il noto caso dell'accessione invertita, o acquisizione cd. "sanante", istituto frutto di elaborazione giurisprudenziale poi finito sotto la scure della Corte di Strasburgo proprio per la carenza di una base legale sufficiente, su cui, se si vuole, *cfr*. A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle norme*, *op. cit.*, pp. 187 ss.

Corte Edu, invece, quella norma convenzionale contiene una *regola sulla competenza* che impone al legislatore di riservare al giudice, una volta specificati i contro-interessi rilevanti, il bilanciamento in concreto tra questi ultimi e il principio della pubblicità. Ciò perché esisterebbe un diritto (convenzionale) della parte privata di un processo a chiedere al giudice di operare tale valutazione in concreto. In tal modo, la Corte Edu, prima, e la Corte costituzionale, poi, hanno riconosciuto che l'art. 6, par. 1, Cedu sancisce una vera e propria "riserva di bilanciamento in concreto" in capo al giudice, limitando, così, i poteri del legislatore, almeno per ciò che riguarda il diritto della parte del processo a ottenere una specifica motivazione del giudice sul punto della (mancata) pubblicità[8].

Altro caso emblematico di riserva di bilanciamento in concreto che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto fondare sul testo della Costituzione (stavolta direttamente e non, come nel caso precedente, indirettamente, per mezzo della connessione tra art. 117, comma 1, Cost. e art. 6, par. 1, Cedu) è costituito dalla nota "dottrina" giurisprudenziale sulla diretta azionabilità dell'art. 36 Cost., ossia del diritto a una retribuzione proporzionata e sufficiente per il lavoratore (e la sua famiglia)[9]. Nell'impossibilità (politica, prima ancora che giuridica) di attuare l'art. 39, ultimo comma, Cost., sulla contrattazione collettiva con valenza *erga omnes*, la diretta applicabilità giudiziaria di tale norma costituzionale è servita alla Corte a permettere di estendere i minimi salariali ai soggetti non coperti dai contratti di categoria che quei minimi contengono. È difficile inquadrare tale esempio nello schema delle autentiche deleghe di bilanciamento in concreto al giudice comune, posto che qui, più che nei giudici comuni, si è riposta fiducia nella contrattazione sindacale assieme a un certo grado di sfiducia per il modello prefigurato dal Costituente in materia di organizzazione pubblicistica dei sindacati (art. 39, ult. comma, Cost.)[10]. In parole povere, il concetto di "riserva di bilanciamento" al giudice del caso è stato qui utilizzato per l'*enforcement* di quanto già stabilito (ossia, dei bilanciamenti già operati) dalla contrattazione collettiva, valorizzando il potere "para-normativo" dei protagonisti di quell'ordinamento giuridico "originario" costituito dalle relazioni industriali[11].

Il diritto del lavoro continua a offrire esempi paradigmatici di tensioni tra esigenze di politica del diritto volte a escludere o neutralizzare il potere del giudice nel bilanciare i concreti interessi in gioco ed esigenze di tutela dei diritti costituzionali (dei lavoratori) coinvolti. Il che non è casuale, posta la innata tendenza dei datori di lavoro a ritenere riservata all'autonomia imprenditoriale la gestione dei rapporti di lavoro, secondo una discrezionalità restia a farsi sostituire dalle valutazioni dei giudici del lavoro. Ma, dal momento in cui i diritti dei lavoratori furono inseriti in Costituzione, questa visione ha dovuto, con alterne vicende, cedere il passo alla giustiziabilità dei diritti dei lavoratori, giustiziabilità che, ovviamente, comporta dei "costi" per le imprese stesse. L'ambito dei costi di licenziamento ("*firing costs*") è quello più dibattuto, specie in Italia. Nel 2000 la Corte ebbe modo di ritenere che la tutela reale contro i licenziamenti illegittimi non fosse stata costituzionalizzata[12], ossia, se si vuole, che non fosse ancorabile in Costituzione una riserva a favore del giudice del potere di valutare in concreto l'adeguatezza e la proporzionalità dei rimedi riparatori contro i licenziamenti illegittimi. Nonostante questo precedente, la stessa Corte ha recentemente reagito al tentativo del legislatore di neutralizzare gran parte della discrezionalità giudiziale in materia di rimedi contro i licenziamenti illegittimi, con ciò rinnovando la sua fiducia nelle capacità di bilanciamento dei giudici del lavoro. Si tratta della nota sentenza (n. 194/2018) sulla norma del cd. "*Jobs Act*" (art. 3, comma 1, d.lgs n. 23/2015) che irrigidiva l'ammontare dell'indennità risarcitoria in caso di licenziamenti illegittimi (in assenza di giustificato motivo oggettivo o soggettivo o senza giusta causa), ancorandola alla sola anzianità di servizio (due mensilità per ogni anno di servizio). Preso atto della natura risarcitoria del rimedio indennitario in questione, stante la natura illecita del licenziamento, la Corte ne ha ritenuto l'illegittimità costituzionale in riferimento

8. *Cfr*., se si vuole, A. Guazzarotti, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in *Quad. cost*., n. 3/2010, pp. 592 ss.

9. *Cfr*. Corte cost., nn. 129/1963 e 156/1971. La dottrina ha efficacemente illustrato tale giurisprudenza, evidenziando come l'art. 36 Cost. veniva così «apparentemente letto come una riserva di tutela giurisdizionale, comunque suscettibile di prevalere anche nei confronti delle norme di legge ordinaria»: S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 172 ss.

10. *Cfr*., ancora, il mio *L'autoapplicabilità delle norme*, *op. cit*., pp. 124 ss.

11. *Cfr*. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970 (prima ed.: 1967); T. Treu, *Articolo 36*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, pp. 72 ss.; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle norme*, *op. cit*., p. 37, nota 39.

12. Sent. n. 46/2000, sull'ammissibilità del *referendum* sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, l. n. 300/1970.

a plurimi parametri (tra cui anche quello interposto dell'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento alla Carta sociale europea). Premessa di tale esito annullatorio è stata quella secondo cui, a fronte della gravità "esistenziale" del licenziamento per il lavoratore, «[n]on possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia»; «[a]ll'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza». La Corte prosegue sottolineando la funzione deterrente che una simile discrezionalità svolge nei confronti del datore di lavoro («adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente»), concludendo che, anche laddove forfettizzato, il risarcimento debba «realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto», ritenendo non equilibrato quello realizzato dalla norma censurata. La sentenza si conclude con ciò che rappresenta la vera e propria tecnica della delega di bilanciamento in concreto, stabilendo che, «[n]el rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio (...) nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)». Come si vede, la Corte si sforza di ancorare i criteri della delega di bilanciamento al giudice comune a preesistenti norme legislative, onde mitigare il tasso di manipolatività della pronuncia.

La pronuncia, seguita dalla sentenza n. 150 del 2020 sullo stesso plesso normativo[13], può essere letta come tesa a fissare il nucleo minimo ma irrinunciabile di una riserva di apprezzamento in concreto al giudice del lavoro rispetto al pregiudizio subito per un licenziamento illegittimo, quale ineliminabile strumento a tutela dei diritti costituzionali del lavoratore, riserva senza la quale la deterrenza rispetto a quel tipo di illecito commesso da parte datoriale sarebbe vanificata.

4. La dicotomia tra *iura* e *lex*

Già dagli esempi paradigmatici fin qui svolti su quelle particolari fattispecie di "delega di bilanciamento" costituzionalmente garantite in materia di diritto a un'udienza pubblica, di equa retribuzione e di indennità risarcitoria contro licenziamenti illegittimi, emerge l'impressione che la delega di bilanciamento in concreto rappresenti un dispositivo di maggior tutela dei diritti individuali coinvolti. Questa rappresenta la prospettiva *mainstream* che, almeno a partire da *Il diritto mite* di Gustavo Zagrebelsky[14], ha valorizzato i diritti innati (*iura*) rispetto alle volizioni politiche (*lex*). Non bisogna, tuttavia, perdere di vista il fatto che anche le previsioni legislative, nella loro generalità e astrattezza, mirano a tutelare beni concorrenti che, assai spesso, assumono anch'essi la dimensione di diritti inviolabili (così, ad esempio, il diritto del minore a evitare lo "strepito" del processo pubblico, nel già citato caso della deroga legislativa alla pubblicità delle udienze; sebbene non inserito tra i diritti inviolabili, il diritto dell'imprenditore alla certezza giuridica e, di conseguenza, alla migliore programmazione e organizzazione dell'impresa, è ciò che aveva di mira la norma del *Jobs Act* sull'indennità per licenziamento illegittimo, il che costituisce un "bene" costituzionale ancor oggi presidiato dall'esistenza di un minimo e un massimo di legge entro cui il giudice può determinare l'ammontare dell'indennità).

Il noto problema della differenza d'età tra adottano e adottante, affrontato e risolto prima dalle sentenze nn. 183 del 1988 e 44 del 1990, e poi dalla sentenza n. 148 del 1992, è esemplificativo proprio di tale dilemma: la «tutela dei fondamentali interessi del minore» risiede anche nel diritto a essere adottato da genitori né troppo giovani né troppo anziani; tuttavia, possono esistere circostanze tali da rendere la regola della differenza di età controproducente per lo stesso interesse del minore, come accade nei casi in cui la sua rigida applicazione conduca a dividere l'adottando dalla sorella o dal fratello con cui era cresciuto fino a quel momento (sent. n. 148/1992)[15].

Simile a tali esempi è il caso della sentenza n. 31 del 2012 sul reato di alterazione di stato, ove la Corte

13. La sent. n. 150/2020 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, d.lgs n. 23/2015, che predeterminava l'importo dell'indennità risarcitoria contro i licenziamenti viziati sotto il profilo formale o procedurale.

14. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, spec. pp. 183 ss.

15. *Cfr*. anche la successiva sent. n. 303/1996, il cui dispositivo così recita: «la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore». *Cfr*. l'analisi di M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, p. 12, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

ha dichiarato l'incostituzionalità dell'automatismo che imponeva al giudice di applicare la sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale per il genitore che avesse commesso il delitto in questione[16]. Come autorevolmente sottolineato, si tratta di casi in cui la Corte è, in qualche modo, indotta a operare la flessibilizzazione della norma legislativa dalla peculiarità del caso concreto, il quale smentisce la bontà della generalizzazione operata dal legislatore. La Corte, pertanto, sembra comportarsi contemporaneamente da giudice del caso e giudice della norma generale e astratta, fornendo per il futuro al giudice comune lo strumentario in grado di "ripetere", per casi analogamente "eccezionali" a quello da cui scaturì la pronuncia di accoglimento, quell'opera di flessibilizzazione. Non si tratta, per la Corte, di rimettere radicalmente in discussione il bilanciamento operato dal legislatore (il disvalore dell'azione dell'alterazione di stato, nell'esempio precedente, resta); più semplicemente, si tratta di farsi carico di quei casi appunto "eccezionali" in cui il peso di contro-interessi (a volte costituiti da veri e propri diritti inviolabili) è tale da imporre una mitigazione della reazione sanzionatoria.

Accostabile al caso precedente è quello della recente sentenza n. 102 del 2020, in cui si è dichiarato illegittimo l'automatismo della sospensione della responsabilità genitoriale, quale sanzione accessoria del reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero commessa dal genitore abusando della propria responsabilità genitoriale. Chiara è la funzione deterrente di una simile sanzione rispetto al comportamento del genitore non italiano che, a seguito della crisi coniugale, ritorna al proprio Paese d'origine portando con sé il figlio o i figli minori all'insaputa dell'altro genitore, se non addirittura in violazione dei provvedimenti giudiziari sull'affidamento dei figli. Una funzione deterrente tanto più necessaria quanto più l'esperienza dimostra la difficoltà di ottenere l'indispensabile cooperazione giudiziaria con le autorità del Paese in cui il genitore ha portato i figli minori, privandoli del contatto con l'altro genitore (ossia del diritto costituzionale garantito dall'art. 30 Cost.). La sentenza n. 102/2020, pur riconoscendo l'esigenza di tutela costituzionale degli interessi sia del minore sia dell'altro genitore, ha però flessibilizzato il regime della sanzione, proprio perché quest'ultima, nel suo automatismo, era capace di menomare il "superiore interesse del minore" coinvolto, separandolo dal coniuge responsabile dell'abuso. Eliminando l'automatismo, la Corte non ha però eliminato la sanzione della sospensione della responsabilità genitoriale, rimettendone la sua applicazione alla prudente valutazione del giudice, chiamato a verificare che la prosecuzione del rapporto col genitore responsabile dell'abuso sia effettivamente pregiudizievole per il minore, e ciò anche alla luce dell'evoluzione delle circostanze successive al fatto di reato. È evidente che questa soluzione non sia a costo zero, specie per ciò che riguarda l'interesse costituzionalmente tutelato dell'altro genitore: l'abbattimento dell'automatismo, infatti, diminuisce inevitabilmente anche l'effetto deterrente della sanzione. Ma i costi di tale deterrenza – così ha ritenuto la Corte – venivano ingiustamente caricati sulle spalle del figlio o dei figli minori, ossia dei soggetti più deboli e "incolpevoli" coinvolti in simili vicende.

Recentemente è stato osservato che la giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi rappresenta la «attuazione del principio di supremazia costituzionale», attuazione che, al suo punto superiore, pretende «che gli strumenti legislativi risultino adeguati ad offrire il maggior grado possibile di attuazione ai principi costituzionali coinvolti nella vicenda applicativa e compressi dalla rigidità della formulazione legislativa». Il che corrisponde all'esigenza che venga assicurato «un sempre maggior grado di effettività ai diritti e ai principi costituzionalmente sanciti»[17].

Se, però, si tiene conto del fatto che – come si è cercato e si cercherà di illustrare – anche dietro a un cd. "automatismo legislativo" può esservi l'esigenza di miglior tutela di uno o più beni costituzionali, ben si comprende come gli interventi del giudice costituzionale non siano semplicemente diretti a "liberare" dalla "compressione" tutti i principi costituzionali coinvolti nella fattispecie. La flessibilizzazione della norma astratta da parte della Corte, restituendo discrezionalità al giudice comune, comporta quasi sempre dei costi, in termini di minor presidio dei beni costituzionali privilegiati dal legislatore. E sempre alta è, per tale ragione, la responsabilità che deve assumersi la Corte nello smentire simili scelte del potere legislativo.

Oltre a quanto appena osservato, andrebbe rilevato un altro fenomeno. Quando all'automatismo legislativo non corrisponde la compressione di un diritto individuale, appare più impervio restituire al giudice – per mezzo del sindacato di costituzionalità – il potere di valutazione del caso concreto intrinseco alla sua funzione, al punto che la fattispecie non viene neppure ricompresa nel capitolo degli "automatismi legislativi". Il che, in qualche caso,

16. M. Cartabia, *op. ult. cit.*, pp. 13 ss.

17. L. Pace, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 334 ss.

può determinare una situazione sperequata tra diritti soggettivi ben individuabili (come quelli del contribuente, ad esempio) e tutela del meno "individualizzabile" interesse pubblico al dovere di contribuzione in ragione delle proprie (effettive) capacità (art. 53 Cost.). Emblematico il caso della sentenza n. 158 del 2020, in cui la Cassazione lamentava la compressione – per opera del legislatore[18] – del potere del giudice di (ri)qualificare una serie di atti singolarmente soggetti all'imposta di registro, i quali evidenziassero un chiaro collegamento negoziale tale da meritare una loro considerazione unitaria ai fini della tassazione. Il che, per la Cassazione rimettente, rispondeva all'esigenza di evidenziare la «causa reale» degli atti soggetti a imposizione, la quale, «per sua natura, non può essere lasciata alla discrezionalità delle parti contribuenti né a quello che le parti abbiano dichiarato». Solo in tal modo, infatti, sarebbe possibile evitare, ad esempio, che la cessione di un'azienda possa venir sottratta alla dovuta imposizione per effetto di un'artificiale scomposizione di un'operazione dallo scopo economico unitario in una serie di atti giuridici (come la cessione di quote di partecipazione) soggetti a un'imposta di registro assai più bassa[19]. La Corte, nel rigettare le questioni (poste in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost.), ha escluso che la limitazione del potere di qualificazione del giudice possa «favorire l'ottenimento di indebiti vantaggi fiscali», evidenziando la possibilità – offerta dall'ordinamento – di contrastare eventuali fenomeni elusivi attraverso gli appositi istituti introdotti dal legislatore contro l'abuso del diritto e ritenendo riservata alla discrezionalità legislativa la scelta di un eventuale aggiornamento della disciplina dell'imposta di registro. È da chiedersi, tuttavia, se il concetto di "automatismo legislativo" e l'aura di sospetto che ormai lo circonda, in quanto diretto a limitare poteri del giudice immediatamente strumentali alla garanzia di diritti individuali (specie nel diritto penale e penitenziario), non possa essere utilmente riconfigurato al fine di illuminare di nuova e diversa luce casi come questo, in cui il potere interpretativo del giudice è volto a far prevalere, con le prerogative del fisco, il fondamentale bene costituzionale del dovere contributivo.

5. Il problematico inserimento, tra Corte costituzionale e giudici comuni, della Corte Edu

Potrebbe vedersi, nella flessibilizzazione delle regole stabilite dal legislatore in esito – si presume – agli opportuni bilanciamenti tra beni costituzionali confliggenti, uno strumento capace di risolvere tutti i difetti del diritto legislativo, proprio ricorrendo al dispositivo della "delega di bilanciamento in concreto". Occorrono, tuttavia, delle precauzioni. Si tratta di precauzioni poste, innanzitutto, contro l'ovvio rischio di perdita di certezza del diritto e di disparità di trattamento legato all'ineliminabile soggettività dell'applicazione giudiziaria delle regole e, ancor più, dei principi, anche quando questi ultimi trovino ulteriore definizione in criteri legislativi[20].

A caratterizzare il nostro sistema di giustizia costituzionale è, come accennato, la natura accentrata del sindacato incidentale di costituzionalità, assieme alla mancanza di un ricorso diretto alla Corte costituzionale per violazione di un diritto costituzionale (*amparo* o *Verfassungsbeschwerde*). La funzione tipicamente svolta dalla Corte nel giudizio di costituzionalità incidentale delle norme di legge è quella di valutare, con un giudizio astratto, la conformità della norma a superiori criteri di legittimità. Ne segue che assai difficilmente la nostra Corte potrà svolgere dei test giudiziali al pari di quanto effettuato, in un sistema di *common law*, dalla Corte suprema Usa, come nel noto caso del "*clear and present danger test*" utilizzato da quest'ultima come tecnica di garanzia della libertà di manifestazione del pensiero. Si tratta, infatti, di un test «nato come una *factual question*, non valutabile se non in riferimento al singolo episodio (...); che si esaurisce, quindi, nella qualificazione di fatti già accaduti, esattamente all'opposto della norma giuridica su cui la Corte italiana è chiamata a sindacare»[21].

Parzialmente avvicinabile al ruolo svolto da un giudice di *common law* nel fornire test giudiziali originati da casi concreti è l'attività compiuta dalle Corti costituzionali in sede di *amparo* o *Verfassungsbeschwerde*[22]. Strumenti, tuttavia, di cui è priva la nostra Corte costituzionale e la cui introduzione non è

18. L'art. 20 dPR n. 131/1986, nella formulazione introdotta nel 2017 e 2018 e censurata dal rimettente, dispone che, nell'applicare l'imposta di registro secondo l'intrinseca natura e secondo gli effetti giuridici dell'atto da registrare, indipendentemente dal titolo o dalla forma apparente, si debbano prendere in considerazione unicamente gli elementi desumibili dall'atto stesso, prescindendo da quelli «extratestuali e dagli atti a esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi».

19. Con le parole della Cassazione rimettente: «l'esenzione del collegamento negoziale dall'opera di qualificazione giuridica dell'atto produce l'effetto pratico di sottrarre ad imposizione una tipica manifestazione di capacità contributiva».

20. *Cfr.*, di recente, F. Donati, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, pp. 49 ss.

21. R. Bin, *Diritti e argomenti*, *op. cit.*, pp.123 e 126 ss.

22. V. Zagrebelsky, *Considérations sur les sources d'inspiration et la motivation des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in C. Hohmann-Dennhardt - P. Masuch - M. Villiger (a cura di), *Festschrift für Renate Jaeger – Grundrechte und Solidarität*, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 2010, pp. 211 ss.

priva di controindicazioni importanti, come mostrato dall'elevata conflittualità registratasi nell'ordinamento spagnolo tra *Tribunal Constitucional* e Cassazione spagnola[23].

Rispetto a quei casi in cui la Corte opera una flessibilizzazione della regola legislativa, consentendo al giudice del caso concreto di trovare soluzioni più adeguate alle peculiarità di quest'ultimo, potrebbe ritenersi che venga operata un'attenuazione del sindacato accentrato[24].

A fronte di tale attenuazione si ha, indubbiamente, un'apertura di credito al giudice comune, cui è connesso, però, anche un rischio.

Il rischio che viene a crearsi per effetto di deleghe di bilanciamento in concreto al giudice comune è l'impossibilità per la stessa Corte costituzionale italiana di governare il processo di flessibilizzazione da essa stessa innescato, non avendo il potere di sconfessare i giudici comuni nel concreto esercizio della loro discrezionalità, né quello di fornire loro precedenti vincolanti, al fine di mitigare i costi che si producono sulla certezza del diritto per effetto di tali deleghe di bilanciamento. Un problema ben evidente e dibattuto negli anni delle sentenze di accoglimento "di principio" della Corte costituzionale, in cui quest'ultima, astenendosi dall'assegnare direttamente al giudice, tramite una decisione manipolativa, la regola del caso in supplenza del legislatore, si limitava a fornire un principio "non autoapplicativo", bisognoso della necessaria attuazione legislativa, senza però escludere l'intervento dei giudici comuni[25]. Soluzione la cui problematicità ha condotto al progressivo rarefarsi di tale tecnica[26], con sperimentazione della diversa opzione processuale del rinvio dell'udienza, previa ordinanza-mandato al legislatore, affinché corregga la prefigurata violazione costituzionale[27].

Al di là di queste due peculiari tecniche di giudizio, l'impossibilità per la Corte di governare il processo di flessibilizzazione della norma, ossia di verificare che i giudici comuni rispettino i "criteri" della sua delega di bilanciamento in concreto, può risultare cruciale nei casi più delicati. Emblematico quello dell'abbattimento della presunzione assoluta di pericolosità stabilita per i detenuti per reati di mafia dall'art. 4-*bis*, comma 1, ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975), operato dalla sent. n. 253 del 2019, su cui si tornerà alla fine. Anche chi apprezza tale importante sentenza della Corte, non nega il rischio «che da una sua applicazione facilona derivino contraccolpi nocivi alla tutela della sicurezza pubblica»[28].

Chi scrive ha creduto in passato che simili problemi di contemperamento tra certezza del diritto e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali potessero essere risolti, in Italia, per opera delle sinergie tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte Edu[29]. Resta, tuttavia, un tema assai delicato, posta la difficoltà per la stessa Corte Edu di porsi come un giudice autenticamente federale di un sistema di *common law*, radicato su una solida cultura del precedente. Non è detto, in altre parole, che la giurisprudenza Cedu sia effettivamente in grado di guidare le operazioni di "bilanciamento in concreto" dei giudici comuni nazionali, onde preservare la necessaria certezza del diritto negli ordinamenti d'appartenenza. Oltre a ciò, va

23. R. Romboli, *Differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2015, pp. 4 ss. e 25.

24. *Cfr*. F. Modugno, *Inammissibilità della* quaestio legitimitatis *per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost*., n. 4/2009, p. 2412 (in riferimento alla sent. n. 208/2009, sulla misura del ricovero in casa di cura e di custodia, *ex* art. 219 cp).

25. *Cfr*., se si vuole, A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost*., n. 5/2002, pp. 3435 ss.

26. *Cfr*. le "recenti", e problematiche, sentenze nn. 170/2014 (sul cd. "divorzio imposto" in caso di rettificazione dell'attribuzione di sesso) e 278/2013 (sulla disciplina dell'anonimato della madre che non riconosce il figlio dopo il parto), su cui *cfr*., rispettivamente ed *ex pluribus*, F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quad. cost*., 24 giugno 2014 (www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0026_nota_170_2014_biondi.pdf); V. Marcenò, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *Nuova giur. civ. comm*., n. 4/2014, pp. 279 ss.

27. *Cfr*. l'ord. n. 207/2018 nel celeberrimo caso *Cappato*, cui ha fatto seguito la sent. n. 242/2019. *Cfr*. la recente ord. n. 132/2020, sull'incostituzionalità della norma che sanziona con la pena detentiva la diffamazione a mezzo stampa, la quale, anche in considerazione del fatto che vari progetti di legge tesi a revisionare tale disciplina sono in corso di esame davanti alle Camere, ha ritenuto opportuno, «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale», rinviare all'udienza del 22 giugno 2021 la trattazione delle questioni, non senza aver prima enunciato l'esigenza costituzionale (e Cedu) di una «rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina» censurata, «in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica (...) con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale».

28. M. Chiavario, *La sentenza sui permessi premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 1/2020, p. 212.

29. A. Guazzarotti, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. cost*., n. 5/2011, pp. 3779 ss.

rilevato che i test giudiziali offerti dalla Corte Edu sono formulati da un insieme eterogeno di giudici europei, che rispecchiano culture giuridiche a volte anche profondamente diverse, la cui naturale tendenza, anche per tale ragione, è quella a deformalizzare gli istituti giuridici nazionali, spesso al fine di ottenere una giustizia nel caso concreto, senza però essere in grado di fornire l'equivalente funzionale dell'istituto "demolito", perché ritenuto contrario alla Convenzione. Paradigmatiche le vicende sulla confisca urbanistica[30].

La Corte Edu presenta, sotto questo aspetto, maggiore libertà della nostra Corte costituzionale, non essendo onerata della responsabilità di valutare come reagirà l'ordinamento nazionale al venir meno di una determinata regola o istituto rivelatosi contrario a uno o più diritti fondamentali dell'individuo. Non trattandosi di sentenze con effetti annullatori, le condanne emesse da Strasburgo hanno la possibilità di poter fare astrazione di quei dilemmi che, invece, si pongono quotidianamente alla Corte costituzionale italiana, primo tra tutti quello dell'eventuale vuoto di tutela del controinteresse fino a quel momento presidiato dalla norma incostituzionale. Una saldatura tra le "deleghe di bilanciamento" che sembrano potersi derivare dalla giurisprudenza Cedu e poteri dei giudici comuni deve tener conto di questi formidabili dilemmi.

6. La maggiore duttilità del test sulla ragionevolezza delle presunzioni assolute rispetto alla riserva di bilanciamento in concreto ai giudici comuni

Vorrei concludere queste riflessioni sparse, che non hanno alcuna pretesa di completezza o sistematicità, orientando l'attenzione sulla celeberrima saga della giurisprudenza costituzionale sull'art. 275 cpp. Si tratta del noto tema dell'obbligo di disporre, in caso di gravi indizi di colpevolezza del reato di associazione di stampo mafioso, la custodia cautelare in carcere, salvo prova dell'insussistenza delle esigenze cautelari (presunzione relativa), assieme all'obbligo di disporre, nei casi in cui tali esigenze sussistano, la sola custodia cautelare (presunzione assoluta). Tale apparato normativo, originariamente contemplato per i soli reati associativi di stampo mafioso, fu poi esteso a una serie di reati ulteriori, con provvedimenti legislativi d'urgenza che la Corte è stata a più riprese chiamata a sindacare. Nella plurima serie di decisioni adottate dalla Corte[31], l'esito è stato quello di restituire al giudice penale la discrezionalità circa la scelta della misura cautelare più idonea al caso concreto, al fine di bilanciare le esigenze di sicurezza sociale (il pericolo della commissione di ulteriori reati da parte dell'imputato) con la libertà personale di quest'ultimo.

La decisione capostipite (ord. n. 450/1995, che dichiarò la manifesta infondatezza delle questioni riferibili alla norma relativa all'associazione di tipo mafioso) impostò le questioni di costituzionalità nei termini del riparto di competenza tra legislatore e giudici, affermando che «compete al legislatore l'individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze, della minore restrizione possibile della libertà personale e dell'effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari nel processo penale», ossia, e specularmente, che non può ritenersi «soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice la determinazione dell'accennato punto di equilibrio e contemperamento tra il sacrificio della libertà personale e gli antagonisti interessi collettivi, anch'essi di rilievo costituzionale». Come si vede, qui la Corte aveva impostato la questione nei termini schematici visti all'inizio, di un arbitraggio circa la riserva di bilanciamento, se al legislatore (bilanciamento astratto), o al giudice (bilanciamento in concreto), concludendo che non era possibile fondare sulla Costituzione una gerarchia tra beni costituzionali che imponesse la riserva di bilanciamento in concreto a favore del giudice.

Quando, tuttavia, la Corte ha accolto le questioni poste sui vari reati *diversi* dall'associazione di tipo mafioso, essa non ha attinto alla logica della riserva di bilanciamento in concreto costituzionalmente riconosciuta al giudice penale, bensì alla più duttile logica della congruità delle presunzioni assolute formulate dal legislatore. Queste ultime, per la Corte, specie quando limitano un diritto inviolabile, violano il principio d'eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, e cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*; cosa che si verifica quando sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione legislativa stessa[32]. Al giudice penale veniva, pertanto, restituita la potestà di verificare, in relazione al caso concreto, la

30. *Cfr.* la sent. *Varvara c. Italia*, 23 novembre 2013, cui è seguita la reazione della Cassazione sfociata nella questione decisa dalla Corte costituzionale con la sent. n. 49/2015, su cui *cfr.* M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015.

31. Sentt. nn. 265/2010, 164/2011, 231/2011, 331/2011, 110/2012, 57/2013, 232/2013, 48/2015.

32. *Ex multis*, sentt. nn. 268/2016 e 139/2010.

sussistenza di elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure meno restrittive.

Chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla presunzione assoluta di adeguatezza, per il caso di associazione di tipo mafioso, della sola custodia cautelare, la Corte ribadiva la ragionevolezza della presunzione, senza però riferirsi alla "logica competenziale" (come avvenuto nella citata ord. n. 450/1995), bensì richiamandosi al dato di esperienza, nel frattempo evidentemente divenuto quasi unanimemente condiviso, per cui il vincolo associativo mafioso è tale da far «ritenere la custodia in carcere l'unica misura in grado di "troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità" (sentenza 265 del 2010)»[33].

La gerarchia dei beni del bilanciamento originario effettuato dal legislatore tende a privilegiare, in presenza di particolari reati, la sicurezza sociale sempre e comunque sul diritto dell'imputato, fra l'altro assistito dalla presunzione d'innocenza, a subire la misura cautelare meno restrittiva, se compatibile con le esigenze cautelari accertate dal giudice. Uno schema logico che si presta facilmente a essere letto come una sfiducia del legislatore nei confronti del giudice penale. Nel caso dell'associazione di tipo mafioso, invero, si è trattato anche e soprattutto della legittimazione politico-legislativa di determinate prassi giudiziarie che si sono rivelate particolarmente efficaci nella lotta alla mafia.

7. A mo' di conclusione: la sentenza n. 253 del 2019 sull'art. 4-*bis* ordinamento penitenziario e la necessità di governare dal centro i bilanciamenti costituzionali

Il ricorso al dato "di comune esperienza" per smentire le presunzioni assolute fissate dal legislatore merita una riflessione conclusiva sul ruolo arbitrale cui è chiamata la Corte rispetto ai poteri di bilanciamento di legislatore e giudici comuni.

La valutazione dell'*id quod plerumque accidit* ai fini della legittima imposizione di presunzioni assolute sembra, di primo acchito, spettare più al legislatore che non ai giudici del caso, potendo il primo contare del supporto delle strutture burocratiche dei ministeri competenti al fine di soppesare le "leggi dei grandi numeri" e giungere alla conclusione di quali effettivamente siano le percentuali dei casi su cui basare le presunzioni legali. Vero è che, in epoca di cd. "populismo penale" e di retorica securitaria fatta propria da molte forze politiche (non solo nel nostro Paese), non sembra prudente affidarsi alla sola "vista dall'alto" o "dal centro" dei fenomeni criminali, dovendosi questa vista sempre confrontarsi dialetticamente con la "vista dal basso" dei giudici comuni e dei casi concreti. Ma occorre, appunto, ricordare sempre che, in termini logici prima ancora che costituzionali, il legislatore centrale può disporre di strumenti di monitoraggio dei fenomeni sociali in generale, criminali in particolare, di cui i singoli giudici non dispongono. Di qui l'importanza del vaglio critico dei dibattiti parlamentari e/o dei lavori preparatori del governo-legislatore in sede di giudizio di costituzionalità delle leggi (cd. "motivazione della legge").

Emblematica la materia delle preclusioni legislative al godimento dei benefici penitenziari, oggetto di molte, importanti pronunce della Corte costituzionale tese a restituire al giudice poteri di valutazione del caso concreto. Sebbene il dovere di individualizzazione dell'esecuzione della pena sia direttamente imposto dall'art. 27, comma 3, Cost., occorre riflettere sul fatto che il legislatore potrebbe introdurre dei criteri di concessione dei benefici penitenziari miranti a vincolare la discrezionalità dei giudici di sorveglianza, anziché sulla base del solo "allarme sociale" rispetto a reati discrezionalmente selezionati dal legislatore, anche sulla scorta di un campione statistico rilevante di casi da cui emerge che, ad esempio, si danno molti episodi di recidiva (addirittura durante il godimento delle misure alternative al carcere) da parte degli autori di determinati reati. Casi per prevenire i quali occorrerebbe restringere quel potere di individualizzazione della pena da parte dei giudici di sorveglianza, impedendo a questi ultimi di concedere benefici penitenziari extramurari se non in presenza di indici univocamente stabiliti dal legislatore – come il notissimo (e problematico) requisito della collaborazione dell'art. 4-*bis* ord. penit. Sarebbe davvero una violazione dei diritti inviolabili del detenuto restringere il potere del giudice di valutare il grado di rieducazione del detenuto al fine di consentirgli misure alternative al carcere, o anche semplici permessi premio? Non si corre il rischio, così facendo – sempre ove fosse accertato statisticamente il rilevante numero di recidive in corso di godimento delle misure alternative al carcere –, di giungere a un disequilibrio tra i contrapposti beni costituzionali in gioco?

La commentatissima sentenza n. 253 del 2019[34] reca i segni di un simile dilemma. Pur riconoscendo l'illegittimità della natura "assoluta" della presunzione legale di perdurante pericolosità dei detenuti per reati di mafia, stante la pervicacia del vincolo associativo mafioso, la Corte ha avuto cura di non smentire

33. Ord. n. 136/2017.

34. Che ha parzialmente annullato il divieto di concessione di permessi premio, in assenza di collaborazione del detenuto, per i reati di tipo mafioso – annullamento esteso, in via consequenziale, a tutti i variegati reati compresi nel comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit.

la ragionevolezza di una simile presunzione. La motivazione della sentenza, infatti, non riporta lo stilema visto sopra della "agevole" possibilità di formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione legislativa. La sentenza riconosce, anzi, l'attualità delle ragioni che condussero il legislatore, nel 1991-1992, a operare quella generalizzazione (punto 8.3). La Corte ha ritenuto, tuttavia, che, diversamente dalla fase cautelare, nella fase dell'esecuzione della pena assuma un «ruolo centrale» il trascorrere del tempo, sia per le possibili trasformazioni della personalità del detenuto, sia per le possibili trasformazioni del contesto esterno (in particolare, quando sia venuta meno l'organizzazione criminale d'appartenenza[35]). Ma la Corte, stante la gravità del fenomeno criminale in oggetto, non giunge a una semplice trasformazione della presunzione da assoluta in relativa, premurandosi invece di formulare essa stessa criteri stringenti capaci di guidare, limitandola, la discrezionalità dei giudici di sorveglianza nella concessione dei permessi premio a questa particolare categoria di detenuti. Parte di questi criteri sono rinvenuti nel tessuto normativo inciso dalla pronuncia: per la concessione del beneficio, come stabilito nei casi del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ordin. penit., dovrà acquisirsi la prova positiva dell'assenza di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Extratestuale è, invece, l'ulteriore requisito dell'acquisizione della prova circa l'insussistenza del «pericolo del ripristino di tali collegamenti» (punto 9), un requisito che la Corte non ha timore di ribadire espressamente nel dispositivo della sentenza[36].

Si tratta della creazione di un vero e proprio principio direttivo vincolante l'esercizio della delega di bilanciamento da parte dei giudici comuni che la Corte si sente chiamata a introdurre per evitare che gli eventuali bilanciamenti nel caso concreto risultino squilibrati. Un elemento parzialmente creativo che la Corte deriva immediatamente da evidenti esigenze costituzionali di prevenzione della commissione di nuovi reati, a riprova di come la delega di bilanciamento in concreto ai giudici comuni non possa limitarsi a mettere questi ultimi a diretto contatto con la Costituzione, necessitando invece l'esercizio della discrezionalità giudiziaria di essere incanalato entro argini sicuri, governati dal centro. A riprova, inoltre, del fatto che, almeno nei casi più delicati, non basta affidarsi all'astratta formulabilità di ipotesi che smentiscono le generalizzazioni operate dal legislatore.

È rispetto a tali casi di confine che il ricorso al concetto di "delega di bilanciamento in concreto" appare ancora pertinente, nonostante i limiti di tale categorizzazione. Recentemente, infatti, la dottrina ha giudicato improprio il riferimento a una delega di potere dalla Corte ai giudici comuni, posto che la Corte «non deleg(a) alcunché, ma rimuov(e) semplicemente una patologica situazione dall'ordinamento, andando a colpire quelle leggi che (...) non lasciavano spazio alcuno alle zone di possibilità interpretative degli organi dell'applicazione»[37]. Appare, invero, che il concetto di "delega" possa assumere un senso più profondo della semplice restituzione al giudice comune di un potere valutativo discrezionale ad esso ontologicamente connaturato. La Corte, infatti, è comunque chiamata a rispettare il bilanciamento dei "beni" costituzionali operato in prima battuta dal legislatore; la correzione che di tale bilanciamento si renda necessaria in ossequio a principi costituzionali di ragionevolezza o proporzionalità non può essere definitivamente operata dalla stessa Corte rimuovendo determinati frammenti normativi, bensì chiamando il giudice comune a proseguire tale opera di correzione. Per rispettare il senso del bilanciamento scelto dal legislatore, tuttavia, la Corte si sente in dovere di circondare la discrezionalità giudiziale di criteri aggiuntivi, che incanalino tale discrezionalità entro percorsi non antitetici alle scelte di fondo compiute dal legislatore[38].

L'esempio della sentenza n. 253 del 2019 costituisce, indubbiamente, un caso peculiare in cui la gravità della posta in gioco (la scelta degli strumenti di efficace lotta alla mafia) mette in risalto la problematicità del test giudiziale sulla reversibilità delle presunzioni assolute, in relazione a quanto osservato sopra circa la diversità strutturale dei soggetti chiamati al bilanciamento dei beni costituzionali coinvolti in determinate categorie di casi: il legislatore, da un lato, i giudici, dall'altro. Si tratta di fenomeni dietro ai quali si staglia la distinzione di compiti tra un "cervello centrale" e un "sistema nervoso diffuso", la comprensione dei quali dovrebbe tendere a superare le contrapposizioni conflittuali per volgerle in sinergie, senza che prevalga la pretesa dell'uno di sostituirsi all'altro. In mezzo ai due sta la Corte costituzionale, che, sebbene incaricata di un sindacato "accentrato", esercita – non da ora – proprio la delicatissima funzione di equilibrare le funzioni del cervello centrale con quelle del sistema nervoso.

35. Qui la Corte fa evidentemente riferimento ad associazioni di stampo mafioso diverse dalle mafie storiche che affliggono il nostro Paese.

36. *Cfr.*, criticamente, M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019, p. 5; A. Pugiotto, *Procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, pp. 513 ss.

37. L. Pace, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, *op. cit.*, pp. 325 ss.

38. Emblematica, a tal proposito, la già citata sent. n. 242/2019, sul caso *Cappato*.

I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee

di *Elisabetta Lamarque*

I poteri dei giudici comuni nella triangolazione con la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, da un lato, e con la stessa Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo, dall'altro lato, si modellano giocando sul filo del rasoio tra vincoli costituzionali puramente interni e vincoli, parimenti costituzionali, derivanti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea e alla Cedu. Lo scritto illustra lo stato attuale della giurisprudenza costituzionale e comune, che è comunque ancora alla ricerca di un punto di equilibrio.

1. Una fabbrica del duomo / 2. I giudici comuni tra la logica del sistema incidentale e la "tentazione di Carrère" / 3. È un mondo difficile, una vita intensa / *3.1. Giudici, Cedu, Corte costituzionale e Corte Edu / 3.2. Giudici, diritto Ue, Corte costituzionale e Corte di giustizia* / **4. Felicità a momenti e futuro incerto** / *4.1. Giudici, Cedu, Corte costituzionale e Corte Edu / 4.2. Giudici, diritto Ue, Corte costituzionale e Corte di giustizia*

1. Una fabbrica del duomo

I temi che il titolo del presente contributo imporrebbe di trattare sono al centro della riflessione dei giuristi italiani almeno da vent'anni, e cioè da quando, nel 1999, nella *wider Europe* del Consiglio d'Europa è entrato in funzione il sistema di ricorso individuale diretto per la tutela dei diritti garantiti dalla Cedu e poi, nel 2000, l'Unione europea si è dotata di una Carta dei diritti fondamentali.

Da allora, per quanto riguarda l'aspetto cruciale della tutela dei diritti fondamentali, il diritto in senso lato europeo ha costantemente aumentato il suo peso nel nostro ordinamento, portando con sé una corrispondente crescita esponenziale dell'influenza nelle nostre aule giudiziarie delle pronunce delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, che di quel diritto fanno costante applicazione.

In questi vent'anni le novità sul fronte nazionale e sui due fronti europei si sono succedute a ritmo incessante. Sul versante normativo, in particolare, si sono avute la riforma costituzionale del 2001, che ha mutato il regime degli obblighi internazionali, e quindi anche della Cedu, nel nostro ordinamento, e la riforma dei trattati europei del 2009, che ha attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore dei trattati. Sul versante giurisprudenziale, il coordinamento tra i diversi livelli di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali è stato affrontato da tutte le corti coinvolte sia con pronunce di importanza capitale e fondante, come fondamenta e muri portanti di un edificio in rapida costruzione, che con innumerevoli pronunce minori, come puntelli e aggiustamenti necessari per rendere l'edificio sicuro e funzionale alle esigenze di tutti coloro – giudici, avvocati e parti processuali – che quotidianamente lo frequentano.

Nel presente contributo si farà cenno soltanto a una minima parte di ciò che si potrebbe scrivere sull'argomento. Non si darà conto né della complessa evoluzione giurisprudenziale che in questi vent'anni ha permesso all'edificio di diventare quello che è attualmente, né tantomeno del profluvio di opinioni dottrinarie – nemmeno delle più autorevoli, e di questo già si chiede perdono ai loro autori – che a volte hanno consentito una crescita più armonica della costruzione, mentre altre volte l'hanno appesantita, rendendola più precaria. Del resto, una trattazione completa del tema, se anche fosse possibile, andrebbe non solo oltre le capacità di chi scrive, ma anche oltre le forze dello stesso lettore più motivato, come ognuno di noi può constatare quando tenta (di solito senza riuscirvi) di leggere un articolo di dottrina o un volume monografico relativo anche a uno soltanto degli aspetti che qui interessano, trattato nella sua evoluzione temporale.

Le conclusioni cui si perverrà in questo contributo, infine, devono intendersi valide solo allo stato degli atti e destinate a essere superate da nuovi sviluppi giurisprudenziali. L'impressione, infatti, è quella di trovarsi davanti a quella che da noi a Milano si chiama, con espressione sintetica ed efficace, *la fabbrica del duomo*[1]. Allo stesso modo della cattedrale milanese, anche la costruzione giurisprudenziale che fornisce ai giudici i percorsi logici-argomentativi da seguire nei casi che coinvolgono norme interne ed europee sui diritti fondamentali, e dunque implicano un dialogo diretto o a distanza con la Corte costituzionale o con le corti europee, è un'opera immane, frutto di uno sforzo collettivo e di un grande dispendio di risorse, che richiede continui interventi di rimaneggiamento, restauro e pulizia, e non può dirsi mai davvero compiuta.

Così come i milanesi sanno che non vedranno mai il duomo libero da impalcature, anche i giudici devono essere consapevoli che i lavori di manutenzione dei loro rapporti con la giurisdizione costituzionale e con quelle europee sono sempre in corso[2], e tenere sempre presente che le acquisizioni di ieri già oggi forse sono state superate, e le certezze di oggi già domani potrebbero venir meno.

2. I giudici comuni tra la logica del sistema incidentale e la "tentazione di Carrère"

Prima di illustrare le caratteristiche dell'edificio di cui qui ci si occupa può essere utile richiamare gli elementi che giustificano una trattazione unitaria di temi distinti, quali sono quelli dei poteri dei giudici comuni nella triangolazione da un lato con la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo e, dall'altro lato, con la stessa Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo.

La differenza tra i due argomenti, in effetti, sembra macroscopica. Nel primo caso i giudici italiani godono, secondo le norme positive costituzionali ed europee, di un rapporto diretto con entrambe le corti, e cioè sia con la Corte di Lussemburgo, alla quale devono o possono rivolgersi – a seconda che siano o meno giudici di ultima istanza – con il meccanismo del rinvio pregiudiziale, che con la Corte costituzionale, attraverso l'analogo meccanismo del giudizio incidentale. Ed è proprio ai giudici che hanno sollevato le domande che rispondono, in prima battuta, entrambe le corti, vincolandoli nella soluzione dei loro casi. Si possono porre, quindi, come in effetti in concreto si sono posti, problemi di coordinamento, o anche di concorrenza, tra i due poteri di rinvio di cui i giudici sono titolari, tanto più che nessuna delle esistenti norme positive affronta questi problemi.

Nel secondo caso, invece, il giudice comune non ha la possibilità di rivolgersi direttamente alla Corte di Strasburgo per chiedere la risoluzione dei propri eventuali dubbi sull'interpretazione della Cedu[3], mentre il suo canale di dialogo diretto con la Corte

1. In dialetto milanese l'espressione "*Lungh'me la Fabrica del Domm*" indica un lavoro interminabile.

2. Si riprende qui la metafora contenuta nella relazione del presidente Lattanzi relativa alla giurisprudenza costituzionale nel 2018, tenuta nel corso della riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019: «Ci muoviamo in un cantiere con lavori perennemente in corso, i cui esiti sono soggetti a una continua rimodulazione per trovare il miglior punto di incontro tra i mutamenti di prospettiva che provengono dalle fonti europee e le esigenze proprie del controllo di costituzionalità» (p. 19, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf).

3. Come è noto, l'Italia non ha ancora ratificato ed eseguito con legge il Protocollo n. 16 alla Cedu, già peraltro entrato in vigore con la ratifica da parte di dieci Stati del Consiglio d'Europa il 1° agosto 2018 e a cui, ad oggi, aderiscono quindici dei quarantasette Stati del Consiglio d'Europa, che introduce lo strumento della richiesta alla Corte europea di pareri consultivi, sia pure non vincolanti, su «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti» della Cedu da parte delle «più alte giurisdizioni» nazionali. Al momento, la Camera dei deputati, dopo avere discusso il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica congiuntamente dei Protocolli n. 15 e n. 16 alla Cedu, ha deciso di proseguire, per ora, soltanto all'adozione del primo dei due strumenti, rinviando a un futuro incerto l'adozione del secondo. Su queste recenti vicende e per riferimenti più precisi, rinvio al dibattito aperto sulla rivista *Giustizia insieme* e al mio contributo dal titolo *La ratifica del Protocollo n. 16 alla Cedu: lasciata ma non persa*, *ivi*, 18 novembre 2020, www.giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti-internazionali/1398-la-ratifica-del-protocollo-n-16-alla-cedu-lasciata-ma-non-persa.

costituzionale resta sempre aperto. Veri e propri problemi di coordinamento processuale tra giurisdizioni, di conseguenza, non possono presentarsi, perché solo due lati del triangolo sono collegati tra loro, mentre il terzo segmento, la Corte di Strasburgo, non risponde all'iniziativa dei giudici, ma funziona, come sappiamo bene, su impulso di altri soggetti.

Tuttavia, nei contributi di dottrina relativi alla Corte costituzionale si è affermata una lettura unitaria delle sue relazioni con le due corti europee che consente di valutare nell'insieme il suo atteggiamento come più o meno europeista, e cioè aperto e di dialogo, o al contrario chiuso e conflittuale, oppure ancora di concorrenza (*inter-court competition*) sul piano dell'interpretazione[4]. E dato che l'atteggiamento della Corte costituzionale verso le due giurisdizioni esterne ha sicure ricadute ordinamentali interne, basterebbe questo a giustificare un tentativo di lettura unitaria anche dei temi oggetto di questo contributo.

Inoltre, per quanto riguarda i poteri in senso stretto dei giudici comuni, uno sguardo che abbracci allo stesso tempo le loro relazioni con la Corte costituzionale e con entrambe le corti europee offre il grande vantaggio di svelare – con grande sorpresa – che il *punctum dolens* è il medesimo.

I poteri dei giudici, infatti, in entrambi i casi si modellano giocando sul filo del rasoio tra diversi vincoli costituzionali: da una parte quelli puramente interni, e cioè la soggezione del giudice solo alla legge, e quindi a maggior ragione alla Costituzione, *ex* art. 101, secondo comma, Cost., e la scelta compiuta dalla legge cost. n. 1 del 1948 in favore di un sistema incidentale di controllo di costituzionalità della legge di tipo incidentale e concreto; dall'altra parte, i vincoli derivanti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea, sulla base dell'art. 11 Cost., e dal recepimento con legge, nel 1955, di quel potente obbligo internazionale costituito dalla Cedu, sulla base dell'art. 117, primo comma, Cost.

La ricerca di un punto di equilibrio che consenta la contemporanea osservanza di tutti questi vincoli del medesimo rango costituzionale è complessa, data anche l'assenza di norme di diritto positivo che ne specifichino gli esatti confini e ne determinino i pur necessari raccordi. Restando individuabile solo in via giurisprudenziale, e tra l'altro non unilateralmente, ma con l'apporto di tutte le giurisdizioni coinvolte, l'equilibrio eventualmente raggiunto è sempre precario e, come si diceva in apertura del presente lavoro, soggiace a continui aggiustamenti, a cui seguono ogni volta inevitabili scosse di assestamento.

Ebbene. Chi scrive crede che in questa costante ricerca l'anello debole che rischia di cedere a ogni smottamento sia sempre la funzionalità del sistema incidentale di controllo di costituzionalità della legge, e che ciò che lo minaccia sia, in entrambi i casi di cui qui ora di occupiamo, un uso disinvolto da parte dei giudici comuni del diritto europeo e delle pronunce delle due corti europee che ne sono interpreti, che chiameremo la "tentazione di Carrère".

Ma andiamo per ordine.

La logica e i pregi del *judicial review* all'italiana sono noti, ma è comunque opportuno sintetizzarli in due battute.

Iniziamo intanto con il ricordare che il sistema funziona grazie ai giudici comuni, se non altro perché senza le loro ordinanze di rimessione la Corte costituzionale non potrebbe svolgere il suo compito (fase ascendente), e perché senza un seguito conforme delle pronunce costituzionali da parte dei giudici i diritti fondamentali delle persone non sarebbero garantiti nei confronti del legislatore e in generale delle maggioranze di volta in volta al governo (fase discendente).

Nella sua essenza, la logica del sistema è la seguente: un giudice che abbia già compiuto la propria attività interpretativa letterale, logica e sistematica – compresa la valutazione di compatibilità della legge con la Costituzione e le norme in senso lato europee, e il conseguente tentativo di interpretazione conforme – e che *nonostante tutto ciò continui a nutrire il dubbio che la legge violi Costituzione*, non ha solo il *potere*, ma ha anche sempre il *dovere*, di investire del dubbio la Corte costituzionale prima di proseguire con il suo processo. Quando poi il dubbio si rivela fondato, il sistema valorizza in maniera straordinaria l'azione di quel giudice, conferendole una forza deflagrante, perché la legge da lui denunciata viene eliminata per tutti, e non solo per il suo processo, e tra l'altro con effetto parzialmente retroattivo.

Sono i giudici, in altre parole, e non la Corte costituzionale, i detentori nel sistema incidentale dell'unica, potentissima, arma capace di difendere i diritti di tutti i consociati nei confronti del legislatore. E non si deve mai dimenticare che il potere di valutare quando è necessario passare l'arma, già carica, alla Corte costituzionale implica anche una grande responsabilità, perché dal ritardo da parte anche di un solo giudice nell'attivare il controllo di costituzionalità, o peggio dall'inadempimento al suo dovere di attivazione quando ne ricorrano i presupposti, possono derivare

4. Così bene riassume i termini di un dibattito dottrinario infinito G. Martinico, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, n. 4/2019, pp. 691 ss., al quale si rinvia per gli altri richiami di dottrina. Per una prospettiva temporale ancora più ampia è d'obbligo il richiamo D. Lustig e J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the contemporary World – Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n. 2/2018, pp. 315 ss.

conseguenze irrimediabili per i diritti non solo di uno, ma di qualcuno o di molti dei consociati, dato che la legge non denunciata, in ipotesi incostituzionale, resta in vigore e può continuare a produrre i suoi effetti.

Se è così, è chiaro anche che uno dei pericoli maggiori che minacciano la funzionalità del nostro *judicial review* è un uso superficiale o disinvolto da parte dei giudici delle norme e della giurisprudenza europea, Ue o Cedu, tale da ritardare o escludere *in assenza di altre ragionevoli giustificazioni di tipo ordinamentale* la chiamata in campo della Corte costituzionale.

È quella che si è più sopra chiamata la "tentazione di Carrère". In uno dei due racconti che compongono il libro *Vite che non sono la mia*, infatti, Emmanuel Carrère narra la vicenda reale di Étienne e Juliette, due giudici di provincia – giudici di sinistra, li chiama lo scrittore francese – che non riescono ad assicurare giustizia alle migliaia di consumatori ingannati da alcune potenti società finanziarie perché le loro sentenze sono sempre ribaltate in Cassazione, ma che poi trovano quasi per caso una pronuncia della Corte di giustizia che sposa i loro argomenti: «*È sempre spassoso, quando un capetto ti maltratta dicendo: è così, non si discute, non ho da rendere conto a nessuno, scoprire che sopra di lui c'è un grande capo, e che per giunta questo grande capo ti dà ragione*. (...) *Étienne di diritto comunitario non sapeva nulla, ma lo trovava già straordinario*»[5].

Certo, l'ordinamento francese non conosce un sistema incidentale come il nostro, a portata di ogni organo giudicante, anche di primo grado, e quindi Étienne e Juliette non avevano altre strade, diverse dal diritto europeo, per liberarsi dal giogo di una legge percepita come lesiva di diritti fondamentali. E comunque qualche pagina dopo Étienne, convinto da Juliette, inizia a studiare sul serio il diritto europeo, ne diventa esperto e infine redige due rinvii pregiudiziali, che poi la Corte di giustizia accoglie con favore.

Ma noi fermiamoci a quel "trovare straordinario" un diritto europeo del quale non si sa "nulla", nel senso che non si sa bene come trattarlo, e alla tentazione del giudice di preferirlo al diritto nazionale solo perché consente di raggiungere un risultato immediato per i casi dinanzi a lui pendenti.

È esattamente in questo atteggiamento entusiasta ma un po' superficiale nei confronti tanto del diritto Ue quanto della Cedu, se coltivato da un giudice che potrebbe, e quindi dovrebbe, adire la Corte costituzionale, che si annida il pericolo di dimenticare i grandi vantaggi che offre il nostro sistema di controllo di costituzionalità, e di incepparne così il buon funzionamento.

3. È un mondo difficile, una vita intensa

Le relazioni tra corti, si diceva, sono molto complesse, sfaccettate, mutevoli nel tempo. Chi scrive, tuttavia, vorrebbe qui provare a dimostrare che il percorso tracciato in questi anni dalla Corte costituzionale, sia pure tra mille sfaccettature, segue una traiettoria ben precisa.

Appare evidente, infatti, che ciò che interessa, ed è sempre interessato, alla Corte costituzionale non è limitare o contenere l'utilizzo da parte dei giudici del diritto europeo, bensì soltanto mantenere efficiente e funzionante il sistema di controllo di costituzionalità della legge. Una volta messo al sicuro questo obiettivo, che corrisponde tra l'altro alla sua ragion d'essere nel nostro ordinamento, è la Corte la prima a valorizzare i poteri dei giudici italiani nei confronti del diritto Ue e della Cedu.

Ed è chiarissima anche la ragione di quest'ultimo atteggiamento. Nelle relazioni con le due corti europee la Corte costituzionale si presenta ormai come un giudice nazionale (uno dei tanti, se non fosse per la sua speciale autorevolezza). Le conviene dunque esaltare i poteri dei giudici comuni nei confronti del diritto e delle corti europee, perché nello stesso momento in cui li riconosce a loro li attribuisce anche a se stessa.

3.1. Giudici, Cedu, Corte costituzionale e Corte Edu

L'andamento del cammino della Corte costituzionale in relazione alla Cedu e alla Corte Edu è esemplare di quanto si è appena detto. La dura presa di posizione delle sentenze gemelle del 2007, infatti, era stata dettata proprio dalla necessità di salvaguardare il sistema incidentale di controllo di costituzionalità della legge. A fronte di numerosi giudici che, dopo la riforma costituzionale del 2001, disapplicavano la legge ritenuta in contrasto con la Cedu, il rischio era esattamente quello che gli eventuali dubbi circa il contrasto della medesima legge con i corrispondenti diritti garantiti dalla Costituzione italiana non potessero più pervenire alla Corte. Di qui, la richiesta ai giudici di trattare tutti gli eventuali profili

5. E. Carrère, *D'autres vies que la mienne*, P.O.L., Parigi, 2009, trad. it.: *Vite che non sono la mia*, Einaudi, Torino, 2011, p. 176. Non finirò mai di ringraziare Laura Cappuccio per avermi regalato quel libro e per avermi fatto conoscere l'Autore, che prima non avevo mai letto.

di contrasto con la Cedu come dubbi di costituzionalità in relazione all'art. 117, primo comma, Cost., con la conseguente necessità di sollevare la questione di costituzionalità assumendo la Cedu come parametro interposto, eventualmente accanto al parametro costituzionale relativo al medesimo, o ad analogo, diritto.

Possiamo ormai dire, a molti anni di distanza dalle sentenze gemelle, che i giudici hanno seguito con convinzione e con grande senso di responsabilità questa prima indicazione, contribuendo così a mantenere vivo il sindacato accentrato di legittimità costituzionale sulle leggi ritenute sospette di violare i diritti fondamentali dei consociati.

Ma le sentenze gemelle, con altrettanta perentorietà, avevano dato anche una seconda indicazione, ponendo a carico di tutti i giudici nazionali un vincolo interpretativo. Seguendo la loro impostazione, dall'interpretazione del dettato della Cedu offerta dalla Corte di Strasburgo nessun organo giudicante italiano – Corte costituzionale compresa – si sarebbe potuto discostare né in sede di tentativo di interpretazione della legge in senso conforme alla Cedu, né in sede di valutazione dell'eventuale contrasto della legge con la Cedu.

Un simile giogo, tuttavia, si è rivelato presto insopportabile sia per i giudici comuni che per la stessa Corte costituzionale. Si pensi solo al fatto che una qualsiasi delle innumerevoli pronunce della Corte Edu – anche isolata, anche poco istruita o mal motivata – avrebbe potuto imporre a ogni giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una legge italiana, e alla Corte costituzionale di eliminarla[6].

Il cammino di liberazione dei poteri interpretativi dei giudici nei confronti delle pronunce della Corte Edu, abbastanza tortuoso, ha trovato un suo compimento, come è noto, grazie alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, a seguito della quale il vincolo internazionale costituito dalla Cedu ha assunto connotati molto diversi da quelli individuati dalle sentenze gemelle.

La sentenza ha il merito, tra l'altro, di offrire una guida dettagliata per il giudice che inciampi, nel suo cammino, in una pronuncia della Corte di Strasburgo che gli faccia dubitare della perdurante compatibilità con la Cedu della legge italiana che egli sta per applicare.

Il giudice non deve fare altro che procedere per semplici verifiche successive: una volta esclusa l'ipotesi A, egli deve passare all'ipotesi B, e se neppure quell'ipotesi si verifica nel caso di specie, deve andare avanti con la successiva ipotesi C, seguendo il percorso che qui di seguito si riassume.

A) Innanzitutto il giudice deve verificare se per caso la pronuncia della Corte europea è una "sentenza pilota" rivolta all'Italia. La circostanza è facile da stabilire sulla base di criteri formali, essendo tale la sentenza pronunciata dalla Corte Edu ai sensi dell'art. 61 del suo regolamento, per il caso di violazioni seriali della Cedu da parte di uno Stato che hanno già dato luogo a un alto numero di ricorsi. Qualora questo primo controllo abbia esito positivo, il giudice è obbligato a interpretare la Cedu nel senso indicato dalla Corte Edu, ed è tenuto a eseguire, nell'ordine, queste tre operazioni: A1) verificare se ciò che impone la sentenza pilota è conforme alla Costituzione e, se non lo è, sollevare questione di costituzionalità della legge italiana del 1955 che rende esecutiva la Cedu in Italia, nella parte in cui introduce nell'ordinamento italiano quello specifico obbligo convenzionale; A2) se invece il vincolo discendente dalla sentenza pilota non viola la Costituzione italiana, il giudice deve tentare di adeguare in via interpretativa la legge italiana alla sentenza europea; e, nel caso in cui l'interpretazione della legge in senso conforme alla Cedu, così come interpretata dalla sentenza pilota, non sia possibile, A3) è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge italiana assumendo come parametro l'art. 117, primo comma, Cost. e come parametro interposto la Cedu così come letta dalla sentenza pilota.

B) Quando la pronuncia della Corte europea non è una sentenza pilota, il giudice deve «collocare» la pronuncia della Corte europea in cui si è imbattuto «nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima», e quindi verificare se essa sia espressione di una giurisprudenza europea "consolidata". A tale scopo, la stessa sentenza n. 49 indica alcuni «indici idonei a 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

6. Per primo in questo senso, a commento della sentenza n. 49 del 2015, su cui mi soffermo appena *infra* nel testo, M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, p. 290.

aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». Qualora questo secondo controllo abbia esito positivo, e cioè quando il giudice italiano ha verificato che la pronuncia di Strasburgo in cui si è imbattuto è effettivamente espressione di un "diritto consolidato", egli è tenuto ad eseguire, nell'ordine, tre operazioni: B1) verificare se questo diritto europeo consolidato è conforme alla Costituzione e, se non lo è, sollevare questione di costituzionalità della legge italiana del 1955 che rende esecutiva la Cedu in Italia, nella parte in cui introduce nell'ordinamento italiano quella specifica norma convenzionale; B2) se invece il diritto europeo consolidato rispetta la nostra Costituzione, il giudice deve tentare, ancora una volta, di adeguare in via interpretativa la legge italiana alla norma europea; e, nel caso in cui l'interpretazione conforme alla Cedu, così come costantemente interpretata da Strasburgo, non sia possibile, B3) è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge italiana *ex* art. 117, primo comma, Cost.

C) Quando la pronuncia europea non è né una sentenza pilota né espressione di diritto consolidato, secondo la sentenza n. 49 «non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu», e anzi egli è tenuto a prevenire la proposizione della questione di legittimità costituzionale tramite l'interpretazione "costituzionalmente orientata" della stessa disposizione della Cedu. In altre parole, in questa ipotesi il giudice nazionale non deve interpretare la legge italiana alla luce della Cedu, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, ma è tenuto a compiere l'operazione opposta: deve cioè interpretare la Cedu alla luce della legge italiana, in modo da sciogliere ogni dubbio circa la compatibilità di quella legge con l'art. 117, primo comma, Cost. senza scomodare la Corte costituzionale.

Si tratta, come si vede, di indicazioni molto chiare, capaci di facilitare il lavoro dei giudici restituendo loro la pienezza dei poteri interpretativi che il vincolo cieco e assoluto all'interpretazione della Cedu offerta dalla Corte di Strasburgo aveva loro sottratto. Persistono soltanto le note difficoltà nel maneggiare la giurisprudenza di Strasburgo che derivano dall'ostacolo linguistico e dalla circostanza che il numero delle pronunce della Corte Edu su molti argomenti è altissimo e quindi pressoché ingestibile da parte di organi giudicanti gravati da un ingente carico di lavoro come sono quelli italiani.

3.2. Giudici, diritto Ue, Corte costituzionale e Corte di giustizia

Il tema dei poteri dei giudici nei confronti del diritto dell'Unione europea e della stessa Corte di giustizia già di per sé è molto più complesso di quello relativo alla Cedu. Basta ricordare che i criteri di risoluzione delle antinomie normative tra le fonti del diritto nazionale e le fonti europee di diritto primario e derivato previste dai trattati dipendono in parte anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale modula gli stessi presupposti del rinvio pregiudiziale, mentre il diritto europeo prevede sanzioni agli Stati membri per gli errori e gli inadempimenti dei giudici nazionali.

Qui interessa, tuttavia, il problema di cosa può/deve fare un giudice italiano che dubiti della compatibilità della legge contemporaneamente con il diritto europeo e con la Costituzione. È su questo tema che ultimamente sono intervenute alcune novità, a seguito di una «precisazione» dell'orientamento tradizionale introdotta dalla Corte costituzionale in un *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, e poi dalla stessa Corte ulteriormente precisata[7].

Secondo l'orientamento tradizionale, lo si ricorderà, la norma europea poteva diventare parametro interposto nel giudizio costituzionale, *ex* artt. 11 e 117, primo comma, Cost., solo se priva di effetto diretto, mentre la legge italiana in contrasto con una norma europea dotata di effetto diretto doveva essere subito disapplicata, con la conseguenza che la questione di costituzionalità eventualmente sollevata su quella legge diventava inammissibile per irrilevanza.

La preoccupazione che spinge la Corte costituzionale a correggere il tiro, nel 2017, è ancora una volta, come era stato nei confronti della Cedu con le sentenze gemelle dieci anni prima, quella di evitare che, negli ambiti dell'ordinamento italiano in cui incide il diritto dell'Unione, che sempre più si occupa della tutela dei diritti fondamentali delle persone, i giudici preferiscano, per così dire, l'*uovo oggi* (la tutela del diritto fondamentale per il singolo caso concreto) alla *gallina domani* (la tutela del diritto fondamentale attuata con l'eliminazione della legge italiana che lo viola).

A fronte della possibilità per ogni giudice di disapplicare nel singolo caso una legge in contrasto con una norma europea dotata di effetto diretto che riconosce un diritto fondamentale corrispondente a un diritto garantito dalla Costituzione italiana, la Corte costituzionale teme infatti, e fondatamente, che il canale del

7. Dopo la «precisazione» di Corte cost., sent. n. 269/2017, le «precisazioni sulla precisazione» (M. Massa, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 10, www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/2-2019/1443-dopo-la-precisazione-sviluppi-di-corte-cost-n-269-2017/file) si leggono in Corte cost., sentt. nn. 20 e 63/2019, ord. n. 117/2019 (preceduta da sent. n. 112/2019), sent. n. 245/2019, sentt. nn. 11 e 44/2020 e, infine, ord. n. 182/2020.

controllo di costituzionalità in via incidentale venga trascurato o pretermesso, con conseguente perdita dei vantaggi ordinamentali che esso assicura.

Le novità introdotte rispetto all'orientamento tradizionale riguardano allora soltanto le ipotesi in cui il diritto dell'Unione che viene in gioco è una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da sola[8] o in combinazione con una norma di diritto derivato a essa collegata di garanzia di un diritto fondamentale[9], oppure – secondo gli sviluppi più recenti – una qualsiasi norma europea corrispondente per contenuto a una norma della Costituzione italiana[10].

In questi casi – che tuttavia, come si è visto, la Corte costituzionale non ha ancora esattamente delimitato – è *opportuno*, secondo la Corte, che il giudice solleciti *prima di tutto* – e quindi *prima* di investire la Corte di giustizia di un dubbio interpretativo o di validità e/o *prima* di disapplicare la legge qualora ritenga che la norma europea sia dotata di effetto diretto – un intervento con effetti *erga omnes* della Corte costituzionale[11]. Sarà poi la Corte costituzionale, nella sua discrezionalità, a valutare se affrontare prima il denunciato contrasto della legge con il diritto europeo, parametro interposto, oppure con il parametro costituzionale, ed eventualmente dichiarare incostituzionale la legge per l'una o per l'altra, o per entrambe, le ragioni.

4. Felicità a momenti e futuro incerto

Riassumendo quanto si è detto finora, si può dire che nella giurisprudenza costituzionale le novità nella triangolazione "giudici - Corte costituzionale - Corte di giustizia" hanno ancora contorni un po' incerti e sfuocati, dato che la «precisazione» della sentenza n. 269 del 2017 continua a essere a sua volta ulteriormente precisata, mentre le relazioni "giudici - Corte costituzionale - Corte Edu" sembrano avere trovato un loro assetto, perché l'impostazione della sentenza n. 49 del 2015, di cui sopra si è detto, non ha subito smentite o correzioni di rotta da parte dello stesso giudice costituzionale[12].

Resta da vedere il versante dell'autorità giudiziaria. Le indicazioni della Corte costituzionale come sono accolte? Sono apprezzate e seguite?

Si tratta di interrogativi importanti perché, come si diceva, nessuna costruzione giurisprudenziale può reggere se non è frutto di un lavoro condiviso da parte di tutte le corti coinvolte e perché, in mancanza di condivisione, la precarietà e l'incertezza dei percorsi da seguire si ripercuotono immediatamente sulla effettività delle garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali dei consociati.

4.1. Giudici, Cedu, Corte costituzionale e Corte Edu

Per quanto riguarda il trattamento giurisdizionale della Cedu, la risposta è positiva. Tra la Corte costituzionale e i giudici, e in particolare le magistrature supreme, sembra essere stato siglato un patto di ferro proprio nei termini indicati dalla sentenza n. 49, che evidentemente ha rappresentato anche per i giudici comuni un buon compromesso, capace di assicurare il contemporaneo rispetto dei vincoli costituzionali e internazionali.

Lo testimonia, per tutte, la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in tema di concorso esterno in associazione mafiosa[13]. La sentenza esamina i "contenuti decisori" [14], la "natura" e la "portata" [15] della pronuncia adottata dalla Corte Edu nel caso *Contrada contro Italia*[16] attendendosi scrupolosamente alla successione dei passaggi indicati dalla sentenza

8. Così pareva leggendo la «precisazione» della sent. n. 269/2017.

9. A partire già da Corte cost., sent. n. 20/2019.

10. Così ritengono, a ragione, considerando Corte cost., sentt. nn. 11 e 44/2020, C. Padula, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 2/2020, p. 11 e D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 248.

11. Nella «precisazione» di Corte cost., n. 269/2017 si discorre in realtà di un dovere del giudice di dare priorità al giudizio della Corte costituzionale, mentre a partire da Corte cost., sent. n. 20/2019 si suggerisce che questo comportamento del giudice sia semplicemente (molto) opportuno, ma non più doveroso.

12. A partire dalla conferma contenuta in Corte cost., sent. n. 43 del 2018, relativa alla delicata questione del *ne bis in idem*.

13. Cass., sez. unite pen., 24 ottobre 2019 - 3 marzo 2020, n. 8544, Genco, in questa *Rivista online*, 27 maggio 2020, con nota di D. Cardamone, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla non estensibilità degli effetti della sentenza della Corte EDU* Contrada c. Italia *del 14 aprile 2015 ai casi simili*, vds. www.questionegiustizia.it/articolo/le-sezioni-unite-si-pronunciano-sulla-non-estensib_27-05-2020.php.

14. Par. 3.

15. Par. 4.2.

16. Corte Edu, sez. IV, *Contrada c. Italia* (n. 3), ric. n. 66655/13, 14 aprile 2015.

costituzionale n. 49. Al termine del percorso, la Cassazione giunge alla conclusione che l'interpretazione della Cedu offerta da Strasburgo non è vincolante per il giudice italiano, «in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata»[17]: di conseguenza, non solo respinge il ricorso del condannato che chiedeva l'applicazione nei suoi confronti dei principi affermati dalla sentenza *Contrada*, ma rifiuta anche di sollevare questione di costituzionalità *ex* art. 117 Cost.

È interessante notare che la Cassazione, nel recepire integralmente le indicazioni fornite dalla sentenza costituzionale n. 49, ha cura di aggiungervi un piccolo tassello, rendendo così davvero corale la costruzione giurisprudenziale. Secondo la Cassazione, infatti, alle pronunce della Corte Edu formalmente qualificabili come "pilota" ai sensi dell'art. 61 del suo regolamento, devono essere equiparate – ai fini delle valutazioni che il giudice italiano deve svolgere – le cosiddette sentenze "quasi pilota"[18], e cioè le pronunce della Corte Edu «a portata generale», nelle quali «il riscontro della violazione dei diritti individuali del proponente il ricorso contiene in sé anche l'accertamento di lacune ed imperfezioni normative o di prassi giudiziarie, proprie dell'ordinamento interno scrutinato, contrarie ai precetti della Convenzione, che assumono rilevanza anche per tutti coloro che subiscano identica violazione»[19]. Resta solo da vedere, ora, la reazione della Corte di Strasburgo, che non sembra volere lasciar correre, dato che lo scorso ottobre si è subito avviata a decidere nel merito il ricorso di Vincenzo Inzerillo, uno dei numerosi "fratelli minori" di Contrada.

4.2. Giudici, diritto Ue, Corte costituzionale e Corte di giustizia

Pur nel permanere di alcune incertezze nelle stesse indicazioni rivolte ai giudici comuni[20], come si è detto, la linea chiaramente seguita dalla Corte costituzionale in questi ultimi tre anni in tutti i casi nei quali il nostro ordinamento legislativo sembra entrare in frizione con diritti contemporaneamente garantiti dall'Unione europea e dalla Costituzione italiana è quella di persuadere i giudici – e non già obbligarli, data anche l'assenza di strumenti coercitivi – a chiedere senza ritardo, in prima battuta, il suo intervento.

Corte si dedica, con costanza e determinazione, a convincere i giudici che l'attivazione dell'incidente di costituzionalità è la strada migliore, «la via preferibile»[21], per garantire una tutela effettiva dei diritti dei consociati, se non altro perché soltanto la Corte costituzionale – e non il singolo giudice comune, che si pronuncia solo per il suo caso, né la Corte di giustizia, che non ha il potere di eliminare una legge nazionale – ha lo strumento per fare piazza pulita, una volta per tutte e con effetti generali, delle norme italiane lesive dei diritti fondamentali in gioco.

Come contropartita, la Corte costituzionale assicura ai giudici che nessun rilevante profilo di diritto dell'Unione sarà trascurato, e lo fa sia impegnandosi a prenderlo essa stessa in considerazione, eventualmente anche esercitando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia dicendo e ripetendo che i poteri dei giudici nei confronti del diritto dell'Unione – di disapplicazione e di rinvio pregiudiziale – restano intatti all'esito dell'incidente di costituzionalità.

Alcuni recenti vicende testimoniano da una parte che l'opera di persuasione dei giudici comuni sta dando i suoi frutti e, dall'altra parte, che l'impegno di attento ascolto del diritto europeo assunto nei loro confronti dalla Corte costituzionale viene rispettato.

Il caso più significativo sotto entrambi i profili è quello del cd. "*bonus* bebè", e cioè degli assegni di natalità e di maternità che la legge italiana assicura agli stranieri soltanto se titolari del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo[22]. A fronte della generalità dei giudici di merito che disapplicavano la legge italiana per contrasto con una direttiva europea ritenuta dotata di effetto diretto, e dell'Inps che – all'opposto – continuava ad applicare la legge limitando la platea degli stranieri destinatari degli

17. Par. 7.

18. Per un'analisi di questa categoria si veda per tutti, in dottrina, A. Cannone, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci, Bari, 2018, pp. 79 ss.

19. Questa la definizione fornita dalla stessa Cassazione, par. 4.2., della sentenza citata.

20. Da parte della dottrina non mancano proposte di precisazione dei criteri proposti dalla Corte costituzionale condotte alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Si veda, per tutti, F. Donati, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *federalismi*, n. 12/2020, pp. 104 ss, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42212.

21. Così F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 489.

22. Sulla vicenda, non a caso, si sofferma anche C. Padula, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in questo fascicolo, pubblicato in anteprima in questa *Rivista online*, 23 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/le-spinte-centripete-nel-giudizio-incidentale-di-costituzionalita.

assegni, la Corte di cassazione sceglie di seguire le indicazioni della sentenza n. 269, e investe così la Corte costituzionale con ben dieci ordinanze di rimessione[23], denunciando il contrasto della legge tanto con i parametri costituzionali quanto con norme europee di analogo contenuto, tra cui l'art. 34 della Carta, relativo alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale.

La vicenda del *bonus* bebè, che è ancora in corso, innanzitutto evidenzia che l'incidente di costituzionalità presenta un ulteriore, straordinario, vantaggio in termini di tutela dei diritti fondamentali, che manca invece al meccanismo della disapplicazione o non applicazione della legge: quello di riuscire *a incidere in modo vincolante sul comportamento della pubblica amministrazione* – nel caso di specie, l'Inps – notoriamente refrattaria all'applicazione diretta delle norme dell'Unione europea, appiattita sul dettato legislativo e incapace di discostarsene in mancanza di una declaratoria di illegittimità costituzionale[24].

Sotto questo profilo, si può notare che le intuizioni della Corte costituzionale riescono a produrre frutti e a innestare circoli virtuosi perché trovano terreno fertile presso la Cassazione. Non sembra un caso. Le supreme magistrature si fanno carico delle ricadute ordinamentali delle loro decisioni e condividono con il giudice costituzionale preoccupazioni di sistema che trascendono, pur includendolo, il singolo caso concreto[25].

In secondo luogo, la vicenda del *bonus* bebè, che oggi è ferma in attesa della decisione della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale fatto dalla Corte costituzionale per chiarire il significato e l'ambito di applicazione dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali[26], dimostra che la Corte, quando intende utilizzare la Carta come parametro interposto nei suoi giudizi, non esita a interpellare la Corte di giustizia, mantenendo così la promessa fatta ai "suoi" giudici.

23. Si tratta di ordinanze adottate dalla Corte di cassazione tutte il 17 giugno 2019, e iscritte ai nn. 175, 177-182 e 188-190 del registro ordinanze 2019.

24. Sul "valore aggiunto" dell'effetto *erga omnes* proprio dell'incidente di costituzionalità, in quanto capace di vincolare anche la pubblica amministrazione, diversamente dal meccanismo della disapplicazione, o non applicazione, della legge, si vedano M. Cartabia ed E. Lamarque, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, pp. 807 ss.

25. Sotto altri profili, differenti da quelli trattati nel presente contributo, tuttavia, non si possono ignorare gli attuali segnali di divisione tra Corte di cassazione e Corte costituzionale emersi proprio al cospetto del giudice europeo con il rinvio pregiudiziale sull'ampiezza dei motivi di impugnazione delle pronunce del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, nel quale le sezioni unite della Cassazione hanno messo in discussione davanti alla Corte di giustizia la lettura dell'art. 111 Cost. accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018 (Cass., sez. unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598, su cui G. Costantino - A. Carratta - G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2002, n. 19598*, in questa *Rivista online*, 19 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/limiti-esterni-e-giurisdizione-il-contrasto-fra-sezioni-unite-e-corte-costituzionale-arriva-alla-corte-ue-note-a-prima-lettura-di-cass-ss-uu-18-settembre-2020-n-19598). Mi auguro, tuttavia, che si tratti di un episodio isolato, dovuto soltanto alle particolari, delicate, dinamiche sottese al controllo esercitato dalla Suprema corte ordinaria sull'operato delle supreme corti amministrative per i profili relativi alla giurisdizione. Fa ben sperare, in questo senso, la successiva Cass., sez. unite, ord. 30 ottobre 2020, n. 24107, che evita di porsi in posizione conflittuale con la Corte costituzionale.

26. Corte cost., ord. n. 182/2020.

Il giudice comune, servitore di più padroni

di *Andrea Natale*

Nell'opera di inveramento delle promesse costituzionali – che trova la sua prima sede nella giurisdizione comune – il giudice deve saper dare voce alla Costituzione nell'esegesi della legge (e con gli strumenti e i limiti ermeneutici a lui assegnati dall'ordinamento); ma – prima ancora – deve avere la capacità di "vedere" il caso, percepirne il valore, leggere l'evoluzione di senso che la lettera della legge e della stessa Costituzione assume in conseguenza delle trasformazioni che si producono nella società e nell'ordinamento. A tale opera il giudice comune è sempre più sollecitato, oltre che dalla realtà, da alcuni significativi movimenti che si registrano nella giurisprudenza costituzionale.

1. La scomoda posizione del giudice *a quo*... tra *lex* e *iura*, ma servo di più padroni / 2. L'interpretazione conforme: le spinte centrifughe / 3. L'interpretazione conforme: la "lettera della legge" / 4. L'interpretazione conforme e la giurisprudenza del giudice comune / 5. La Consulta, la discrezionalità del legislatore e le rime costituzionalmente obbligate / 6. Nuovamente, il giudice comune

1. La scomoda posizione del giudice *a quo*... tra *lex* e *iura*, ma servo di più padroni

Ci è stato insegnato che il nostro sistema di giustizia costituzionale può dirsi «eclettico», caratterizzandosi – quanto al giudizio incidentale – per alcuni tratti salienti: sindacato accentrato; accesso (e, sebbene indirettamente, sindacato) diffuso; effetti *erga-omnes* delle decisioni della Consulta: «come fu detto con felice immagine da Calamandrei, il giudizio comune è "l'anticamera" della Corte e il giudice, davanti al quale esso pende, è il soggetto cui spetta di aprire o no il "portone" che dà accesso alla Corte costituzionale»[1].

Abbiamo anche imparato che il giudice comune si viene così a collocare in una «*posizione di intermediarietà* tra la sfera politica e quella dei diritti individuali (...). Il giudizio è così il luogo di incontro dello Stato-autorità e dello Stato-comunità, presso un soggetto, il giudice, che è imparzialmente collocato tra l'uno e l'altro, non essendo agente esclusivo né nell'interesse della *lex* [il diritto dal punto di vista del "politico"], né nell'interesse degli *iura* [i diritti dal punto di vista dei singoli]»[2].

Il legittimo orgoglio che investe il piccolo giudice comune si fa manifesto.

Tuttavia, come avviene per ogni entusiasmo, occorre fare i conti con la realtà. La posizione del giudice comune – nel sistema di giustizia costituzionale – è tutt'altro che comoda e prestigiosa, dovendo il piccolo giudice comune – per fare bene il suo lavoro – essere necessariamente servitore di più padroni.

1. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, tomo 2 (*L'ordinamento costituzionale italiano – la Corte costituzionale*), Cedam, Padova, 1984 (V ed.), p. 263.

2. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 269.

Contiamoli, i padroni cui il piccolo giudice *a quo* deve prestare ossequio, prima di assumere il ruolo di "portiere" di Palazzo della Consulta: il *diritto scritto*, anzitutto: la Costituzione e le leggi, ovviamente; ma anche le norme Ue, le norme di diritto internazionale, pattizio e non; il *diritto interpretato*: la Corte costituzionale; la Corte di cassazione; ma anche: la Corte di giustizia, la Corte Edu e – perché no? – la dottrina e la comunità degli interpreti.

Ma non basta. Il piccolo giudice *a quo* deve anche conoscere cosa si dicano tra loro i vari padroni cui deve prestare ossequio... Deve, in altri termini, conoscere il *dialogo tra le Carte* e *il dialogo tra le Corti*.

E non basta ancora, ovviamente. Il giudice *a quo* deve perfino prefigurarsi quale potrà essere la valutazione della Consulta sull'uso che il legislatore ha fatto della sua discrezionalità (contenendo l'impulso a sollevare questioni di legittimità costituzionale laddove emerga che il legislatore abbia fatto ragionevole uso della discrezionalità) o, anche, ricordarsi che – allorquando egli intraveda lacune o incongruenze nel sistema – potrà richiedere l'intervento della Corte costituzionale laddove la risposta che questa potrà dare sia "a rime costituzionalmente obbligate".

Un compito titanico che può scoraggiare chiunque.

Come, in effetti, è puntualmente avvenuto. Nel corso degli anni, il portone di accesso a Palazzo della Consulta si è fatto via via sempre più stretto.

Basta esaminare qualche dato statistico per rendersene conto. Nei primi anni novanta del secolo scorso, la parte preponderante del lavoro della Consulta era rappresentata dall'esame di questioni di legittimità costituzionale promosse in via incidentale (512 decisioni nel 1990, pari all'85,90% delle decisioni della Corte; 451 decisioni nel 1991, pari all'86,39% delle decisioni della Corte; 422 decisioni nel 1992, pari all'84,90% delle decisioni della Corte)[3]. Vent'anni dopo, la fotografia è ben diversa: nel 2010, i giudizi di legittimità promossi in via incidentale sono 211, pari al 56,12% delle decisioni[4]; nel 2011, i giudizi di legittimità promossi in via incidentale sono 196, pari al 57,31% delle decisioni[5]; nel 2012, i giudizi di legittimità promossi in via incidentale sono 141, pari al 44,62% delle decisioni[6]. Venendo ai giorni nostri, nel 2019, i giudizi di legittimità promossi in via incidentale sono 171, pari al 58,76% delle decisioni[7].

Ma non è solo la contrazione numerica dei giudizi di costituzionalità attivati in via incidentale a meritare attenzione. È anche l'esito di quei giudizi. Nel corso degli anni, le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici comuni (piccoli o grandi che fossero) sono state sempre più spesso bollate dalla Consulta con il marchio dell'inammissibilità (per una varietà di ragioni che non è possibile qui restituire in modo articolato)[8]: nel 2010, su 211 giudizi promossi in via incidentale, ben 113 sono stati decisi con ordinanza di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza[9]; nel 2011, su 196 giudizi promossi in via incidentale, ben 129 sono stati decisi con ordinanza di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza[10]; nel 2012, su 141 giudizi promossi in via incidentale, ben 85 sono stati decisi con ordinanza di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza[11].

Simili esiti non incoraggiano certo i tentativi di aprire il portone di Palazzo della Consulta... Vi è chi non ha esitato a parlare – non senza preoccupazione – di *declino* del giudizio in via incidentale, manifestando il timore per una «complessiva perdita di effettività del controllo di costituzionalità»[12].

---

3. Riprendo questi dati da R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 358.

4. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Prospetti_statistici_2010.pdf.

5. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/GraficiRelazione2012.pdf.

6. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/stat2012.pdf.

7. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Cartabia2020/Dati_quantitativi_e_di_analisi_2019.pdf.

8. Tra le varie cause di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale si possono citare – senza pretese di esaustività – l'insufficiente descrizione della fattispecie *a quo*; difetto di motivazione sulla rilevanza o non manifesta infondatezza della questione; incompleta descrizione del quadro normativo di riferimento; l'omesso esperimento di un'interpretazione conforme; il tentativo di ottenere dalla Consulta avallo interpretativo in presenza di un contrasto giurisprudenziale emerso nella giurisdizione comune; la richiesta di interventi manipolativi a contenuto non costituzionalmente obbligato; il difetto di soluzioni costituzionalmente obbligate in materie riservate alla discrezionalità del legislatore.

9. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Prospetti_statistici_2010.pdf.

10. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/GraficiRelazione2012.pdf.

11. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Cartabia2020/Dati_quantitativi_e_di_analisi_2019.pdf.

12. Così, di recente, V. Manes, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del volto costituzionale dell'illecito penale*, in V. Manes e V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 1 ss.

La perdita di centralità del giudizio di costituzionalità in via incidentale (le "spinte centrifughe", per usare l'immagine utilizzata in altri contributi di questo fascicolo) si può spiegare ricorrendo a una pluralità di chiavi di lettura, che qui non è possibile riproporre, se non schematicamente: l'impatto delle fonti sovranazionali e il dovere di disapplicazione delle fonti interne contrastanti con le norme del diritto dell'Unione europea dotate di effetto diretto; la spinta – promossa con decisione dalla Corte soprattutto a partire dalla metà degli anni novanta – a esperire un'interpretazione adeguatrice della norma sospetta di illegittimità costituzionale, prima di promuovere l'incidente di legittimità costituzionale (a pena di inammissibilità delle questioni); la tendenza della Consulta a usare un marcato *self-restraint* in presenza di una sfera di discrezionalità politica del legislatore o, soprattutto, allorché – pur accertati profili di frizione tra la legge e il dettato costituzionale – non si presentino soluzioni manipolative della fonte primaria «*a rime costituzionalmente obbligate*»[13].

Tuttavia, negli ultimi anni, sempre più chiaramente emergono nella giurisprudenza costituzionale elementi suggestivi del tentativo di riportare il giudizio in via incidentale al centro del sistema. In questo fascicolo, altri contributi si occupano del tema delle relazioni tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento dell'Unione europea[14] e il sistema della Cedu[15]. Qui si cercherà di comprendere come il giudice comune possa tornare a esercitare con la necessaria efficacia il ruolo di *portiere* di Palazzo della Consulta ragionando a partire da una prospettiva *domestica*.

2. L'interpretazione conforme: le spinte centrifughe

«In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». In questo efficace *calembour* – riecheggiante la costruzione teorica che distingue tra *disposizione* e *norma* e che si legge nella sentenza n. 356 del 1996 (*considerato in diritto* n. 4) – molti individuano un punto di svolta della giurisprudenza costituzionale.

In realtà, il fatto che il giudice – in caso di una pluralità di interpretazioni praticabili – potesse privilegiare quella conforme a Costituzione (scartando quelle non conformi a Costituzione) costituiva una possibilità già pacificamente conosciuta nel sistema di giustizia costituzionale; tuttavia, la cd. *interpretazione conforme* nella prospettiva tradizionale non rappresentava un obbligo per il giudice comune, in conseguenza del timore che – imponendo al giudice comune un simile dovere di interpretazione adeguatrice – si finisse con il violare la sfera di competenza della Corte costituzionale, la sola a poter giudicare se si dovesse dichiarare l'illegittimità costituzionale di una certa norma o promuovere un'interpretazione adeguatrice dell'enunciato normativo[16].

Con la giurisprudenza degli anni novanta – di cui la sentenza n. 356 del 1996 è forse la più icastica rappresentazione (non a caso rievocata in molte decisioni successive) – la Consulta muta però indirizzo e impone al giudice comune il dovere di valutare – prima di rimettere la questione alla Corte – se non sia possibile interpretare l'enunciato di legge in modo conforme al dettato costituzionale (a pena di inammissibilità delle questioni promosse). Tale svolta della giurisprudenza costituzionale ha, forse, una pluralità di spiegazioni e alcune, non marginali, conseguenze.

Le possibili spiegazioni, anzitutto. Può aver giocato un ruolo non secondario la necessità della Consulta di contenere il proprio arretrato, sebbene, sul punto, le opinioni non siano unanimi[17]; o, anche, la volontà di coinvolgere i giudici comuni nell'opera di

13. Si tratta di temi attraversati con estrema ampiezza, acume di analisi e ricco corredo bibliografico da V. Manes, *L'evoluzione del rapporto*, *op. ult. cit.*, pp. 3-48.

14. Si rimanda a C. Padula, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in questo fascicolo (pubblicato in anteprima in questa *Rivista online*, 23 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/le-spinte-centripete-nel-giudizio-incidentale-di-costituzionalita).

15. Si rimanda a E. Lamarque, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in questo fascicolo (pubblicato in anteprima in questa *Rivista online*, 1° dicembre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/i-poteri-del-giudice-comune-nel-rapporto-con-la-corte-costituzionale-e-le-corti-europee).

16. M. Boni (a cura di), *Le pronunce di inammissibilità della Corte*, febbraio 2016, pp. 58 ss. (in particolare nota 262), www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do.

17. Ancora M. Boni (a cura di), *op. ult. cit.*, pp. 59 ss.: «il cambio di indirizzo è avvenuto a partire dalla seconda metà degli anni '90 del secolo scorso, in una fase, cioè, in cui l'attività della Corte, smaltito l'arretrato causato dal processo Lockheed, era tornata alla normalità. Questo dato lascia supporre che la formula dell'inammissibilità (eventualmente manifesta) per mancata interpretazione è una scelta che non si giustifica per esigenze contingenti, ossia non viene confermata la tesi secondo cui alla base della diffusione della formula decisoria che rimanda al giudice il compito di espletare esso stesso l'interpretazione conforme vi sarebbe una motivazione meramente deflattiva».

attuazione dei principi costituzionali[18], promuovendo e accentuando la *penetrazione* del dettato costituzionale in tutto l'ordinamento, anche nella prospettiva di assicurare una più rapida entrata in campo degli strumenti di tutela costituzionale dei diritti[19]; o, ancora, la tendenza, propria di ogni ordinamento, a valorizzare il *principio di conservazione degli atti giuridici*[20]; o, anche – in una prospettiva non priva di pragmatismo – l'efficienza dimostrata dall'interpretazione conforme a governare le interazioni tra fonti e ordinamenti «non coincidenti per origine e legittimazione»[21]; o, ancora – in una prospettiva quasi di sociologia delle istituzioni – la necessità di non coinvolgere la Corte in controversie con il legislatore, espressione di un potere politico fortemente polarizzatosi con il passaggio a un sistema elettorale di tipo maggioritario[22].

Le non marginali conseguenze. La prima conseguenza è già stata messa in luce: la reiterata declaratoria di inammissibilità delle questioni per mancato esperimento dell'interpretazione conforme comporta una drastica riduzione delle occasioni in cui la Consulta "accetta" di esprimere un giudizio di merito sulla legittimità costituzionale degli enunciati legislativi (eventualmente anche con sentenze interpretative). Il che finisce – secondo molti autori – con il diluire il tratto "accentrato" del sindacato di legittimità costituzionale: «più si estende oltre i confini suoi propri l'interpretazione conforme da parte del giudice comune, più aumenta il rischio ch'egli faccia – diciamo così – giustizia sostanziale, omettendo il necessario passaggio del giudizio incidentale e – come accennato – finendo per trasformare in sindacato diffuso un sindacato di costituzionalità che era stato concepito sin dall'inizio come accentrato»[23].

Non solo. Anche sotto il profilo dell'obiettivo di realizzare una più marcata diffusività del dettato costituzionale in tutto l'ordinamento, si registrano non marginali conseguenze: le decisioni dei giudici comuni che pratichino l'interpretazione conforme – così rendendo superfluo il ricorso all'incidente di legittimità costituzionale – hanno effetti solo *inter partes* (e non è detto che altri giudici comuni pratichino la medesima interpretazione adeguatrice, soprattutto se essa è non confortata dalla giurisprudenza maggioritaria o, addirittura, con questa contrasti); viceversa, le decisioni della Consulta hanno una capacità di impatto sull'ordinamento significativamente maggiore: ove queste siano sentenze di accoglimento hanno effetti *erga omnes* (anche ove siano sentenze interpretative di accoglimento); ove siano sentenze interpretative di rigetto, esse – in linea di prassi – trovano larghissimo seguito nella giurisprudenza successivamente affermatasi tra i giudici comuni (largamente superiore, peraltro, a quello che si registra per le ordinanze di inammissibilità o manifesta infondatezza)[24]. D'altra parte – si osserva non

18. Parla di «giudici comuni *protagonizzati* dalla Corte» V. Manes, *L'evoluzione del rapporto*, *op. cit.*, p. 33.

19. Osserva M. Bignami, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in questa *Rivista online*, 21 dicembre 2017, p. 11, www.questionegiustizia.it/data/doc/1506/profili_ammissibilita_questioni_incidentali_costituzionalita.pdf, che «questa giurisprudenza costituzionale si colloca al punto di arrivo di un processo storico che ha origini lontane: alle sue spalle vi sono, tra le altre cose, il superamento dell'idea che il testo costituzionale abbia un'impronta programmatica esclusivamente rivolta al legislatore; la teorica della *Drittwirkung*; gli studi sulla attuazione della Costituzione per via giudiziaria; l'inclusione, pur ancora discussa, della Costituzione nella nozione di legge cui il giudice è soggetto ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost.; la acquisita consapevolezza del carattere unitario dell'attività interpretativa, con il rifiuto a scindere quest'ultima nelle sfere separate della lettura della legge da un lato, e di quella della Costituzione dall'altro; la nozione di comunità aperta degli interpreti; l'inflazione stessa del processo costituzionale, annegato da questioni di costituzionalità di spessore ridotto, e agevolmente risolvibili con l'interpretazione. Vi è che alla metà degli anni '90 queste idee sono patrimonio comune degli studiosi, ma stentano a penetrare nelle aule di giustizia, ove è ancora fortemente avvertito il vincolo che lega il giudice alla legge ordinaria, sia nel senso che essa resiste alla penetrazione della Costituzione fino a quando non sia la Corte a dichiararne l'illegittimità, sia nel senso che, in assenza della legge, nessun vuoto può essere colmato attraverso la diretta applicazione delle disposizioni costituzionali, fino a quando, ancora una volta, non sia la Corte a provvedere mediante una pronuncia additiva. Vi erano quindi tutte le condizioni perché la Corte imprimesse, mediante le inammissibilità per mancato esperimento dell'interpretazione costituzionalmente orientata, una svolta nella direzione di una più accentuata diffusività della Costituzione».

20. M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 447 ss.

21. *Ivi*, pp. 450 ss.

22. «Come se la Corte preferisse delegare ai giudici il compito di intervenire sull'operato del legislatore, allo scopo di ricondurlo al dettato costituzionale, in modo da non esporsi in prima persona nei confronti di un potere politico che, dopo l'avvento del sistema maggioritario e con il suo consolidamento nei primi anni del nuovo millennio, è diventato più forte che in passato»; così – in un contributo in cui si considerano anche le *altre* ragioni di successo dell'interpretazione conforme – E. Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Astrid online*, 20 novembre 2009, www.astrid-online.it/static/upload/protected/Lama/Lamarque_20-novembre-2009-def.pdf.

23. Così (e per ulteriori riferimenti bibliografici), M. Luciani, *Interpretazione conforme*, *op. cit.*, p. 472.

24. Vds., a titolo esemplificativo, lo studio di E. Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, pp. 699-767, reperibile sul sito della Corte, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20200_Relazione_illustrativa.pdf. Nella ricerca, si osserva che

senza polemica – «sotto il profilo dell'opportunità politica, è anche lecito ritenere che l'interpretazione adeguatrice (specie se compiuta dai giudici comuni, ma anche se compiuta dalla Corte costituzionale con decisioni "interpretative di rigetto") non solo sia non doverosa, ma sia anche dannosa per chi abbia a cuore la legalità costituzionale. Tale tecnica interpretativa, infatti, non sortisce altro esito se non quello di conservare in vita *disposizioni* legali che *possono* esprimere *norme incostituzionali*, e la cui interpretazione conforme a Costituzione da parte della generalità dei giudici (...) non può dirsi certo assicurata»[25].

Non ultima – tra le conseguenze della "spinta" impressa alla teoria del previo esperimento di un'interpretazione conforme come condizione di accesso al giudizio di costituzionalità[26] – si registra la tendenza tra i giudici ad avvertire «in misura indubbiamente meno cogente il vincolo con la legge, e con la lettera della legge, manifestando preoccupanti tendenze a discostarsene, tramite interpretazioni "libere", nella ricerca di un obiettivo assiologicamente percepito come superiore»[27]; su tale atteggiamento dei giudici comuni – secondo alcuni – ha probabilmente giocato un ruolo anche la progressiva spinta della Corte di giustizia a promuovere l'interpretazione conforme come strumento di armonizzazione della normativa nazionale al diritto Ue: «ad ampliarsi, infatti, sono stati più in generale i 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 (...). 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. Dico di più: negare questo – come avviene da parte dei difensori a oltranza della cd. interpretazione letterale – sarebbe antistorico. È come se ormai si fosse affermato un nuovo modo di sentirsi "soggetti soltanto alla legge" (art. 101 Cost.): nei confini dell'orizzonte di senso dell'enunciato, i giudici possono (o meglio devono) trovare un significato meno prossimo alla "lettera" della legge ove questo assicuri maggiore conformità alla "lettera" e allo "spirito" della Costituzione»[28].

3. L'interpretazione conforme: la "lettera della legge"

A questo punto, si tratterebbe dunque di provare a delineare i confini di cosa sia l'interpretazione conforme (o adeguatrice), onde marcare il limite oltre il quale il giudice comune non può spingersi senza stravolgere il sistema di sindacato accentrato di legittimità costituzionale e senza stravolgere, in ultima analisi, il senso stesso della sua funzione di giudice soggetto alla legge. È, evidentemente, un compito improbo, largamente superiore alle competenze di chi – come me – è un "piccolo giudice comune". Mi limito, dunque, a pochi cenni essenziali.

Come detto, l'interpretazione conforme (o costituzionalmente orientata, o adeguatrice)[29] è una tecnica interpretativa volta a prevenire le antinomie e/o le incongruenze assiologiche tra norme espresse da testi normativi diversi[30] e, conseguentemente, tesa ad armonizzare le norme ricavabili da fonti normative (condizionate) con le norme ricavabili da un'altra fonte che – per ragioni non sempre limitabili al solo rapporto gerarchico tra fonti – si pone rispetto alle prime in un rapporto «condizionante»[31].

«suddividendo queste decisioni costituzionali [quelle interpretative – *ndR*] secondo un criterio formale, ci si accorge tuttavia che: le sentenze interpretative "nei sensi" che hanno avuto un seguito *pacificamente conforme* sono circa il 90%; le sentenze di rigetto o di inammissibilità prive della formula "nei sensi" che hanno avuto un seguito pacificamente conforme sono circa l'80%; le ordinanze di manifesta infondatezza o inammissibilità interpretative che hanno avuto un seguito pacificamente conforme sono circa il 65%» (p. 22).

25. Così R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 303 (nota 92).

26. "Condizione di accesso" da intendersi qui in mero senso descrittivo, considerato che – sul punto – si sono stratificate una pluralità di posizioni dottrinarie che qui non è utile riprendere.

27. M. Bignami, *Il doppio volto dell'interpretazione adeguatrice*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008, p. 1, www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/corte_costituzionale/0001_bignami.pdf.
Parla di un «lato oscuro dell'interpretazione conforme» V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. Manes e V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, *op. cit.*, pp. 103 ss.

28. Così M. Ruotolo, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in questa *Rivista online*, 22 ottobre 2018, par. 1, www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-giudice-deve-fare-da-se-_22-10-2018.php.

29. Termini spesso usati come sinonimi nella prassi giudiziaria, che tuttavia non sono, secondo attenta dottrina, privi di sfumature concettuali; per una rassegna, *cfr*. V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, *op. cit.*, pp. 50-51 (part. nota 5).

30. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.*, p. 301.

31. Mutuo l'indicazione terminologica di M. Luciani, *Interpretazione conforme*, *op. cit.*, p. 445.

E, dunque (e banalmente): data la possibilità che un certo enunciato normativo (D) esprima diversi significati (N1, N2, etc.) – e data la possibilità che il significato N2 risulti incompatibile con la Costituzione – «si fa interpretazione adeguatrice scartando la seconda interpretazione (N2) e scegliendo la prima (N1)»[32].

Sennonché da più parti si è paventato il rischio che l'abuso della tecnica dell'interpretazione conforme finisca con il far sentire l'interprete autorizzato a far dire al testo normativo ciò che esso in realtà non esprime, con conseguente disapplicazione della legge da parte del giudice e violazione – in nome dell'interpretazione costituzionalmente orientata – del principio di soggezione del giudice alla legge, che pure trova presidio costituzionale nell'art. 101 Cost.

E non sono invero mancate nella prassi le conferme giurisprudenziali alla non totale infondatezza di tali timori. Si allude, per esempio, a una decisione della Corte di cassazione – chiamata a giudicare sulla presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione al delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* cp) – ove si ritenne di poter superare la presunzione di adeguatezza introdotta dall'art. 275, comma 3, cpp, univocamente scolpita dal dettato legislativo, richiamando (e facendo diretta applicazione de-) i principi stabiliti nella sentenza della Corte costituzionale n. 265 del 2010 (che aveva rimosso la presunzione di adeguatezza con riferimento alle fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 609-*bis* e 609-*quater* cp)[33]. Nella motivazione di quella decisione, la Corte di cassazione riconosce che «il giudice delle leggi non è stato interessato specificamente dell'esame del regime cautelare concernente l'art. 609 *octies* c.p.»; nondimeno – prosegue la Corte di cassazione – «non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2010 appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierni ricorrenti»; e, dopo aver ripercorso gli approdi raggiunti dalla Consulta nella sentenza n. 265 del 2010, la Corte di cassazione «ritiene evidente che si è in presenza di principi *in toto* applicabili anche alle ipotesi di reato ex art. 609 *octies*, che presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale ha individuato per i reati sessuali sottoposti a suo giudizio in relazione alla disciplina ex art. 275, comma 3, c.p.p.»; ne discende – conclude la Corte di cassazione – «che nel caso in esame l'unica interpretazione compatibile con i principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 citata è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia in carcere anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto dall'art. 609 *octies* c.p.». Ma – così facendo, a ben vedere – la Corte di cassazione non ha proposto un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 275, comma 3, cpp, ma ha manipolato direttamente il testo della norma processuale, ritenendo che una presunzione – che il legislatore aveva univocamente descritto come assoluta – dovesse leggersi come relativa[34]. E non a caso, poco dopo, la Consulta – investita da un giudice di merito – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, cpp con una sentenza manipolativa (consentita alla Corte, ma non al giudice comune). In motivazione, la Consulta rilevò: «deve rilevarsi la correttezza della tesi del rimettente che esclude la praticabilità, nel caso in esame, di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma sospettata di illegittimità costituzionale. Infatti, questa Corte ha più volte affermato che "l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale" (sentenza n. 78 del 2012) e, a proposito della presunzione assoluta dettata dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., ha già ritenuto che le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, relative esclusivamente ai reati oggetto delle varie pronunce, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate (sentenza n. 110 del 2012)»[35].

O, ancora, si allude ad alcune decisioni in materia di procreazione medicalmente assistita (disciplina poi colpita da numerose pronunce di incostituzionalità); in una di tali vicende, il Tribunale di Salerno – con ordinanza del 9 gennaio 2010 – aveva proposto

32. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.*, p. 302.

33. Cass, sez. III, 20 gennaio 2012, n. 4377 (dep. 1° febbraio 2012), *L*** e altro*, Rv. 25179301: «la presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, prevista dall'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen. anche per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies cod. pen.), dev'essere interpretata alla luce della sentenza della Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265 che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma processuale, sicché il giudice ha l'obbligo di valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine a tale delitto, se siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

34. Così, tra gli altri, M. Ruotolo, *Quando il giudice*, *op. cit.*, par. 3.4.d.; decisamente meno critico sulla decisione della Corte di cassazione menzionata nel testo, F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, pp. 12 ss., www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Modugno.pdf.

35. Corte costituzionale, sentenza n. 232 del 2013, *considerato in diritto* n. 3.

un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40/2004 (che limitava il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie infertili o sterili); il caso in esame era relativo a una coppia non infertile, ma ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche, che intendeva ricorrere alla fecondazione artificiale e alla diagnosi preimpianto degli embrioni creati *in vitro* proprio al fine di impiantare nell'utero materno solo quelli sani; il Tribunale di Salerno "superò" il divieto stabilito dal legislatore, affermando che «il diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili». Sennonché, in tal modo, il Tribunale di Salerno – fondando la decisione su una pretesa interpretazione costituzionalmente orientata, tesa a rimuovere una ritenuta discriminazione – aveva di fatto disapplicato il divieto normativo[36]. Non a caso – in una successiva occasione – altre autorità giudiziarie (nel contesto di un procedimento cautelare) promossero una questione di legittimità costituzionale (parzialmente accolta dalla Consulta) che, con riferimento al punto che qui interessa, osservò: «correttamente lo stesso Tribunale ha anche escluso la praticabilità di una esegesi correttiva delle disposizioni censurate, in senso estensivo dell'accesso alle tecniche di PMA, anche in favore delle coppie ricorrenti, atteso l'univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione per cui il ricorso a dette tecniche "è comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilita"»[37].

O, anche, vi è chi ha ritenuto che – con riferimento al reato previsto dall'art. 75, comma 2, d.lgs n. 159/2011, in materia di inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno – le sezioni unite (nella cd. sentenza *Paternò*) abbiano espunto dal testo, per via interpretativa, enunciati (la sanzione penale prevista per la violazione del divieto di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi") che, però, nel testo di legge erano presenti, così di fatto disapplicandoli; ciò in nome dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata[38].

E, forse, altri esempi ancora potrebbero seguire[39].

Tuttavia, occorre dire con chiarezza che – se pure si sono registrati nella prassi giurisprudenziale eccessi e scostamenti dal perimetro della corretta attività interpretativa – la tecnica dell'interpretazione conforme, per come "promossa" dalla Corte costituzionale, non offre avallo a deviazioni dagli ordinari criteri ermeneutici.

Ora: è vero che in una celebre decisione (quella sul conflitto tra Presidente della Repubblica e Procura della Repubblica di Palermo) la Corte costituzionale ha qualificato «l'interpretazione meramente letterale» come «metodo primitivo, sempre»[40], suscitando anche le critiche di attenta dottrina, che ritenne "azzardata" e "infelice" tale indicazione[41]; ma è altrettanto vero che l'esame della giurisprudenza costituzionale permette di apprezzare che il dato letterale sia tutt'altro che trascurato dalla Consulta.

Anzitutto – come del resto osservato dalla stessa dottrina che criticò la decisione appena evocata – «tutti i metodi, da soli, sono "primitivi"»[42]; del resto l'uso dell'avverbio «meramente» dovrebbe indurre a

36. La decisione è annotata criticamente da C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2010, www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/Costituzionalismo_335.pdf

37. Corte cost., sent. n. 96 del 2015, *considerato in diritto* n. 8.

38. Il riferimento è a Cass. pen., sez. unite, 27 aprile 2017, n. 40076 (dep. 05 settembre 2017), *Paternò*, Rv. 27049601, annotata da I. Pelizzone, *L'impatto della sentenza "De Tommaso" secondo le Sezioni Unite: la disapplicazione della legge interna come soluzione alla carenza di prevedibilità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2017, pp. 906 ss. Sulla fattispecie in esame – in un contesto processuale però non del tutto assimilabile a quello oggetto della decisione delle sezioni unite – è poi intervenuta la Consulta con la sentenza n. 25 del 2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, d.lgs n. 159/2011 «nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi"».

39. Per alcuni casi, in cui la stessa Corte costituzionale avrebbe – richiamando proprie precedenti decisioni – sollecitato i giudici comuni a valorizzare principi già affermati e, dunque, a "fare da sé", sino a valicare il confine della lettera della legge, *cfr*. V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, *op. cit*., pp. 108 ss. (part. nota 261).

40. Corte cost., sent. n. 1 del 2013, *considerato in diritto* n. 10.

41. Il riferimento è a M. Luciani, *Interpretazione conforme*, *op. cit*., p. 434.

42. M. Luciani, *op. ult. cit*., p. 434 (nota 350): «Nella nota sentenza C. Cost. 15 gennaio 2013, n. 1: "Metodo primitivo sempre", scrisse allora, infelicemente la Corte. Per la verità, in quella sentenza si parlava del metodo "meramente letterale", sicché il riferimento non era all'interpretazione letterale in genere, ma a quella "solo" letterale (...). Tuttavia, poiché come poi si dice nel testo, tutti i metodi, da soli, sono "primitivi", la formula impiegata dalla Corte, in un momento spirituale di tendenziale svalutazione del testo qual è l'attuale, deve ritenersi assai inopportuna».

escludere che la Corte abbia affermato che la cd. interpretazione letterale sia «in ogni caso recessiva»[43]. D'altra parte , in numerose decisioni della Corte costituzionale si rinvengono chiari elementi di valorizzazione del significato letterale del testo: allorché ne sia palese il significato letterale, la lettera della legge «si oppone ad un'esegesi di tale disposizione condotta secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme: tale circostanza [la chiarezza del dato letterale – *ndR*] segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»[44]; «*l'univoco* tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»[45]. In termini estremamente chiari: «l'interpretazione adeguatrice, orientata a rendere conforme il dettato normativo a Costituzione, ha pur sempre un insuperabile limite nel dato letterale della disposizione»[46].

Il problema – però (e come è ovvio) – si dà in tutte quelle situazioni in cui il dettato normativo non risulta sufficientemente chiaro.

Non è qui possibile, evidentemente, soffermarsi su tutti i fattori di possibile equivocità di un testo normativo[47]. Né è possibile soffermarsi sulla problematica – pur assolutamente rilevante ai fini che qui interessano – connessa all'assenza di una gerarchia di criteri legali (e di argomenti) interpretativi utili a guidare l'attività ermeneutica. Cosa "vale di più"?: «il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» o «l'intenzione del legislatore»? L'art. 12, comma 1, disp. prel. cc non scioglie esplicitamente il dilemma[48]. E, quanto all'intenzione del legislatore, si intente alludere all'intenzione del legislatore storico o alla *ratio legis*? Anche qui, l'art. 12 disp. prel. cc non scioglie esplicitamente il nodo[49]. Anche con riferimento agli argomenti interpretativi, difetta una mappa che guidi l'interprete: esiste una gerarchia giuridica o logica tra i vari criteri di soluzione delle antinomie? Non sempre essa è chiara[50]; e, in presenza di lacune (vere o supposte che siano), come affrontare il "non detto" dal legislatore? Quando si deve ricorrere all'interpretazione analogica? E, a fronte del "non detto", si deve privilegiare l'argomento *a fortiori* o quello *a contrario*?[51].

4. L'interpretazione conforme e la giurisprudenza del giudice comune

E, dunque, in un contesto «statico» in cui la lettera della legge non sempre è chiara, non può che soccorrere il dato, inevitabilmente «dinamico», della *law in action*, ossia il chiarimento di senso degli enunciati normativi che può derivare dalla stratificazione delle decisioni degli interpreti: il cd. *formante giurisprudenziale* può offrire al giudice comune un parametro per saggiare la praticabilità di un tentativo di *interpretazione conforme*.

Evidentemente, non ogni interpretazione è idonea allo scopo: «"[l]'obbligo di addivenire ad un'*interpretazione conforme* alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e *si riveli del tutto eccentrica e bizzarra*, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca (...). L'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra (...), ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione", il dubbio di costituzionalità non potrà essere risolto in via ermeneutica»[52].

43. M. Ruotolo, *Quando il giudice*, *op. cit.*, par. 2.

44. Corte cost., sent. n. 219 del 2008, *considerato in diritto* n. 4.

45. Corte cost., sent. n. 26 del 2010, *considerato in diritto* n. 2; negli stessi termini, richiamando la sent. n. 26 del 2010, Corte cost., sentt. nn. 78/2012, 232/2013, 36/2016, 82/2017, 174/2019, 253/2020.

46. Corte cost., sent. n. 253 del 2020, *considerato in diritto* n. 6.

47. Ai fattori di *vaghezza* del linguaggio normativo sono dedicate intere biblioteche. Ci si limita qui a richiamare, per chiarezza espositiva e rigore analitico, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.*, pp. 39-70, e G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 101-152.

48. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.*, pp. 310 ss., part. p. 315.

49. *Ivi*, pp. 273 ss.

50. *Ivi*, pp. 113 ss.

51. *Ivi*, pp. 276 ss.

52. Corte cost., sent. n. 83 del 2017, *considerato in diritto* n. 2; negli stessi termini le sentenze nn. 36 e 203 del 2016.

Tuttavia, è indubbio che il giudice comune – nel tentativo di interrogare il testo della legge e di verificare se sia possibile praticare un'interpretazione conforme – deve necessariamente confrontarsi con la giurisprudenza, tanto più se essa risulta espressa in un orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità consolidatosi in un *diritto vivente*[53]: oggi la presenza di un "diritto vivente" solleva il giudice comune dall'onere di sperimentare interpretazioni adeguatrici del testo di legge *alternative* rispetto all'orientamento consolidato, facoltizzandolo a sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale di una certa disposizione, così come essa "vive" nell'ordinamento e nella pratica giurisprudenziale[54].

Si tratta di soluzione che – seppur descritta in termini di "consolidata giurisprudenza" – non è né ovvia, né scontata. Risale a pochi anni orsono la vicenda nota come la "seconda guerra tra le Corti"[55], in cui si registrò un'aspra dialettica tra Corte costituzionale e sezioni unite della Corte di cassazione; vicenda nella quale – in nome dell'interpretazione adeguatrice – la Corte costituzionale (dapprima con una sentenza interpretativa di rigetto[56], poi con una serie di ordinanze di inammissibilità, anche manifesta, per mancato esperimento dell'interpretazione conforme[57]) rifiutava di effettuare il richiesto intervento demolitorio, propugnando un'interpretazione conforme che si presentava – agli occhi della Consulta – come l'unica «in linea con i valori della Carta fondamentale». Sennonché la giurisprudenza di legittimità – consolidata e ribadita per ben tre volte a sezioni unite[58] – aveva reiteratamente ribadito di ritenere che l'interpretazione adeguatrice proposta dalla Consulta non fosse autorizzata dal dato testuale e sistematico scolpito nel codice e cristallizzatosi nel diritto vivente. La vicenda si chiude infine con la sentenza n. 299 del 2005, con cui la Corte costituzionale – prendendo atto del consolidamento di un diritto vivente («non vi è dubbio che l'indirizzo delle sezioni unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative») – ha infine adottato una sentenza interpretativa di accoglimento con cui ha espunto dall'ordinamento l'interpretazione dell'art. 304, comma 6, cpp – consolidatasi nel diritto vivente – ritenuta non conforme a Costituzione.

E, dunque, la Corte costituzionale ritiene, oramai, che «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice a quo, se pure è libero di non uniformarvisi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (*ex plurimis*, sentenze n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016; ordinanza n. 201 del 2015). Ciò, senza che gli si possa addebitare di non aver seguito altra interpretazione, più aderente ai parametri stessi, sussistendo tale onere solo in assenza di un contrario diritto vivente (tra le altre, sentenze n. 122 del 2017 e n. 11 del 2015): nell'ipotesi considerata, infatti, "la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o [della] Corte" (tra le altre, sentenza n. 191 del 2016; in senso analogo, ordinanza n. 207 del

53. Nell'impossibilità di indugiare sul tema, si rimanda, per una ricognizione della nozione di "diritto vivente" accolta dalla giurisprudenza costituzionale, allo studio – risalente al 2015, ma per molti versi tuttora attuale – di L. Salvato, *Profili del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale* (febbraio 2015), reperibile sul sito della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf. Al par. 3, si ripercorrono anche le decisioni costituzionali che, in qualche modo, consentono di "individuare" il perimetro della nozione di "diritto vivente": la Consulta ha ritenuto tale una giurisprudenza di legittimità (e non di merito) «costantemente orientata», «pacifica», «ferma», «consolidata», «concorde», «pressoché unanime», emergente «dall'univoco indirizzo interpretativo adottato in merito dalla Corte di cassazione»; si deve trattare, secondo alcune decisioni, di orientamento connotato «dai caratteri di costanza e ripetizione necessari per integrare [appunto] un diritto vivente»; è stata viceversa esclusa la presenza di un diritto vivente in presenza di un quadro giurisprudenziale non del tutto consolidato (per il numero limitato di precedenti) o in presenza di un contrasto interpretativo non ancora risolto dalle sezioni unite.

54. E, non a caso, V. Manes, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del volto costituzionale dell'illecito penale*, in V. Manes e V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, *op. cit.*, p. 33, definisce il "diritto vivente" come «giunto cardanico» che permette al sistema di sindacato di costituzionalità di funzionare con moduli decisionali «collaborativi» tra giudice comune e Giudice delle leggi, senza con ciò snaturare la fisionomia del sindacato di legittimità costituzionale.

55. Per la cui ricostruzione si rimanda a V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, *op. cit.*, pp. 92 ss.

56. Corte cost., sent. n. 292 del 2008.

57. Corte cost., ordd. nn. 429/1999, 529/2000, 335/2003, 59/2004.

58. Cass. pen., sez. unite, 19 gennaio 2000, n. 4 (dep. 29 febbraio 2000), *Musitano*, Rv. 21521401; Cass. pen., sez. unite, 10 luglio 2002, n. 28691 (dep. 25 luglio 2002), *D'Agostino*, Rv. 22200201; Cass. pen., sez. unite, 31 marzo 2004, n. 23016 (dep. 17 maggio 2004), *Pezzella*, Rv. 22752401.

2018)»[59]. Tale orientamento è stato ancora di recente confermato da Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 2020.

Si badi: tale approdo – nel valorizzare il diritto vivente – in alcun modo intende promuovere un assetto "verticistico" alla giurisdizione comune: «a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione (...) [e dunque] pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del "diritto vivente", il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi ad esso»[60]. Resta, dunque, ferma la "libertà interpretativa" di ciascun giudice della Repubblica di interpretare la legge anche in difformità dal cd. *diritto vivente*, essendo il giudice soggetto alla legge e non alla Corte di cassazione[61]. Sicché il piccolo giudice comune avrà sempre la possibilità di provare ad affermare "dal basso" interpretazioni costituzionalmente orientate non sintoniche al diritto vivente. Tuttavia, con la teoria del *diritto vivente* come limite alla necessità di esperire l'interpretazione conforme, si ottiene un duplice risultato: da un lato, il giudice comune non è "costretto" a commettere dei suicidi interpretativi (ossia, ad affermare interpretazioni adeguatrici difformi dal diritto vivente, con scarsa probabilità di seguito nei successivi sviluppi procedimentali); dall'altro lato, si assicura la possibilità di ottenere dalla Consulta uno scrutinio di merito sulla conformità o meno alla Carta costituzionale del diritto così come esso si è affermato e "vive" nelle aule di giustizia e, conseguentemente, nella società.

È evidente che una simile valorizzazione del *diritto vivente* ha un effetto di *contenimento delle spinte centrifughe* e, conseguentemente, di *accentramento* del sindacato di legittimità costituzionale.

E qui si deve registrare – negli anni più recenti – una svolta nella giurisprudenza costituzionale. Una volta chiarito che la soggezione del giudice alla legge non impone una fedeltà agli orientamenti dominanti nella giurisprudenza di legittimità, può darsi il caso che il piccolo giudice comune ritenga di "sposare" un'interpretazione degli enunciati normativi non necessariamente coerente con il diritto vivente (anche perché non è detto che un diritto vivente vi sia: può essere in atto un contrasto giurisprudenziale o, anche, può darsi il caso che un diritto vivente non abbia ancora fatto a tempo a cristallizzarsi); e, in un simile scenario, può anche darsi il caso che il giudice comune ritenga di non poter praticare – tra più interpretazioni possibili – un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'enunciato normativo e decida dunque di promuovere un incidente di legittimità costituzionale.

Il destino di una simile questione di legittimità costituzionale – negli anni novanta e nello scorso decennio – sarebbe stato segnato: questione inammissibile per mancato esperimento dell'interpretazione adeguatrice. Sennonché, nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, si registrano decisioni di segno diverso. Taluni individuano un punto di svolta nella decisione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 221 del 2015[62]. Con tale decisione, la Consulta ha disatteso un'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per il mancato esperimento, da parte del giudice *a quo*, del tentativo di interpretazione conforme alla Costituzione e ha, al riguardo, osservato che «la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione (...) viene consapevolmente esclusa dal rimettente, il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile»; il che – prosegue la Corte costituzionale – non pregiudica l'ammissibilità della questione; infatti, «la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità»[63].

Tale orientamento è stato poi ribadito da successivi arresti della giurisprudenza costituzionale[64]; tra

59. Così, tra i molti riferimenti possibili, Corte cost., sent. n. 141 del 2019, *considerato in diritto* n. 3.1.

60. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *considerato in diritto* n. 9.

61. Eccezion fatta per il caso di annullamento con rinvio che imponga al giudice del rinvio di uniformarsi a un certo principio di diritto.

62. M. Bignami, *Profili di ammissibilità*, *op. cit.*, p. 14 e M. Ruotolo, *Quando il giudice*, *op. cit.*, par. 3.2.*b.*, ove si segnalano anche decisioni premonitrici di tale mutamento di indirizzo.

63. Corte cost., sent. n. 221 del 2015, *considerato in diritto* n. 3.3.

64. M. Ruotolo, *Quando il giudice*, *op. cit.*, par. 3.2.*b.*, ove si segnala un filone di successive decisioni conformi: «È il preludio alle pronunce successive (sentt. n. 262 del 2015, 36, 45, 95, 111, 173, 204, 219 del 2016) che culminerà nell'affermazione contenuta nella sent. n. 42 del 2017, seguita, in senso conforme, dalle sentt. nn. 53, 69, 180, 194, 208, 213, 218, 254 del 2017, nn. 15 e 40 del 2018, e peraltro preceduta dalla sent. n. 262 del 2015 ove si legge che "ai fini dell'ammissibilità della questione, è sufficiente che il giudice *a quo* esplori la possibilità di un'interpretazione conforme alla Carta fondamentale e, come avviene nel caso di specie, la escluda consapevolmente"».

essi, merita menzionare – perché particolarmente recente – la sentenza n. 118 del 2020, ove si legge: «d'altra parte, sempre secondo una giurisprudenza costituzionale ormai costante, quando il giudice *a quo* abbia consapevolmente reputato che il tenore della disposizione censurata impone una determinata interpretazione e ne impedisce altre, eventualmente conformi a Costituzione, la verifica delle relative soluzioni ermeneutiche non attiene al piano dell'ammissibilità, ed è piuttosto una valutazione che riguarda il merito della questione (così, ex multis, sentenze n. 50 del 2020 e n. 133 del 2019)»[65].

Sebbene la giurisprudenza costituzionale ritenga comunque necessario che il giudice rimettente illustri le ragioni per cui non ritiene praticabile un'interpretazione conforme[66], in altra decisione (sentenza n. 144 del 2019) si afferma che il ricorso a una possibile interpretazione conforme può essere escluso dal giudice *a quo* anche solo implicitamente (purché in modo logicamente necessario e ricavabile dal tenore complessivo dell'ordinanza di rimessione): «il giudice *a quo*, dunque, ha *implicitamente* escluso, all'esito dell'attività interpretativa posta in essere, di poter ricavare dalle disposizioni oggetto di censura norme conformi a Costituzione. Se, poi, l'esito dell'attività esegetica del giudice rimettente sia condivisibile, o no, è profilo che attiene al merito, e non più all'ammissibilità, delle questioni di legittimità costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 78 e n. 12 del 2019, n. 132 e n. 15 del 2018, n. 69, n. 53 e n. 42 del 2017, n. 221 del 2015)»[67].

Chiaramente resta fermo il fatto che il giudice comune – prima di provare a varcare l'anticamera di Palazzo della Consulta – deve comunque "proporre" una propria interpretazione e non investire la Corte costituzionale di una questione di mera interpretazione[68] o – peggio – di una questione tesa a ottenere un mero avallo interpretativo nel contesto di una controversia giurisprudenziale[69].

Ma una volta assolto il dovere – proprio delle responsabilità del giudice comune – di sperimentare un'interpretazione conforme e una volta plausibilmente argomentato che essa non è ritenuta possibile, il giudice comune può tornare a essere il portiere dell'anticamera di Palazzo della Consulta.

La conseguenza è presto detta: sarà maggiore il numero dei casi in cui la Consulta accetterà di esprimersi nel merito della questione, saggiando più frequentemente – e con l'autorevolezza e, in caso di sentenze di accoglimento, l'autorità che hanno le decisioni della Corte costituzionale – la conformità di una determinata interpretazione di un enunciato di legge con i parametri costituzionali. Come se – per contrastare le spinte centrifughe – la Corte costituzionale volesse imprimere delle spinte centripete, verso un sindacato di costituzionalità maggiormente accentrato.

5. La Consulta, la discrezionalità del legislatore e le rime costituzionalmente obbligate

Vi è stato, poi, un altro fattore di restringimento del varco che conduce a Palazzo della Consulta. Si allude al marcato *self-restraint* dimostrato dalla Corte costituzionale di fronte a richieste di questioni di legittimità costituzionale che proponessero interventi *manipolativi* del testo di legge o che lambissero questioni confinanti con la sfera di discrezionalità riservata al legislatore. E, inevitabilmente, il *self-restraint* della Corte ha indotto anche i giudici comuni ad adottare – a loro volta – analogo *self-restraint* nel proporre questioni di legittimità costituzionale.

Si tratta di due concetti – quello della sfera di discrezionalità del legislatore e quello della richiesta di interventi manipolativi del testo di legge – che sono (evidentemente) concettualmente distinti e che, tuttavia, è utile trattare qui congiuntamente: sia per esigenze di sintesi sia perché, spesso, le due questioni nella pratica si sovrappongono.

Il punto di partenza – sul piano normativo – è dato dall'art. 28 della legge n. 57/1953: «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». In linea di sintesi, si può schematizzare l'orientamento tradizionale della Consulta nei termini che seguono: «una decisione additiva è consentita, com'è *ius receptum*, soltanto

65. Corte cost., sent. n. 118 del 2020, *considerato in diritto* n. 2.

66. *Cfr.*, ad esempio, Corte cost., ordd. nn. 177 del 2016 e 97 del 2017, e sent. n. 253 del 2017.

67. Corte cost., sent. n. 144 del 2019, *considerato in diritto* n. 4.

68. Per esempio, di recente, la Corte costituzionale, con ord. n. 151 del 2019, ha dichiarato la manifesta inammissibiltà di una questione con cui «il giudice rimettente ha rimesso innanzi a questa Corte una questione meramente interpretativa sulla successione temporale di disposizioni legislative (ordinanza n. 355 del 2004), che ben avrebbe potuto essere superata attraverso l'esegesi della disposizione censurata».

69. Corte cost., ordd. nn. 266, 97, 58 del 2017 e 87 del 2016.

quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua *necessariamente* al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad un'*estensione logicamente necessitata* e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore»[70] (corsivi aggiunti).

Uno degli ambiti in cui – più frequentemente – si è registrato il *self-restraint* della Consulta rispetto alla discrezionalità legislativa è quello relativo alle politiche criminali, ove la Corte «ha sempre avuto cura di salvaguardare gli spazi spettanti alle valutazioni di politica criminale del legislatore relative alla congruenza fra i reati e le pene (ex multis, sentenze n. 167 del 1982, n. 22 del 1971 e n. 109 del 1968), riservandosi di intervenire solo a fronte di determinazioni palesemente arbitrarie di quest'ultimo, cioè in caso di sperequazioni punitive di tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate (ex plurimis, sentenze n. 282 del 2010, n. 22 del 2007, n. 325 del 2005 e n. 364 del 2004), anche alla luce dei canoni di razionalità (sentenza n. 218 del 1974) e di ragionevolezza (sentenza n. 22 del 2007)»[71].

Di qui la sequela di dichiarazioni di inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale che ponessero in discussione il "privilegio del legislatore" e che richiedessero interventi manipolativi del testo non caratterizzati dall'essere "a rime costituzionalmente obbligate"[72].

Tuttavia, più di recente si registrano degli assestamenti nella giurisprudenza costituzionale che ritengono ammissibili anche questioni di legittimità costituzionale con cui si richiedono alla Corte costituzionale interventi manipolativi "a rime non obbligate".

Nella sua giurisprudenza più recente, la Corte «ha ripetutamente affermato che, di fronte alla violazione di diritti costituzionali, non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a "rime obbligate" per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione»[73].

L'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale in assenza di rime obbligate è legata alla necessità di «porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, ferma restando la facoltà del legislatore di intervenire con scelte diverse (così la sentenza n. 222 del 2018; ma si veda anche, analogamente, in un ambito vicino a quello qui considerato, la sentenza n. 41 del 2018, nonché la sentenza n. 236 del 2016). L'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta perciò condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore (sentenze n. 40 del 2019 e n. 233 del 2018)»[74].

E, a questo punto, si deve registrare che la Consulta, in sempre più occasioni, ha "accettato" uno scrutinio di merito pur in assenza di risposte a rime costituzionalmente obbligate. I casi forse più noti sono quelli che si sono registrati in materia penale e che hanno permesso anche di apprezzare la pluralità di strumenti di intervento di cui la Consulta si è dotata.

Basti pensare al caso della cd. *revisione europea*, scrutinato nella sentenza n. 113 del 2011, in cui la Corte costituzionale – dovendo rimediare a un "difetto sistemico" del nostro ordinamento rispetto alla garanzia dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu (difetto sistemico già accertato dalla Corte di Strasburgo) e dovendo prendere atto dell'inerzia del legislatore, sordo a precedenti moniti – ha sviluppato il suo argomentare secondo le seguenti direttrici: «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 (...)». Di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 cpp «perché (e nella parte in cui) non contempla un "diverso" caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto specificamente a consentire (...) la riapertura del processo (...) quando la riapertura stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo». Con la sentenza ora citata, la Corte non si spinge sino alla manipolazione del testo della legge

70. Così – tra i molti riferimenti possibili – Corte cost., sent. n. 109 del 1986, *considerato in diritto* n. 3.

71. Così Corte cost., sent. n. 179 del 2017, *considerato in diritto* n. 4.1.

72. Molti sono i possibili riferimenti a decisioni della Corte costituzionale che fondano decisioni di inammissibilità sul *refrain* delle rime costituzionalmente obbligate; per esempio, sent. n. 44 del 2017, ord. n. 25 del 2016, sentt. nn. 84 del 2016 e 248 del 2015.

73. Così, nitidamente, Corte cost., sent. n. 99 del 2019, *considerato in diritto* n. 2. Tale orientamento è stato da ultimo ribadito nella sent. n. 224 del 2020, *considerato in diritto* n. 2.4.

74. Vds. quanto detto nella precedente nota.

e – con l'uso della tecnica delle sentenze additive di principio – rimette «ai giudici comuni [il compito di trarre] dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione», con l'ulteriore precisazione che il legislatore resta «ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo»[75].

Ma la tecnica delle decisioni additive di principio – se può valere in materia processuale – non sempre si presenta come idonea a «porre rimedio» al *vulnus* di un principio costituzionale.

Il riferimento necessario è alla sentenza n. 236 del 2016, in materia di trattamento sanzionatorio stabilito per il reato di alterazione di stato. Come è noto, in quel caso la Corte dichiarò l'art. 567, comma 2, cp illegittimo «nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni». In quella decisione, la Corte, anzitutto, accettò di apprezzare l'esercizio del potere discrezionale del legislatore in materia criminale, giungendo a ravvisare la «manifesta irragionevolezza per sproporzione» della cornice edittale disegnata dal legislatore[76]. Dovendo però passare all'intervento manipolativo, la Corte – innovando la propria precedente giurisprudenza in materia di sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte del legislatore in materia sanzionatoria – comincia a prescindere dalla necessità di trovare *rimedi* a *rime costituzionalmente obbligate*, pur nel rispetto delle linee di sistema comunque disegnate dal legislatore: «per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo», la Corte ha ritenuto di dover "costruire" la risposta manipolativa ricorrendo a «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo (...) giacché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»[77]. Tale orientamento è stato poi ribadito dalla giurisprudenza successiva, in particolare nella sentenza n. 40 del 2019 (in materia di trattamento penale per la detenzione illecita di stupefacenti e dopo un monito al legislatore rimasto inascoltato).

Come evidente, un simile orientamento interpretativo ha l'effetto di ampliare gli spazi di sindacato di legittimità costituzionale della Corte in ambiti nei quali, verosimilmente, in anni precedenti non sarebbe entrata per difetto di risposte a rime costituzionalmente obbligate.

Di più. La Corte di recente ha dimostrato che il necessario rispetto del «privilegio del legislatore» in materia di politica criminale non può determinare l'affermazione di «zone franche», sottratte al sindacato di legittimità costituzionale, nemmeno in materie connotate da alto tasso di discrezionalità politica. E, per rendere maggiormente effettiva la possibilità di sindacato, la Corte – constatando che troppi dei moniti rivolti al legislatore sono rimasti inascoltati – si è dotata di nuovi strumenti decisori. Si allude alla tecnica decisoria messa in campo nel noto caso *Cappato*. Con l'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte ha anzitutto accertato l'esistenza di un contrasto tra il dettato dell'art. 580 cp e alcuni parametri costituzionali (limitatamente al caso di colui che abbia agevolato il suicidio di un malato che, in piena libertà e consapevolezza, abbia deciso di rifiutare terapie mediche che gli infliggevano sofferenze fisiche o morali, e che reputava contrarie al suo senso di dignità); tuttavia, anziché intervenire subito con una decisione manipolativa e in presenza di una pluralità di possibili rimedi al *vulnus* costituzionale diversamente modulabili dal legislatore, la Corte – anziché rivolgere il tradizionale monito al legislatore – ha disposto «il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale [a un'udienza successiva di circa dieci mesi], in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»[78]. Come è noto, il legislatore non è poi intervenuto e la Corte – con la sentenza n. 242 del 2019 – non ha potuto che «porre rimedio» al *vulnus* costituzionale, con una sentenza manipolativa. Analoga tecnica di "incostituzionalità differita"

75. Corte cost., sent. n. 113 del 2011.

76. Per una disamina approfondita della giurisprudenza costituzionale sul vaglio delle scelte del legislatore in materia di politica criminale, vds. V. Manes, *Le censure prospettate per contrasto con i principi di eguaglianza/ragionevolezza e le precipue criticità in materia penale,* in V. Manes e V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, *op. cit.*, pp. 344-378.

77. Corte cost., sent. n. 236 del 2016.

78. Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto 11. La sentenza è annotata – tra i primi – da M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in questa *Rivista online*, 19 novembre 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-incostituzionalita-differita_19-11-2018.php.

è stata adottata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 132 del 2020 (in materia di trattamento sanzionatorio previsto per il reato di diffamazione a mezzo stampa, di cui si denuncia il contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 Cedu, così come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo).

6. Nuovamente, il giudice comune

I casi giurisprudenziali passati in rassegna dimostrano come la Corte costituzionale sempre più intenda aprire i portoni di Palazzo della Consulta. Il mutamento di approccio rispetto al tema della praticabilità di un'interpretazione conforme (non più condizione di ammissibilità della questione, ma questione suscettibile di esame nel merito), la minor ritrosia a sindacare scelte discrezionali del legislatore (rispetto alla quale la Corte si è dotata anche di nuove tecniche decisorie), l'adozione di diversi schemi argomentativi per valutare l'esistenza di scelte manifestamente irragionevoli da parte del legislatore, denotano una tendenza della Corte ad "attrarre" a sé un maggior numero di casi in cui procedere al sindacato di legittimità costituzionale.

Si tratta di una tendenza che – oltre a trasparire dall'esame della giurisprudenza costituzionale – è stata esplicitamente riconosciuta negli ultimi anni dai presidenti della Corte costituzionale. Il presidente Lattanzi, nella consueta relazione sull'attività svolta dalla Corte nell'anno precedente (in quel caso, il 2018), ha avuto modo di evidenziare che «la natura della Corte, fin dai suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce, sono solo alcuni dei fattori che rendono il sindacato accentrato l'architrave, non surrogabile, del controllo di costituzionalità. Ciò deve indurre all'adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l'accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio del merito della questione incidentale che viene proposta»[79]. Nella relazione svolta l'anno dopo, la presidente Cartabia registra un aumento del numero di giudizi di costituzionalità promossi in via incidentale e osserva che tale linea di tendenza «si è sviluppata di pari passo con un atteggiamento meno formalistico della Corte circa il controllo sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali, sicché la diminuzione delle pronunce di inammissibilità e il corrispondente aumento delle risposte nel merito da parte della Corte alla domanda di giustizia costituzionale presente nella società e nelle aule giudiziarie potrebbe aver incoraggiato i soggetti interessati a rivolgersi alla Corte, a partire dai giudici rimettenti»[80].

Si tratta di segnali che non possono che incoraggiare il giudice comune a prendere sul serio il ruolo di portiere di Palazzo della Consulta e a farsi promotore – quando ve ne siano le condizioni – della diffusione della legalità costituzionale in tutto l'ordinamento.

Prima di chiudere, poche notazioni conclusive con le quali si intende enfatizzare il rilievo che il nostro sistema di giustizia costituzionale assegna al giudice comune.

Primo. L'esigenza di «porre rimedio» a un *vulnus* costituzionale presuppone, ovviamente, che il *vulnus* esista e che, in qualche modo, un giudice comune lo abbia intravisto, chiedendone conto alla Consulta.

Si è detto, in esordio, che il giudizio è «il luogo di incontro dello Stato-autorità e dello Stato-comunità» e che il giudice è il soggetto che viene a trovarsi in «*posizione di intermediarietà* tra la sfera politica e quella dei diritti individuali»[81]. Viene in mente la riflessione di un altro presidente della Corte costituzionale, Paolo Grossi, che ricorda che i giudici (come altri operatori del diritto) sono «in approccio continuo coi fatti di vita e di essi percettori»; è questa posizione privilegiata – il contatto con il caso – che consente loro di assumere «quel ruolo protagonistico che hanno sempre avuto in assetti giuridici pluralistici»[82]; è questa posizione privilegiata a consentire (imporre) ai giudici di leggere i «fatti umani nel loro senso e nel loro valore», dando modo all'interprete di comprendere la dimensione del *caso*[83]; «l'interprete è necessariamente orientato, nella sua ricerca, da

79. *Cfr*. la *Relazione* del presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018, 21 marzo 2019, p. 6, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf.

80. *Cfr*. la *Relazione* della presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019, 28 aprile 2020, p. 5, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf.

81. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, *op. cit*., p. 269.

82. P. Grossi, *Storicità* versus *prevedibilità: sui caratteri di un diritto* pos-moderno, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2018, p. 23, www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/547/qg_2018-4_03.pdf.

83. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 187.

fattori valutativi che condizionano la considerazione delle norme, tra le quali egli è alla ricerca di quella che dovrà risolvere il caso da decidere»[84].

Del resto, ogni ragionamento su antinomie e/o lacune – e, in definitiva, ogni ragionamento sulle possibili frizioni tra la legalità legale e la legalità costituzionale – presuppone un'opera di *sussunzione in concreto*, ossia di riconduzione di «una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma previamente identificata in astratto»[85].

Occorre, dunque e anzitutto, che, nell'attività di *sussunzione*, il giudice *sappia vedere "il caso"*.

Secondo. Una volta che il giudice abbia individuato "il caso" e ne abbia compreso – per dirla con Zagrebelsky – «senso e valore» e lo abbia ricondotto a una fattispecie, occorre che il giudice *sappia vedere* – ammesso che vi sia – la divaricazione tra legalità legale e legalità costituzionale (in termini di lacune o antinomie, sebbene sia in parte improprio parlare di antinomie tra una disposizione di legge e un principio costituzionale). Ora, l'individuazione di un'antinomia tra due fonti (e il ritenerla irriducibile per via interpretativa, mediante interpretazione adeguatrice) è il «frutto dell'interpretazione»[86]; anche l'individuazione di una lacuna «segue e non precede l'interpretazione»[87].

È dunque indispensabile – perché si diffonda il dettato costituzionale in tutto l'ordinamento – che il giudice sappia "vedere" antinomie e lacune, anche quando esse non sono particolarmente evidenti. È necessario che egli sappia cogliere tutte le potenzialità espansive del dettato costituzionale, scolpito nella Carta fondamentale e progressivamente chiarito – reso concreto e vivo – dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Terzo. Il giudice comune deve saper cogliere i segni del cambiamento (e, se del caso, promuoverlo). La Carta costituzionale non è cristallizzata in enunciati impermeabili ai mutamenti sociali. Seppure siano rari i casi, si registra una pluralità di occasioni in cui la Corte ha ritenuto di rivedere proprie precedenti interpretazioni del dettato costituzionale o della legittimità di un certo enunciato normativo (con immediate conseguenze in relazione alle questioni di legittimità demandate al suo giudizio). Si pensi – per fare riferimento a un caso celebre – alla sentenza n. 126 del 1968, in cui la Corte – sconfessando un proprio precedente (Corte costituzionale, sentenza n. 64 del 1961) – dichiarò l'illegittimità costituzionale della fattispecie con cui si puniva (esclusivamente) la moglie adultera (e non il marito adultero), giustificando l'*overruling* sul presupposto di una mutata «realtà sociale»; o, ancora, si pensi alle decisioni della Corte costituzionale che hanno posto in discussione la prevalenza attribuita al ramo paterno nella trasmissione del cognome ai figli, sul presupposto che tale prevalenza costituisca il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una *tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento* e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna» (Corte costituzionale, ordinanza n. 61 del 2006, corsivi di chi scrive; sentenza n. 286 del 2016; ordinanza n. 18 del 2021, con cui la Consulta ha promosso incidente di legittimità costituzionale davanti a se stessa); o, ancora, si pensi al caso in cui la Consulta – con la sentenza n. 137 del 1986 – dichiarò l'illegittimità costituzionale di alcune norme che prevedevano un regime differenziato tra uomo e donna per il conseguimento della pensione di vecchiaia (giustificando il superamento della sentenza n. 123 del 1969 con l'evoluzione della situazione culturale, normativa, giurisprudenziale e tecnico-produttiva); o, ancora, si pensi alla recente sentenza n. 32 del 2020 (in ordine agli effetti sfavorevoli e retroattivi che alcune modifiche introdotte con la cd. "legge spazza-corrotti" determinavano sull'accesso a determinati benefici penitenziari), in cui la Corte – valorizzando, tra le altre ragioni, anche un mutato quadro giurisprudenziale, influenzato da significative sentenze della Corte Edu – ha dichiarato esplicitamente la necessità di *rimeditare* proprie precedenti affermazioni. In conclusione: il giudice comune deve anche saper intravedere i segni del cambiamento (sociale, normativo o anche giurisprudenziale); perché – se quei segni di cambiamento non li vede il giudice comune – nemmeno la Corte potrà sottoporre la "legalità legale" al test di resistenza dell'attualità costituzionale.

Quarto. Il giudice comune deve saper insistere. Talora capita al giudice comune di prefigurarsi una possibile frizione tra il dettato normativo e un qualche parametro costituzionale; e talora gli capita altresì di "rinunciare" a sollecitare la Corte costituzionale sul punto, ritenendo che l'esito più plausibile dell'eventuale questione di legittimità costituzionale potrebbe

84. *Ivi*, pp. 197-198.

85. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.*, pp. 24 ss.

86. R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.*, p. 111.

87. *Ivi*, p. 131.

essere un'inammissibilità della questione promossa (per la presenza di un ritenuto spazio di discrezionalità del legislatore, o per l'assenza di soluzioni manipolative a rime costituzionalmente obbligate) o perché – nella migliore delle ipotesi – sarebbe immaginabile la formulazione di un monito al legislatore. Questo atteggiamento rinunciatario non è particolarmente commendevole, lo riconosco; ma capita (ed è capitato anche a chi scrive).

Tuttavia, non è in tal modo – non è rinunciando a interessare la Corte – che si "rafforza" la penetrazione della Costituzione nell'ordinamento. L'inveramento dei principi costituzionali presuppone un'opera collettiva della giurisprudenza che – con la necessaria cautela istituzionale, ma senza timidezze – usi il "coraggio" di disturbare la Corte, accettando di lavorare per il futuro.

Un monito oggi, può costituire la pietra angolare per una decisione di rafforzamento della Costituzione l'indomani.

La vicenda del trattamento sanzionatorio per i reati in materia di stupefacenti è, sul punto, oltremodo istruttiva. Una ricca questione di legittimità costituzionale proposta dal gup presso il Tribunale di Rovereto – benché dichiarata inammissibile dalla Consulta – ottenne comunque il "risultato" di registrare una «anomalia sanzionatoria» nel sistema (essendo la ragione di inammissibilità legata alla presenza di una discrezionalità legislativa in ragione del fatto che l'anomalia sanzionatoria era «rimediabile con plurime opzioni legislative»); e ottenne il risultato di indurre la Corte a formulare «un pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990»[88].

Come è noto, il legislatore non intervenne per comporre la frattura e così sanare l'anomalia sanzionatoria. Tuttavia, forte del precedente monito, la Corte – nella sentenza n. 40 del 2019 – osservò che «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, tra cui massimamente la libertà personale»[89]; conseguentemente, la Consulta ritenne di potere e dovere ricomporre lo iato tra legalità e legalità costituzionale sul presupposto che l'intervento della Corte «non [fosse] ulteriormente differibile, posto che è rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse "rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990", anche in considerazione "dell'elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti"»[90].

Ecco. Se il gup di Rovereto fosse stato un giudice "timido" – o, peggio ancora, "pigro" –, probabilmente la "frattura" sanzionatoria ritenuta illegittima dalla Consulta non sarebbe stata risanata. Non subito. E ciò dimostra come occorra avere la capacità (ma anche il coraggio) di interpellare la Corte e, se del caso, insistere.

Anche in tal modo – rischiando un'inammissibilità – si lavora per l'affermazione della legalità costituzionale.

88. Corte cost., sent. n. 179 del 2017, *considerato in diritto* n. 8.

89. Corte cost., sent. n. 40 del 2019, *considerato in diritto* n. 4.2.

90. Corte cost., sent. n. 40 del 2019, *considerato in diritto* n. 4.3.

Il processo costituzionale

di *Francesca Biondi*

L'Autrice ricorda il dibattito che ha interessato la dottrina costituzionalistica sull'esistenza di un *processo* costituzionale, mettendo in luce come la tenuta delle regole processuali influisca sulla posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento; quindi, alla luce della più recente giurisprudenza, si interroga sulla prevalenza, oggi, dell'anima *giurisdizionale* o *politica* della Corte.

1. Perché interrogarsi, oggi, sull'esistenza di un *processo* costituzionale / 2. Alcuni indici o decisioni che paiono denotare un minore rigore nel rispetto del diritto processuale costituzionale / 3. Qualche osservazione conclusiva

1. Perché interrogarsi, oggi, sull'esistenza di un *processo* costituzionale

Il titolo di questo breve contributo presuppone che esista un processo costituzionale con propri e distinti caratteri; si impongono, dunque, alcune preliminari notazioni. La dottrina costituzionalistica (e non solo) si è infatti chiesta (e ancora discute) se davvero quello che si svolge dinnanzi alla Corte costituzionale possa definirsi *processo* costituzionale; se, cioè, i giudizi siano regolati da un vero e proprio diritto processuale costituzionale o se, invece, siamo al cospetto di un diritto procedurale.

Ci si è poi domandati se esista un solo processo costituzionale oppure se esistano più processi costituzionali; a chi spetti regolare il processo costituzionale (e, in particolare, di quanta autonomia goda la Corte nel disciplinare il proprio processo attraverso le norme integrative); infine, che natura abbia il processo in via incidentale e, in particolare, se sia o meno un processo di parti.

Si tratta di aspetti connessi tra loro, come ampiamente messo in luce già nei primi saggi in cui, tra il 1989 e il 1990, furono affrontate tali questioni e poste le premesse per la riflessione degli anni a venire[1].

Oltre a evidenziare la specificità delle regole processuali dei giudizi costituzionali, pur nate dall'estensione delle già note categorie del diritto processuale civile, si iniziò a ragionare di quale sia la domanda di giustizia costituzionale che il giudizio in via incidentale, proprio per la sua origine concreta, intende soddisfare.

Si delinearono subito due diverse prospettive.

Secondo la prima impostazione, poiché il giudizio sulle leggi, come depone la sua origine incidentale, è prevalentemente preordinato a garantire i *diritti* costituzionali, la Corte costituzionale, in qualità di *giudice*, non può disporre delle regole del proprio giudizio, così come qualunque giudice non può derogare alle regole processuali. Ne consegue che la rilevanza è carattere "necessario" della questione di legittimità costituzionale, che la Corte non può modificare il

1. *Cfr*. G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 105 ss. e, con ampli riferimenti alla dottrina processualcivilistica che già si era occupata del tema, M. D'Amico, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 480 ss. (e poi, più approfonditamente, della stessa Autrice, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991).

thema decidendum, che le parti del giudizio *a quo* devono avere voce nel processo costituzionale (di questo aspetto, in particolare, si occupa il saggio di M. D'Amico, *Gli* amici curiae, pubblicato in questo numero, a cui interamente si rinvia) e che le decisioni di accoglimento debbono avere una ricaduta sul giudizio principale. In questa lettura, più attenta alla concretezza del giudizio di costituzionalità, vi è anche maggiore spazio per il ricorso a poteri istruttori, auspicabilmente attivati anche su richiesta delle parti.

La seconda prospettiva è rovesciata: poiché quello sulle leggi è un giudizio primariamente finalizzato a garantire il *diritto* costituzionale, di cui la Corte costituzionale è garante ed "esecutrice", le sue regole sono derogabili da parte del Giudice delle leggi se ciò serve a rimuovere dall'ordinamento la norma illegittima. Non è, quindi, necessario che alle parti sia dato spazio nel giudizio costituzionale poiché il giudizio *a quo* è solo un'occasione per sollecitare una decisione su questioni di interesse generale; la rilevanza è carattere normale, ma non necessario; il potere istruttorio, se attivato, è di natura inquisitoria; quanto agli effetti delle decisioni, ciò che conta non è la ricaduta sulle parti e, quindi, sul giudizio *a quo*, ma sull'ordinamento nella sua interezza[2]. Siamo dunque al cospetto di regole procedurali, poste nell'interesse del buon esercizio della funzione, e non di regole processuali (per quanto speciali) a garanzia dei diritti dei soggetti le cui posizioni possono essere incise dalla decisione della Corte.

Le impostazioni sull'esistenza, o meno, di un vero e proprio processo costituzionale presuppongono evidentemente due diverse teorie della giustizia costituzionale (e, dunque, della collocazione ordinamentale della Corte): la prima enfatizza la natura *giurisdizionale* della Corte costituzionale, la seconda la sua anima *politica*.

Sul punto, non si possono non richiamare le riflessioni di Gustavo Zagrebelsky e Franco Modugno al convegno tenutosi presso l'Università di Firenze nel 1981. I due saggi, pubblicati nel volume del 1982 *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*[3], costituiscono un momento importante nella definizione del ruolo della Corte costituzionale nell'ordinamento costituzionale italiano, segnando la contrapposizione tra chi affida a tale organo il ruolo di co-determinatore dell'indirizzo politico e chi, invece, vede nella Corte anzitutto un giudice che deve tenersi lontano dalla decisione politica. Si tratta di una contrapposizione che ritorna proprio quando si riflette dell'esistenza di un diritto processuale costituzionale, come chiaramente emerge dalla lettura dei lavori presentati al seminario tenutosi al Palazzo della Consulta e pubblicati nel volume del 1990, edito da Giuffrè, *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*[4].

A partire dagli anni novanta si intensificano infatti sia gli studi sul processo costituzionale[5] (tra i quali l'iniziativa degli studiosi della scuola pisana di dedicare ogni triennio un volume dedicato proprio agli aspetti del processo costituzionale[6]), sia le iniziative scientifiche (come quelle organizzate dall'associazione Gruppo di Pisa[7]). Tali lavori contribuiscono a definire e razionalizzare le regole processuali, siano esse normativamente prescritte ovvero frutto

2. Sulla distinzione tra diritto processuale costituzionale e procedura costituzionale, riconducibile, la prima, alla giurisdizione di diritto soggettivo e, la seconda, alla giurisdizione di diritto oggettivo, vds. ora G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 83-87.

3. F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, e G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, entrambi in P. Barile - E Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 19 ss.

4. *Op. cit.* alla nota 1. Oltre ai saggi citati nelle note precedenti e successive, *cfr.*, nello stesso volume, C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, pp. 63 ss.

5. Tra i lavori monografici specificamente dedicati, in quegli anni, a questioni di diritto processuale costituzionale, *cfr.* M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991; *Id.*, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; E. Catelani, *La determinazione della «Questione di legittimità costituzionale» nel giudizio incidentale*, Giuffrè, Milano, 1993; A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli, 1990; T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997. Anche se di qualche anno prima, vds. anche M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984; R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985.

6. Il primo volume degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, a cura di R. Romboli, è del 1990.

7. Il primo seminario fu significativamente intitolato «La giustizia costituzionale a una svolta» (i cui atti sono stati pubblicati a cura di R. Romboli nel 1991 da Giappichelli). Ad esso faranno seguito molte iniziative dedicate alla giustizia costituzionale. Sul "processo costituzionale" vanno poi ricordati il convegno annuale di Siena del 2007, dal titolo «I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale» (i cui atti sono pubblicati, sempre con Giappichelli, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi), il seminario del 2012 «La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta» (il volume del 2011 è curato d R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther) e infine il convegno del 2017 «La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni» (atti a cura di M. D'Amico e F. Biondi, pubblicati con ES).

dell'elaborazione giurisprudenziale, sul presupposto che queste regole costituiscano, e debbano costituire, la cornice esterna, e inderogabile, dell'attività della Corte.

Ma ciò che qui preme mettere in luce è che coloro che affermano che quello che si svolge dinnanzi alla Corte è, e deve essere, un vero e proprio processo, ispirato da principi e norme di cui la Corte costituzionale non ha la disponibilità, ritengono che la giuridicità di queste ultime – e, dunque, una maggiore prevedibilità della decisione – sia funzionale ad assicurare il più possibile l'indipendenza della Corte rispetto alla sfera della politica[8]. L'obiettivo, dunque, non è quello di ridurre entro schemi formali il giudizio di legittimità costituzionale, bensì, obbligandola a seguire determinate regole nell'instaurazione e nello svolgimento del suo giudizio, di proteggere la Corte costituzionale.

Senza affatto negare gli effetti politici che spesso derivano dalle sue decisioni, si ritiene che il rispetto di moduli processuali che guidino le sue decisioni alimenti la legittimazione della Corte sul piano esclusivamente tecnico e che ciò contribuisca a una più intensa tutela dei diritti[9].

Chiarissimo, in questo senso, Vittorio Angiolini, quando si chiedeva che cosa accadrebbe se la Corte, chiamata a occuparsi di questioni politicamente scottanti, «non filtrasse attraverso istituti processuali, pazientemente forgiati dalla giurisprudenza, le proprie determinazioni sulla possibilità di accesso alla giustizia costituzionale, sulla fissazione del tema del decidere e sull'istruttoria, nonché sulla formulazione e gli effetti delle decisioni»: la Corte – a suo avviso – proprio perché priva di legittimazione politica sarebbe «smarrita, e niente affatto capace di reggersi da "sola", ad ogni minima tempesta politica»[10].

Così sinteticamente enucleati i termini della questione, appare chiaro come la riflessione sulla natura delle regole processuali nei giudizi dinnanzi alla Corte (e, in particolare, in quello incidentale) costituisca ancora oggi una prospettiva importante per comprenderne il ruolo nell'ordinamento costituzionale. In tempi recenti, infatti, come messo in luce nel saggio di Gaetano Silvestri pubblicato in questo fascicolo[11], è stato imputato sempre più spesso alla Corte costituzionale di rompere gli argini e di sconfinare, anche grazie a tecniche decisorie innovative e sempre più raffinate, nella discrezionalità legislativa. Tale tendenza è certamente giustificata da vari fattori, fra i quali la difficoltà del legislatore nel regolare ambiti nuovi e complessi, l'inerzia di quest'ultimo anche rispetto ai moniti che il Giudice delle leggi gli rivolge, nonché forse dalla volontà della Corte di dare tutela ai diritti "prima" delle Corti sovranazionali, ossia per evitare quella che qualcuno ha definito una «fuga dalla giurisdizione costituzionale» dei giudici comuni[12].

In questo contesto, è necessario chiedersi se non sia opportuno tenere però il più possibile saldo il rispetto delle regole processuali, affinché alla Corte non sia rimproverato non solo di decidere "al posto del legislatore", ma anche di aver scelto *se* decidere, *che cosa* decidere e *quando* decidere[13].

2. Alcuni indici o decisioni che paiono denotare un minore rigore nel rispetto del diritto processuale costituzionale

La lettura della giurisprudenza degli ultimi anni suscita l'impressione che la Corte, quanto al rispetto delle regole processuali, abbia un po' allentato il rigore mostrato precedentemente[14].

---

8. Oltre a G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, *op. cit.*, vds. A. Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 1996, p. 133. Il punto è ripreso da 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, pp. 10-11.

9. L. Elia, *Considerazioni sul tema*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo"*, *op. cit.*, p. 98.

10. *Cfr.* V. Angiolini, *Il processo costituzionale vent'anni dopo*, in R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 165 ss., spec. pp. 166-167.

11. G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, pubblicato in anteprima in questa *Rivista online*, 13 novembre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/del-rendere-giustizia-costituzionale. Si legga – sul rapporto tra Corte e legislatore – il saggio di N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, n. 3/2021, pp. 86 ss.

12. E. Olivito, *Si può contestare una legge in via diretta davanti al giudice civile? L'ammissibilità delle questioni incidentali sollevate nel corso di azioni di accertamento*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 140.

13. "Se", "che cosa" e "quando" decidere – secondo V. Onida – dovrebbero essere sottratti alla disponibilità della Corte come giudice: vds. V. Onida, *Relazione di sintesi*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo"*, *op. cit.*, p. 305.

14. Non a caso il già citato volume collettaneo intitolato *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, curato da R. Romboli, contiene una intera sezione dedicata alla gestione "elastica" delle norme processuali.

Un primo dato oggettivo che sembra confermare tale tendenza è costituito dalla diminuzione del numero delle decisioni di inammissibilità[15]. Certo, esso potrebbe essere determinato dal fatto che i giudici comuni siano diventati più attenti nel redigere le ordinanze di rimessione e solo una ricerca completa e accurata (che analizzi congiuntamente atti di promovimento e decisioni costituzionali) potrebbe fornire risposte certe. Eppure, resta la sensazione che sia la Corte ad avere assunto un atteggiamento meno formalistico nel controllo di ammissibilità. Questo non è certo un male, in sé e per sé, poiché è capitato spesso che problemi di legittimità costituzionale non siano stati risolti per un eccesso di severità da parte della Corte (soprattutto nel riesaminare il percorso logico-giuridico che aveva indotto il giudice a sollevare la questione). Ciò che, però, andrebbe certamente evitato è che il minore rigore nella valutazione dei presupposti processuali di ammissibilità, anziché *tutte*, riguardi solo *alcune* questioni, quelle che la Corte vuole decidere nel merito. Se così fosse, il primo dei presupposti che qualificano la Corte come giudice (la circostanza, cioè, che essa non possa scegliere *se* decidere) ne risulterebbe pregiudicato.

In assenza (e in attesa) di un'indagine di tale natura, è intanto utile ricordare le più importanti decisioni che, negli ultimi anni, contengono novità processuali, perché, da un lato, costituiscono indici sintomatici di un uso quantomeno diverso delle regole processuali e, dall'altro, possono aprire la strada a una loro trasformazione.

Un primo gruppo di decisioni interessa i casi in cui l'allentamento del rigore processuale si è dimostrato funzionale alla decisione nel merito di questioni che sarebbero state viceversa inammissibili.

Tra queste, vanno anzitutto annoverate le notissime sentenze in cui la Corte costituzionale ha deciso le questioni di legittimità costituzionale sollevate da giudici ordinari sulle norme che disciplinavano alcuni aspetti della legge elettorale. Il Giudice delle leggi, ammettendo questioni sollevate nell'ambito di azioni di accertamento della pienezza del diritto di voto come regolato dalla legge asseritamente illegittima, ha infatti derogato al requisito della *pregiudizialità* (che presuppone – come noto – l'esistenza di una distinzione tra oggetto del giudizio principale e oggetto del giudizio di costituzionalità)[16]. Gran parte della dottrina ha criticato tale scelta, osservando come la Corte abbia surrettiziamente introdotto un ricorso diretto in materia elettorale[17]; altri hanno, invece, ritenuto che – come già in passato – il Giudice delle leggi abbia in questa occasione interpretato generosamente i requisiti processuali di accesso al giudizio per garantire il principio di costituzionalità[18].

La Corte, per parte sua, dopo la sentenza n. 1 del 2014, ha ridimensionato l'apertura operata in quella decisione (sent. n. 110/2015, ord. n. 165/2016 e, soprattutto, sent. n. 35/ 2017[19]), così da un lato ammettendo che si è trattato di una deroga a regola che resta ferma; dall'altro, riconducendo tale deroga alla necessità di non lasciare una zona franca dalla giustizia costituzionale in una materia che tocca il cuore dei regimi democratici.

In altre forse meno note decisioni, la Corte, per decidere la questione che era stata portata al suo giudizio, ha invece mostrato di interpretare in modo ampio il requisito della *rilevanza*. Da segnalare è, anzitutto, la sentenza n. 180 del 2018, con cui la Corte ha ammesso le questioni sollevate in tema di astensione

15. Dai dati riportati nelle relazioni annuali dei presidenti della Corte costituzionale sull'attività svolta e dalle analisi statistiche elaborate dal Servizio studi si ricava una progressiva decrescita delle decisioni di inammissibilità, sia in termini percentuali che assoluti. Nel 2009, ad esempio, a fronte di un totale di 225 decisioni rese in sede di giudizio in via incidentale, si sono registrate 135 decisioni di inammissibilità (pari, quindi, al 60 per cento); in seguito, tale numero è progressivamente diminuito assestandosi attorno a una media di 70-80 declaratorie di inammissibilità ogni anno. Nel 2019, a fronte di 243 decisioni rese in sede di giudizio in via incidentale, 81 sono state quelle di inammissibilità (pari, quindi, al 33 per cento, ossia circa la metà in termini percentuali rispetto a quelle rese 10 anni prima), 79 quelle di non fondatezza e 45 quelle di accoglimento.

16. Minoritaria è, invece, la posizione di chi nega in radice che si sia trattato di una deroga a una regola processuale: per tutti, C. Padula, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in *Id.* (a cura di), *Una nuova stagione creativa*, *op. cit.*, pp. 14-16.

17. Per tutti, R. Bin, *Chi è responsabile" delle «zone franche»?*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, *op. cit.*, pp. 147 ss. Per una ricognizione della dottrina "critica" rispetto a questa giurisprudenza costituzionale, *cfr.* G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulla legge*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, spec. pp. 49-58. Sul tema, si segnala anche il lavoro monografico di G. D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

18. Si leggano le considerazioni di N. Zanon, *"Stagioni creative" della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti)*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa*, *op. cit.*, p. 387. In dottrina, poi, per tutti, R. Romboli, *Le oscillazioni*, *op. cit.*, p. 15. Sia però consentito rinviare anche a F. Biondi, *Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche": la materia elettorale*, in V. Marcenò e M. Losana (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche". Incontro sulla giurisprudenza costituzionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2020, pp. 37 ss.

19. Critico anche rispetto a questa correzione F. Sorrentino, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, p. 888.

degli avvocati nonostante il rimettente avesse disposto solo la sospensione dell'attività processuale prevista nelle udienze alle quali si riferiva la dichiarazione degli avvocati di adesione all'astensione collettiva, e non – come previsto dall'art. 23 l. n. 87/1953 – dell'intero processo. Anche se ragioni sostanziali possono aver spinto in tale direzione, si tratta di una novità processuale di rilievo. La Corte ha avuto l'attenzione di motivare ampiamente, affermando per la prima volta che se il giudizio *a quo* si svolge in distinti momenti o segmenti processuali, identificabili in ragione del fatto che la rilevanza della questione di costituzionalità possa ragionevolmente circoscriversi solo a uno di essi, è sufficiente che il giudice rimettente sospenda anche solo quello specifico segmento processuale in cui la questione è rilevante, e non già l'intero giudizio. Resta tuttavia l'impressione che si sia trattato, anziché di un meditato e preparato mutamento giurisprudenziale capace di applicarsi a plurimi casi, di una motivazione costruita *ex post* per il caso concreto.

Altra interessante decisione è la sentenza n. 196 del 2018, con cui il Giudice delle leggi ha ammesso che la Corte dei conti, in sede di parifica, possa sollevare questioni di legittimità costituzionale per violazione non solo dell'art. 81 Cost. (come già ammesso in passato per tutelare gli equilibri di bilancio), ma anche di altri parametri, così di fatto consentendo al giudice contabile di operare un controllo ampio e astratto di legittimità costituzionale su tutte le leggi regionali che implicano una spesa in materia di competenza legislativa statale o di dubbia competenza regionale. Proprio per evitare che questa decisione costituisse una profonda rottura delle regole che disciplinano il giudizio in via incidentale, la Corte, nelle successive sentenze n. 149 del 2019 e n. 244 del 2020, ha meglio precisato che, ai fini dell'ammissibilità della questione, è onere del rimettente dimostrare che l'asserita violazione della disposizione costituzionale diversa dai parametri sull'equilibrio di bilancio "ridonda" nella lesione dell'art. 81 Cost., precludendo l'attività svolta in sede di parifica. Si tratta, comunque, di una giurisprudenza che segna un deciso ampliamento della nozione di giudice e di giudizio, nonché del presupposto della rilevanza (qui divenuta ridondanza!), in relazione a disposizioni normative che certamente potrebbero essere censurate in altre sedi e occasioni.

Un altro gruppo di decisioni, forse più complesso da identificare, è costituito dalle pronunce in cui la Corte modifica il *thema decidendum* (il *che cosa* decidere). Ci si riferisce a ipotesi in cui la Corte decide di offrire una lettura elastica del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, allontanandosi in maniera più o meno importante dalla questione di costituzionalità, come definita dal giudice *a quo* nel proprio atto introduttivo. Si tratta di interventi che possono, come noto, investire alternativamente oppure cumulativamente la norma oggetto, il parametro, i profili, e che si atteggiano diversamente a seconda che si traducano in un ampliamento oppure in una riduzione del *thema decidendum*. La giurisprudenza costituzionale non manca in proposito di precisare che rientra nei suoi poteri esplicitare quanto desumibile dall'atto introduttivo[20]. Non si verserebbe, quindi, in un'ipotesi di manipolazione in tutto discrezionale della Corte oppure di ultrapetizione in violazione dell'art. 27, che pure espressamente in un caso consente, in via consequenziale, alla Corte di estendere l'ambito della propria declaratoria di incostituzionalità, bensì piuttosto di una rivisitazione del *thema decidendum* alla luce del non detto, ma sottointeso all'atto introduttivo[21].

In questo quadro, le pronunce, che in modo più significativo e innovativo hanno evidenziato la latitudine che può assumere l'intervento della Corte nel giudizio in via incidentale sono certamente le due decisioni rese sul cd. "caso Cappato"; due pronunce in cui il Giudice delle leggi sembra essersi spinto in verità ben oltre la mera esplicitazione di contenuti già accolti, seppure implicitamente, dal remittente. Nell'ordinanza n. 207 del 2018 e, soprattutto, nella sentenza n. 242 del 2019, la Corte costituzionale ha infatti optato per una manipolazione del *thema decidendum* sia con riferimento alla norma oggetto della questione – l'art 580 cp, «Istigazione o aiuto al suicidio» –, delimitando la parte di norma su cui "fare cadere" la declaratoria di incostituzionalità, sia in relazione alle norme parametro, recuperando l'art. 32 Cost., non espressamente evocato dal remittente nell'atto introduttivo[22] ma, pur tuttavia, sotteso alle sue argomentazioni nonché ampiamente richiamato dalle parti costituite nel giudizio di costituzionalità. Così facendo, il Giudice delle leggi ha corretto, se non forse riscritto la questione, scegliendo *che cosa* decidere.

La sentenza che, fra tutte, ha suscitato le maggiori perplessità è, però, la n. 10 del 2015, con cui la Corte – a distanza di molti anni dal promovimento delle questioni da parte di vari giudici – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata

20. Di recente, vds. la sentenza n. 116/2018.

21. Si legga, da ultimo, su questi temi, C. Nardocci, *Il diritto al giudice costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 237 ss.

22. Su cui M. D'Amico, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2019, pp. 1 ss.

limitando gli effetti della pronuncia al futuro, senza alcuna incidenza neppure sulle posizioni delle parti dei giudizi *a quibus*[23]. Tale decisione è quella che – per il tema qui trattato – risulta di maggiore interesse, poiché il Giudice delle leggi, in motivazione, ammette la deroga alla regola processuale della "retroattività" degli effetti della decisione di incostituzionalità e spiega che essa è determinata da esigenze di ragioni di finanza pubblica, ossia al fine di evitare che la restituzione della tassa illegittimamente pagata dalle imprese potesse creare disavanzo. In questo modo – come messo in luce dalla dottrina – la regola processuale, che dovrebbe restare estranea al giudizio di merito, entra nel giudizio di costituzionalità e diviene essa stessa oggetto di bilanciamento. Nulla potrebbe essere più dissonante nella prospettiva del "processualista", per il quale, invece, la regola processuale sta "fuori" dal giudizio di merito, costituendone la cornice[24].

La Corte – sia pure utilizzando un dispositivo formulato in modo differente – ha in seguito richiamato tale pronuncia anche in decisioni assunte nel giudizio in via principale, facendo salvi, in motivazione, provvedimenti adottati sulla base di norme dichiarate illegittime per mancato coinvolgimento delle Regioni ricorrenti, al fine di garantire il principio della continuità dell'azione amministrativa (sentenze nn. 71 e 74 del 2018 e n. 246/2019). Pur meritando tali decisioni certamente attenzione, si tratta però di casi differenti poiché, nei giudizi promossi in via principale, il contenimento degli effetti della pronuncia di accoglimento non pregiudica in modo diretto e immediato le posizioni giuridiche soggettive di parti di giudizi comuni. Riconducibile al modello inaugurato dalla sentenza n. 10 del 2015 è, invece, la recente decisione n. 152 del 2020, con cui la Corte, ancora una volta per contenere le conseguenze di natura finanziaria della pronuncia di accoglimento, ne ha posposto gli effetti al giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza. Le parti del giudizio *a quo* (e non solo), pur vedendo riconosciuto il loro diritto, ottengono il beneficio, ma solo per il futuro, senza poter chiedere all'Inps somme pregresse.

Pur comprendendosi la preoccupazione della Corte per gli effetti che possono produrre alcune sue pronunce, resta la preoccupazione quantomeno per l'assenza di criteri che possano giustificare, in specifici casi, la modulazione nel tempo degli effetti delle pronunce di accoglimento con espressa deroga dell'effetto "retroattivo" della pronuncia. Detto diversamente, anche ad ammettere che la Corte abbia il potere di decidere se e quando una regola processuale può essere derogata a beneficio di altri principi costituzionali, sarebbe importante che fosse presto definito "uno statuto" di tali pronunce, affinché il ricorso ad esse sia almeno prevedibile.

Alla breve rassegna qui compiuta non si ritiene, invece, di aggiungere le doppie pronunce con cui la Corte costituzionale ha provato a instaurare un dialogo con il legislatore (dopo l'ord. n. 207/2018 e la sent. n. 242/2019, si segnala l'ord. n. 132/2020) ciò non perché esse non meritino attenzione (anzi, forse, sono quelle che ne meriterebbero di più), bensì perché, a parere di chi scrive, tali decisioni non determinano una vera e propria deroga a regole processuali, bensì costituiscono una nuova tecnica decisoria – sia pure favorita dalla possibilità, per la Corte, di gestire con una certa autonomia il proprio calendario di udienza – che incide sul rapporto tra Corte e legislatore[25].

Un ultimo profilo di interesse è, infine, quello che investe il *quando* decidere, inteso come disponibilità della Corte nella scelta dei tempi delle proprie decisioni[26].

Generalmente, i tempi delle decisioni dei giudizi in via incidentale sono abbastanza prevedibili: oggi la Corte non ha arretrato e dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione alla sua decisione non trascorre, generalmente, più di un anno e mezzo. Ci sono, tuttavia, casi in cui essa preferisce non inserire in ruolo una questione "difficile" e attende; oppure dispone il rinvio di causa già fissata confidando in un intervento legislativo o per non "interferire" con un procedimento legislativo già in corso; ci sono infine casi in cui essa, al contrario, fissa l'udienza o la camera di consiglio in tempi più rapidi. Insomma, talvolta il tempo della decisione è condizionato dal merito delle

23. Si legga – anche per un confronto con la giurisprudenza precedente – M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in questa *Rivista online*, 18 febbraio 2015, www.questionegiustizia.it/articolo/cenni-sugli-effetti-temporali-della-dichiarazione-_18-02-2015.php, nonché S. Catalano, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo* in M. D'Amico e F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 366 ss.

24. Tale aspetto è messo bene in luce da R. Romboli, a partire dal saggio *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, pp. 607 ss.

25. E, infatti, se ne occupa ampiamente G. Silvestri nel già citato saggio *Del rendere giustizia costituzionale*.

26. Su questo tema, *cfr*. P. Bonetti, *I tempi dei giudizi costituzionali e l'esigenza di una loro ragionevole celerità*, 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*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 269 ss.

questioni sollevate. Ovviamente, nessuno nega che la Corte costituzionale, e in particolare il suo presidente, abbiano e debbano conservare una certa autonomia nella definizione del ruolo e che in tale valutazione possa pesare il contesto in cui tale decisione è destinata a calarsi; oltre che fisiologici, un breve anticipo o un breve rinvio possono talvolta rivelarsi opportuni[27]. Non va, però, nel contempo trascurato che una eccessiva discrezionalità nella gestione del ruolo può alimentare l'anima *politica* della Corte.

3. Qualche osservazione conclusiva

Pur avendo enfatizzato, nella prima parte di questo breve lavoro, la contrapposizione tra chi vede nella Corte un *giudice* e chi un *organo politico* al fine di meglio inquadrare ciò che si nasconde dietro allo studio del processo costituzionale, siamo in realtà tutti consapevoli che le due visioni della giustizia costituzionale, quella oggettiva e quella soggettiva, «sono destinate a convivere»[28]: talvolta la Corte opera più come *giudice*; talvolta, invece, soprattutto quando si preoccupa delle conseguenze ordinamentali delle proprie decisioni, prevale la sua anima *politica*. Il processo costituzionale è il primo a risentire di questa oscillazione[29].

Se ci poniamo in una prospettiva storica, nei primi vent'anni di funzionamento della Corte costituzionale è certamente prevalsa, anche per la necessità di depurare l'ordinamento da risalenti disposizioni in contrasto con la Costituzione, la visione oggettiva; in seguito, dopo lo smaltimento dell'arretrato, dall'inizio degli anni novanta, insieme a una maggiore collaborazione tra Corte e giudici comuni, si consolida la visione soggettiva.

Che cosa sta accedendo negli ultimi anni?

In alcune occasioni la Corte ha mostrato di saper contemperare sapientemente le due prospettive: in questo senso possono utilmente richiamarsi, ancora una volta, le decisioni rese in materia elettorale (sentt. nn. 1/2014 e 35/2017, su cui *retro*), in cui emerge in modo chiaro l'esigenza di realizzare simile bilanciamento quando la prevalenza esclusiva della visione "processuale" rischia di determinare zone franche strutturali sottratte al controllo di costituzionalità.

In altri casi l'equilibrio tra le due anime è forse meno riuscito e la deroga alla regola processuale non risulta convincente. Vi sono, d'altro canto, limiti alla deroga del diritto processuale costituzionale, superati i quali la Corte rischia di allontanarsi eccessivamente, e pericolosamente, dalla sua natura di organo giudiziario. Essa è certamente *giudice* in senso assai peculiare, non solo perché può scrivere da sola parte delle regole del suo processo (attraverso le norme integrative), ma soprattutto perché è interprete unico e ultimo di quelle regole. Ma se è accettabile l'interpretazione elastica del diritto processuale costituzionale[30], non lo è un suo aggiramento[31]. Come già si osservato, le regole processuali non possono essere usate per scegliere *se* decidere, *come* decidere e *quando* decidere[32]. E, soprattutto, tali regole dovrebbero sempre restare fuori dal giudizio di merito, non entrare nel bilanciamento con altri principi che la questione mette in gioco, poiché, «[n]el momento in cui si rinuncia alla distinzione tra diritto sostanziale e processo, in qualche modo si rinuncia anche ad affermare la pre-costituzione del diritto sostanziale, e quindi a rimettere ad una sfera soltanto politica un pezzo della Costituzione o pezzi di essa o addirittura tutta»[33].

Peraltro, un interessante elemento di novità rispetto al passato è costituito dal fatto che la Corte, quando "deroga" alla regola processuale, non nasconde la sua scelta provando a inserirla nel solco di propri

27. A favore della flessibilità nella gestione dei tempi, quale strumento di contenimento delle conseguenze delle pronunce di illegittimità costituzionale, si esprime S. Scagliarini, *Tempi del processo ed impatto delle decisioni della Consulta*, in M. D'Amico e F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, *op. cit.*, pp. 559 ss.

28. In questo senso, vds. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, *op. cit.*, p. 86.

29. La stessa dottrina costituzionalistica fatica a distinguere il diritto processuale costituzionale dal diritto costituzionale sostanziale: si legga, su questo, il saggio di A. Ruggeri, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

30. Vds. già G. Abbamonte, *Considerazioni sul tema*, in Aa. Vv., *Atti del seminario di svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 49.

31. R. Romboli, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, p. 610.

32. Come osservato da E. Grosso, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza 207/2018*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2019, p. 532, «se la condotta processuale tenuta nel singolo procedimento risultasse meramente funzionale e servente alle ragioni di merito sottese a quello specifico giudizio, verrebbe completamente meno la funzione stabilizzatrice che le norme processuali, quandanche elastiche sotto il profilo dell'interpretazione o – addirittura – dell'applicazione, hanno il compito di esercitare».

33. *Cfr*. V. Angiolini, *Relazione di sintesi*, in E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti*, *op. cit.*, pp. 498-499.

precedenti, ma, al contrario, ne rivendica il significato e spiega la soluzione di volta in volta accolta[34], forse volendo proprio affermare una maggiore libertà.

Quanto sin qui osservato non vuole invece affatto escludere che la Corte possa innovare sul piano processuale, ma sarebbe importante che tali innovazioni non fossero ispirate alla logica del singolo caso, bensì fossero riconducibili a uno *standard* generalizzabile. Da questo punto di vista, è dunque apprezzabile la scelta della Corte di razionalizzare e formalizzare alcune regole del processo attraverso la modifica delle norme integrative – come avvenuto, da ultimo, sul ruolo dei terzi e sul potere istruttorio[35] – poiché questo rende più stabile e prevedibile l'applicazione della regola processuale.

In definitiva, è certamente presto per trarre delle conclusioni e affermare che le deroghe al diritto processuale costituzionale degli ultimi anni segnano uno spostamento verso una visione oggettiva della giustizia costituzionale. Nel contempo, poiché la rottura delle regole processuali, spesso dettate dalla volontà della Corte di entrare nel merito, è sempre più frequente, quelli segnalati sono certamente dati da monitorare, soprattutto se l'allentamento del rigore processuale si accompagna a un minore *self-restraint* della Corte rispetto alla discrezionalità legislativa.

34. Tale ultimo aspetto è criticamente messo in luce da M. Nisticò, *Lo sbilanciamento tra diritto costituzionale sostanziale e diritto processuale. Qualche osservazione a partire dalla più recente giurisprudenza della Corte*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, *op. cit.*, pp. 218-219.

35. Si fa qui riferimento alla modifica delle norme integrative disposta con delibera 8 gennaio 2020, pubblicata in *Gazzetta ufficiale* il 22 gennaio 2020.

Gli *amici curiae*

di *Marilisa D'Amico*

L'Autrice si sofferma sulle recenti modifiche alle norme integrative per i giudizi innanzi alla Corte costituzionale. In questo contesto, il tema degli *amici curiae* è inserito nel più vasto argomento della partecipazione al giudizio costituzionale, e in particolare dell'intervento dei terzi, oggetto di riflessioni anche sul piano del diritto comparato.

1. *Amici curiae* e terzi: un nuovo contraddittorio dinanzi al Giudice costituzionale? / 2. Gli *amici curiae*: chi sono, cosa fanno, cosa non sono / 3. Parti e intervenienti nella giurisprudenza della Corte / 4. Gli *amici curiae* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo / 5. Qualche riflessione dall'analisi dell'ordinamento tedesco / 6. Le prime decisioni dopo la modifica delle norme integrative: una significativa pronuncia che illumina il significato della riforma / 7. L'intervento di terzi nei giudizi in via incidentale successivi all'ord. n. 202 del 2020 / 8. L'intervento di terzi nei giudizi in via principale in seguito all'approvazione della riforma / 9. Il significativo utilizzo dell'istituto degli *amici curiae* e la sua valorizzazione nel giudizio costituzionale / 10. Alcuni recenti decreti di ammissibilità delle opinioni scritte dagli *amici curiae* / 11. Conclusioni

1. *Amici curiae* e terzi: un nuovo contraddittorio dinanzi al Giudice costituzionale?

La recente modifica del gennaio 2020 delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» è stata presentata come una "novità" e un'apertura alla società civile, una vera svolta rispetto al passato, e, come tale, è stata commentata entusiasticamente o criticata aspramente dalla dottrina[1].

Nelle mie riflessioni, vorrei tentare di inquadrare il tema non tanto come "apertura", inedita rispetto al passato, quanto piuttosto come elemento di razionalizzazione e di maggiore strutturazione e valorizzazione del processo costituzionale.

1. Sulla modifica delle «Norme integrative» si esprime, in senso molto critico, M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 402 ss. Vds. anche A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *ivi*, pp. 426 ss.; T. Groppi, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; A. Ruggeri, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020; M.C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 1/2020, pp. 5 ss.; oltre che A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, n. 16/2020, pp. 407 ss.; P. Ridola, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, *ivi*, n. 2/2020, pp. iv ss.; A. D'Atena, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli* "amici curiae", in Aa. Vv., Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, numero speciale, 2020, pp. 1 ss., e, per quanto attiene più specificamente al giudizio costituzionale in via principale, B. Liberali, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, atti del Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa «Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni», Trento, 18-19 settembre 2020, pp. 59 ss, www.gruppodipisa.it/images/convegni/2020_Convegno_Trento/Benedetta_Liberali_-_Stato_e_Regioni_davanti_alla_Corte_costituzionale_-_Relazione.pdf.

Non è privo di rilievo, in queste premesse introduttive, sottolineare che tali modifiche alle norme integrative, grazie al rinvio operato dall'art. 23 delle stesse, si rendono applicabili non solo al giudizio in via incidentale, ma anche a quello in via principale.

Questa considerazione consente di tornare a ragionare sul "processo costituzionale"[2] nel suo complesso e sulla sua natura intrinsecamente ambigua (o forse, più correttamente, sui «più "processi costituzionali"»[3]).

A tale proposito, si è già in altra sede sottolineato questo carattere ambiguo, determinato dalla dicotomia fra un processo indipendente dalla Corte costituzionale e schiacciato sul giudizio *a quo* oppure un processo prodotto e disponibile da parte della stessa Corte, dicotomia comunque stemperata nel riconoscimento di una autonomia del Giudice costituzionale nel determinare in parte le regole processuali[4].

Proprio tali recenti modifiche delle norme integrative non fanno che confermare, in fondo, l'impostazione secondo cui, se è la Corte stessa a scrivere le regole del proprio processo, quello costituzionale è qualcosa di ben differente rispetto a tutti gli altri processi, nonostante se ne possano individuare indubbie affinità terminologiche e concettuali.

Queste modifiche, per il tema che in questa sede specificamente interessa, ossia quello relativo al ruolo degli *amici curiae*, offrono allora anche l'occasione per tornare nuovamente a riflettere su profili più generali, che pongono in stretta connessione le considerazioni sul ruolo delle parti e dei terzi con la sopra citata natura intrinsecamente ambigua del processo costituzionale. Occorre, infatti, pur sempre tenere conto delle indubbie differenze che rispettivamente caratterizzano il giudizio in via incidentale e quello in via principale, innanzitutto se si considera la natura di "giudizio di parti" del secondo, che pone ulteriori e differenti profili problematici rispetto al possibile ingresso di terzi nel contraddittorio[5].

Devo preliminarmente chiarire che nelle mie riflessioni non ritengo separabile un ragionamento sul ruolo e sulla disciplina dei cd. *amici curiae*, oggi introdotta nel nuovo art. 4-*ter* delle norme integrative, da considerazioni anche sulle novità in tema di intervento di terzi, soprattutto dal punto di vista procedurale, contenute nel novellato art. 4 delle stesse. Le due norme, insieme al nuovo art. 14-*bis*, che prevede la possibilità, per la Corte, di farsi aiutare da «esperti di chiara fama», contribuiscono a costruire un processo costituzionale più articolato, nel quale si definiscono meglio i ruoli e i confini dei soggetti ammessi al contraddittorio (gli intervenienti) e di quelli che possono soltanto portare alla Corte un contributo di ragionamento e di idee (gli *amici curiae*).

Ragionando sull'insieme della riforma, può meglio riconoscersi, a mio parere, il percorso di maturazione del processo costituzionale, soprattutto di quello "in via incidentale": da processo "senza parti" e soprattutto chiuso all'intervento di qualsiasi altro soggetto, a processo che comincia ad aprirsi con molte contraddizioni a interventi di terzi "legati al processo", come sinteticamente esporrò fra breve e nel quale, in modo netto, emergono figure di "*amici curiae*" che, pur venendo sistematicamente espulsi, come interventori inammissibili, dal contraddittorio, si presentano per offrire un apporto al Giudice costituzionale, alle nuove norme che finalmente distinguono sia sostanzialmente che proceduralmente tali soggetti. Norme che introducono anche la possibilità, con l'art. 14-*bis*, che sia la stessa Corte a chiamare soggetti «esperti», in una camera di consiglio aperta alle parti, per approfondire questioni complesse con strumenti nuovi e ulteriori rispetto alla disciplina dell'istruttoria.

Questa riforma esprime certamente un'esigenza, ma anche un cambiamento profondo nel ruolo e nella posizione del Giudice costituzionale nella società: un Giudice costituzionale che, sempre più spesso, è chiamato a risolvere problemi complessi, non di rado legati anche alla scienza, dove è importante cogliere tutti i profili; problemi legati anche alla trasformazione profonda del ruolo del giurista, in una realtà dove

2. In generale, sulla nozione di "processo costituzionale" sia consentito il rinvio a M. D'Amico, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 480 ss., e *Id.*, *Diritto processuale costituzionale e giudizio in via principale*, in *Giur. cost.*, n. 5/1999, pp. 2969 ss., oltre che a G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1989, e C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, in Aa. Vv., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, atti del seminario tenutosi a Roma, Palazzo della Consulta, il 13-14 novembre 1989, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 63 ss.

3. M. D'Amico, *Dalla giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 490.

4. A tale proposito si richiamano le considerazioni già svolte in M. D'Amico, *Le parti del processo* a quo *costituite e non costituite*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 27 ss., e *Id.*, *I soggetti del processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una rilettura*, in R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 223 ss.

5. In generale, oltre ai precedenti riferimenti, sul contraddittorio davanti alla Corte costituzionale si vedano C. Mezzanotte, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale* (commento a Corte cost., 26 gennaio 1972, n. 10), in *Giur. cost.*, 1972, pp. 954 ss., e R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985.

la legge non basta più da sola, un mondo giuridico, per dirla con le bellissime parole di Paolo Grossi, «oltre la legalità»[6].

2. Gli *amici curiae*: chi sono, cosa fanno, cosa non sono

La novità più significativa e più apprezzabile di tale modifica attiene, a mio avviso, alla separazione netta, nel processo costituzionale, della fase dell'ammissibilità degli interventi e dell'ammissibilità del deposito delle "opinioni" degli *amici curiae*, dall'udienza.

Mentre fino a gennaio 2020 il "contraddittorio" si completava in udienza con la discussione dell'ammissibilità degli interventi di chi non fosse parte del giudizio *a quo* e l'ordinanza di ammissione o di esclusione del Giudice costituzionale prima della discussione nel merito in udienza, dopo questa modifica vengono temporalmente separati dall'udienza i momenti di "formazione" del contraddittorio, riservati a una camera di consiglio precedente l'udienza, per gli interventi, e a una decisione del presidente, sentito il giudice relatore, per le opinioni scritte degli "*amici curiae*".

Tutto questo contribuisce a creare un ordine e un peso del "contraddittorio": possono «intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio» (art. 4, comma 7), i quali, se ammessi, acquistano la qualità di "parte" del giudizio.

Tutt'altra posizione quella degli "*amici curiae*".

L'art. 4-*ter* li definisce in positivo e in negativo.

Essi sono «formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità». Si tratta quindi dei soggetti che, come vedremo, già intervenivano nel giudizio costituzionale, in modo sempre più frequente, ma del cui intervento la Corte aveva sempre dichiarato l'inammissibilità.

Significativa anche la circostanza che la Corte non parli di "atto di intervento", ma di deposito di un'opinione. Opinione che «non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi», e che, sulla scia del modello della Corte europea dei diritti dell'uomo, come vedremo, deve offrire per essere ammessa «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (commi 2 e 3).

Decisivo il comma 5 dell'art. 4-*ter*, che crea una separazione netta fra terzi intervenienti e *amici curiae*, delimitando in modo preciso i confini del contraddittorio costituzionale: i soggetti le cui opinioni sono state ammesse «non assumono la qualità di parte del giudizio, non possono ottenere copia degli atti, non partecipano all'udienza».

Rispetto al passato, gli *amici curiae* rimangono quindi totalmente estranei al contraddittorio costituzionale.

Per questo motivo, ritengo che la riforma irrobustisca il processo costituzionale, ma non sia affatto un'apertura a soggetti sconosciuti nel passato, che anzi avevano accesso agli atti e spazio nell'udienza pubblica, sia pure solo ai fini di sostenere l'ammissibilità del loro intervento, quanto piuttosto una vera razionalizzazione che valorizza chi interviene, che acquisisce la qualità di "parte" e ridimensiona, almeno per quello che riguarda la presenza "scenica", chi vuole portare un proprio punto di vista, che rimane totalmente estraneo all'udienza e quindi al contraddittorio costituzionale.

Per comprendere meglio questo decisivo passaggio nella costruzione del processo costituzionale, ritengo necessario ripercorrere la storia del contraddittorio dinanzi alla Corte costituzionale, evidenziandone il percorso di ampliamento, ma anche le numerose contraddizioni.

3. Parti e intervenienti nella giurisprudenza della Corte

Come è noto, in Assemblea costituente, con la bocciatura dell'azione diretta e la successiva scelta per il sistema incidentale, il ruolo del cittadino come portatore di una visione generale, di idee e principi utili a tutti viene fortemente ridotto.

Vero è che la parte del giudizio *a quo*, intervenendo nel giudizio costituzionale, dovrebbe rappresentare anche interessi più ampi e il "caso" oggetto del giudizio divenire emblema e veicolo di una decisione dagli effetti e dai riflessi generali[7].

Tuttavia, in concreto, il ruolo delle parti è sempre stato ridimensionato dalla Corte, sia per la loro

6. *Cfr*. P. Grossi, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma, 2020, il quale ritiene che nel diritto «pos-moderno» si sia ampiamente superato il dogma della "stretta legalità", facendosi ampiamente spazio un "diritto giurisprudenziale" affidato non solo ai giudici, ma anche alla comunità degli interpreti.

7. Per considerazioni più approfondite si vedano necessariamente M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, oltre che *Id.*, *Parti e terzi nel giudizio costituzionale incidentale*, in *Foro it.*, 1997, pp. 310 ss., e, ancora, *Id.*, *Le parti del processo* a quo, *op. cit.*, e *Id.*, *I soggetti del processo costituzionale*, *op. cit.*

ininfluenza nel modificare il contenuto dell'ordinanza di rimessione[8], sia per la totale chiusura, almeno fino alla nota sentenza n. 20 del 1982, a qualsiasi intervento di soggetti che non fossero parti formali del giudizio *a quo*.

Nella decisione n. 20 del 1982 la Corte costituzionale, infatti, ha ammesso per la prima volta l'intervento nel suo processo di soggetti non formalmente parti del giudizio *a quo*, allo scopo di tutelarne il diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., perché titolari di un «interesse a difendere» la propria posizione processuale incisa dall'autorimessione di una nuova e diversa questione di costituzionalità sollevata dalla Corte costituzionale dinanzi a se stessa.

Pur a fronte di tale apertura, dal 1982 inizia però al tempo stesso una giurisprudenza altalenante e contraddittoria, dove si riscontrano alcune aperture e molte chiusure e dove è sostanzialmente la Corte a decidere i criteri di ammissibilità, spesso contraddicendosi.

Fino alla seconda "apertura", infatti, la Corte ribadisce per tutti gli anni ottanta la propria chiusura in tema di intervento, nonostante alcuni richiami effettuati dai terzi che chiedevano di intervenire alla decisione n. 20 del 1982, che la Corte definisce alla stregua di un'«eccezione che conferma la regola»[9].

In quel periodo, la Corte non ha, così, mancato di dichiarare inammissibili interventi di soggetti privati, perché non parti costituite del giudizio *a quo*[10], nonché di soggetti pubblici portatori di un interesse qualificato alla questione di costituzionalità da un punto di vista oggettivo[11]. La Corte ha, invece, dichiarato ammissibile l'intervento dispiegato da un partito politico, perché interventore non estromesso nel giudizio *a quo*, accogliendo un'impostazione di fondo favorevole all'ammissibilità di interventi nel giudizio di costituzionalità dispiegati da parte soggetti titolari di una posizione processuale già definita nel giudizio principale.

Una seconda importante apertura si innesta, poi, in occasione della decisione n. 429 del 1991.

In quella pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile l'intervento del padre naturale che non era parte del processo *a quo* e che non vi aveva dispiegato un proprio intervento, essendo precluso per legge, in quanto la questione di costituzionalità verteva proprio sulla mancata legittimazione e dall'eventuale accoglimento sarebbe derivato il diritto per il padre naturale di partecipare al processo *a quo*.

Riprendendo, sebbene non esplicitamente, l'impostazione della sentenza n. 20 del 1982, la Corte costituzionale conferma la propria giurisprudenza in senso ostativo all'ammissibilità di interventi dispiegati da soggetti che non siano parti del giudizio *a quo*, ma, allo stesso tempo, chiarisce che «il preteso padre naturale, in quanto privo di legittimazione ad agire in un giudizio di disconoscimento della paternità, non aveva diritto di intervenire nel giudizio di reclamo proposto dai genitori legittimi contro il decreto di nomina del curatore speciale»[12] e che, quindi, «avendo il giudice del reclamo sollevato d'ufficio questione di costituzionalità dell'art. 244 c.p.c. anche nella parte in cui non prevede la legittimazione del preteso padre naturale, è sorto in questi un interesse diretto a intervenire nel giudizio incidentale perché dall'esito di tale giudizio dipende il suo diritto di intervento nel giudizio *a quo*»[13].

Se, quindi, il criterio di ammissibilità dell'intervento nel giudizio di costituzionalità rimane quello della qualifica formale di parte processuale nel giudizio *a quo*, la Corte introduce però una nuova eccezione sulla scorta della già citata sentenza n. 20 del 1982. La regola vale a meno che l'oggetto del giudizio costituzionale non sia costituito da una norma che riguardi direttamente lo stesso "essere parte" nel giudizio *a quo* del soggetto privato che avanza la propria richiesta di intervento.

Ne discendono due conseguenze importanti.

La prima è che, per la Corte, vi sono dei casi nei quali è possibile e, anzi, doveroso dare spazio anche nel suo giudizio a interessi specifici e che su questi stessi interessi può radicarsi e, dunque, ammettersi l'intervento di soggetti privati che non siano parti del giudizio *a quo*.

La seconda, più generale, che si può essere parti del giudizio di costituzionalità anche senza essere formalmente parti del giudizio principale, ma nei limiti

8. Si veda la consolidata giurisprudenza costituzionale che ribadisce che l'oggetto del giudizio è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nell'ordinanza di rimessione, non potendosi prendere in considerazione ulteriori questioni dedotte dalle parti: fra le molte, Corte cost., ord. n. 24/2015, sentt. nn. 37/2015, 35/2017 e 96/2019.

9. Corte cost., sent. n. 1/1984.

10. Si vedano Corte cost., sent. n. 191/1983, ma, anche, sent. n. 412/1988.

11. Per fare qualche esempio, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile l'intervento dispiegato dall'Associazione nazionale magistrati (sentt. nn. 230/1987 e 119/1991), dall'Associazione generale italiana dello spettacolo (ord. n. 298/1985), così come dall'Ordine degli avvocati e procuratori legali di Roma (sent. n. 272/1987).

12. *Considerato in diritto*, punto 2.

13. *Ibid.*

tracciati dalla sentenza n. 429 del 1991. Il contraddittorio viene, quindi, a costruirsi in chiave "residuale", come sede che non può tollerare che posizioni soggettive rimangano sguarnite di tutela.

In una sentenza di poco successiva, la n. 314 del 1992, la Corte compie un ulteriore passo in avanti. Questa volta, l'intervento dichiarato ammissibile riguardava la cd. "parte necessaria" del giudizio principale e, cioè, un soggetto non costituitosi nel giudizio *a quo* perché non posto nelle condizioni di conoscere l'atto introduttivo.

Si tratta di un caso che segna un'importante svolta nella storia del processo costituzionale, in cui la Corte apre la strada non solo alle parti "storiche", ma anche a quelle "giuridiche". La Corte mostra di volersi far carico dei vizi processuali che possono sorgere nell'ambito del giudizio principale, attenuando quell'impostazione che voleva il giudizio costituzionale necessariamente separato e distinto dal giudizio *a quo*.

La Corte, quindi, giunge ad ammettere che nel suo processo vi sono parti; che le vicende del processo costituzionale toccano "diritti", che non possono essere ignorati; che questi "diritti" sono anche quelli del giudizio *a quo* e che al Giudice costituzionale può essere assegnato il compito di riparare a errori del processo *a quo*.

A queste importanti novità si alternano, però, nella giurisprudenza costituzionale degli anni novanta anche numerose decisioni di inammissibilità.

Si tratta di pronunce in cui la Corte ribadisce il principio generale della necessaria corrispondenza tra parti del giudizio *a quo* e parti del processo costituzionale[14] fino alla decisione n. 456 del 1993, con cui la Corte costituzionale ammette, per la prima volta, l'intervento di un soggetto pubblico nel proprio giudizio.

Nella sentenza n. 456 del 1993, infatti, la Corte dichiara ammissibile l'intervento della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri perché, a suo avviso, le norme oggetto della questione di costituzionalità interessano anche la sfera di competenza degli Ordini professionali, poiché attengono all'oggetto della professione medica e della relativa attività.

Pure presentata come una novità sul piano dell'interpretazione delle regole che presiedono alla formazione del contraddittorio costituzionale, la decisione n. 456 del 1993, poi ripresa dalla successiva sentenza n. 171 del 1996, non è stata però sempre confermata nelle decisioni degli anni seguenti.

Anzi, come premesso, la giurisprudenza costituzionale successiva ha continuato a oscillare tra chiusure – improntate alla regola della rigorosa corrispondenza tra parti del giudizio *a quo* e parti del giudizio di costituzionalità[15] – e aperture.

Si pensi alla decisione n. 108 del 1995, in cui, valutando direttamente il rapporto fra l'interesse di cui è titolare il soggetto che chiede di intervenire e l'oggetto del giudizio di costituzionalità, la Corte apre il contraddittorio a un soggetto che non era parte del giudizio *a quo*. Ancora, può richiamarsi la sentenza n. 248 del 1997 in cui, a dimostrazione di quanto siano ancora poco rigorosi i criteri di selezione impiegati dalla Corte in sede di valutazione dell'ammissibilità dell'intervento, vengono dichiarati, inspiegabilmente, inammissibili numerosi interventi di associazioni di categoria.

Se la giurisprudenza costituzionale inizia, quindi, a valorizzare i "diritti" del soggetto privato quale terzo interveniente nel processo costituzionale, non così può dirsi invece per i soggetti pubblici, estranei alla posizione giuridica specifica del giudizio *a quo*.

L'ingresso dei soggetti pubblici, portatori di un interesse generale e collettivo, nel giudizio di costituzionalità continua così a essere prevalentemente ostacolato dalla giurisprudenza costituzionale maggioritaria o comunque rimesso alla discrezionale sindacabilità del Giudice costituzionale.

Tale impostazione viene codificata con la modifica delle norme integrative del 2004.

Queste introducono, infatti, un riferimento esplicito alla eventualità che soggetti terzi, diversi dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal presidente della Giunta, possano richiedere di dispiegare un intervento nell'ambito del giudizio di costituzionalità e rimettono alla Corte costituzionale la competenza a deciderne l'ammissibilità.

Il novellato art. 4, comma 3, stabiliva che: «[e] ventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, devono aver luogo con le modalità di cui al comma precedente».

La riforma, quindi, assegna discrezionalità alla Corte nel selezionare gli interventi, codificando la prassi inauguratasi a partire dal 1982.

Oltre agli elementi di diritto positivo, un dato, però, nella giurisprudenza successiva, va chiarendosi: le associazioni portatrici di interessi generali, quelle che sarebbero gli "*amici curiae*" della recente riforma, intervengono in modo sempre più intenso e "visibile", pur venendo sistematicamente dichiarate inammissibili.

Si crea così una situazione di fatto nella quale questi soggetti rivestono un ruolo nel processo costituzionale, essendo loro consentito di depositare atti di

14. Corte cost., sent. n. 90/1992; ord. n. 98/1992; sent. n. 226/1993.

15. Corte cost., ord. n. 95/1995; sent. n. 421/1995.

costituzione e memorie scritte che spesso entrano a far parte degli argomenti della decisione costituzionale.

In linea pratica, in molte situazioni l'apporto degli interventi poi dichiarati inammissibili in udienza è più significativo di quello delle parti formalmente costituite[16].

Addirittura, in molti casi, in assenza di parti regolarmente costituite, erano solo tali associazioni a "difendere" la questione e a supportare i profili di illegittimità costituzionale.

Prima di questa riforma, dunque, i cd. "*amici curiae*" facevano già parte di fatto del processo costituzionale ed erano tenuti in considerazione dalla Corte: si costituivano formalmente, osservando i termini, avevano accesso agli atti delle parti costituite, partecipavano all'udienza pubblica solo per difendere l'ammissibilità del loro intervento e, una volta dichiarati inammissibili, rimanevano, volendo, nella stessa aula d'udienza.

Di fatto, dunque, gli interventi delle associazioni dispiegavano effetti e la presenza stessa delle associazioni in udienza consentiva loro di veicolare attraverso la comunicazione anche i principi e i valori che stavano rappresentando davanti al Giudice costituzionale.

La Corte costituzionale, quindi, nei fatti si era già "aperta" alla società civile: la presenza fisica delle associazioni in udienza e la loro possibilità di accedere al contraddittorio, sia pure attraverso gli atti scritti, poneva già la Corte a contatto con visioni e argomenti più generali ed esterni rispetto a quelli delle parti formalmente costituite.

In questa direzione, per esempio, si possono ricordare le decisioni nn. 151 del 2009, 138 del 2010, 162 del 2014, rese in materie cd. eticamente sensibili, relative rispettivamente alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e al riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

La Corte costituzionale, in queste occasioni, ritiene inammissibili i diversi interventi spiegati nei giudizi dei soggetti che non fossero parti dei giudizi *a quibus*, in ragione della mancanza di titolarità di un interesse qualificato suscettibile di essere inciso dalle decisioni della Corte stessa e della sussistenza di un interesse di mero fatto: tuttavia, nella motivazione delle decisioni, è stato dedicato spazio ad argomentazioni introdotte dalle associazioni, anche sottolineandone l'analogia con profili dedotti dai giudici remittenti, che avevano potuto depositarie atti e memorie scritte, ma il cui intervento era stato dichiarato inammissibile in udienza.

È importante sottolineare al riguardo che, anche laddove la Corte renda conto "solo" dell'identità o analogia dei profili posti in evidenza nei relativi atti e memorie di intervento, con ciò essa mostri esplicitamente di aver conferito, evidentemente, rilievo agli stessi. In particolare, infatti, tale ulteriore documentazione, pur proveniente da soggetti terzi non parti dei giudizi principali, è confluita e confluisce nei lavori preparatori e istruttori informali interni della Corte.

Merita di essere segnalata, a conferma dell'eccezionalità delle aperture da parte del Giudice costituzionale, la sentenza n. 180 del 2018[17]. In quella occasione sono intervenute nel giudizio le Camere penali italiane che, oltre all'ammissibilità del proprio intervento, chiedevano la dichiarazione di inammissibilità o infondatezza delle questioni sollevate in materia di astensione dalle udienze degli avvocati in caso di imputato in stato di custodia cautelare o di detenzione. La Corte, in modo significativo, pur rilevando che le Camere penali non erano parti in nessuno dei giudizi *a quibus*, dichiara ammissibile il relativo intervento, sottolineando la natura di «soggetti terzi (...) titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura».

Da ultimo, sebbene la decisione sia resa in un giudizio per conflitto di attribuzione fra enti, che condivide con il giudizio in via principale la natura di giudizio di e fra parti[18], deve essere segnalata la sentenza n. 230 del 2017, dove la Corte, ribadendo che, «di regola, non è ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi», afferma che «non può escludersi che l'oggetto del conflitto sia tale da coinvolgere, in modo immediato e

16. Come si vedrà poco oltre, si possono richiamare i casi relativi alle sentenze nn. 151/2009, 138/2010 e 162/2014, laddove in alcuni casi, nella parte del ritenuto in fatto, i contenuti delle memorie dei terzi sono richiamate anche per quanto attiene ai profili di merito e non solo per quelli attinenti all'ammissibilità degli interventi (a volte anche sottolineandone l'analogia con i profili prospettati nelle ordinanze di rimessione). Viene in rilievo anche la sent. n. 286/2016, in materia di attribuzione del cognome ai figli, dove la Corte richiama gli argomenti spesi dalla difesa dell'associazione intervenuta, sottolineandone l'analogia con quelli prospettati dal giudice rimettente.

17. A commento della decisione, si vedano le osservazioni di T.F. Giupponi, *L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'incidentalità: la Corte e il Codice di autoregolamentazione dell'astensione collettiva degli avvocati, tra riserva di legge e disapplicazione*, in *Forum di Quad. cost.*, 30 maggio 2019.

18. Sul fermo orientamento della Corte costituzionale nell'escludere l'intervento di terzi nel giudizio in via principale, vds. F. Dal Canto ed 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)*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 227 ss.

diretto, situazioni soggettive di terzi, il cui pregiudizio o la cui salvaguardia dipendono dall'esito dello stesso». Poiché, nel caso, la società interveniente è stata parte del giudizio amministrativo avente a oggetto il provvedimento di autorizzazione e poiché con il giudizio costituzionale instaurato la Regione Puglia mira «in definitiva a incidere su tale provvedimento», «l'esito dell'odierno giudizio è suscettibile di ripercuotersi sulla posizione giuridica soggettiva della società, la quale si fonda proprio su quel provvedimento». In tal modo, quindi, si permette alla società di «far valere le sue ragioni davanti» alla Corte.

Come si è cercato di mostrare, dunque, è proprio la giustificazione che la Corte individua per sostenere l'ammissibilità (pure sporadica) a confluire in modo diretto e sostanzialmente identico nell'attuale previsione del riformulato art. 4 delle norme integrative, senza per nulla scardinare la natura del processo costituzionale[19].

4. Gli *amici curiae* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

Il processo dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) offre spunti interessanti di confronto con il modello italiano.

La nostra dottrina[20], infatti, aveva evidenziato in varie occasioni la necessità di una razionalizzazione del contraddittorio dinanzi alla Corte costituzionale seguendo anche altri modelli, come quello della Corte Edu, che prevede una codificazione molto dettagliata delle norme che regolano l'intervento dei terzi e degli *amici curiae*.

È infatti la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo a guardare con particolare favore agli interventi dispiegati dai terzi e dagli *amici curiae*[21].

La disciplina è contenuta innanzitutto nell'art. 36 («Intervento di terzi»): il primo paragrafo regola l'intervento dello Stato contraente il cui cittadino sia ricorso in giudizio dinanzi alla Corte Edu, ammettendolo sia a presentare osservazioni scritte sia a prendere parte al contraddittorio.

Diversa è, invece, la regolamentazione dell'intervento di altre parti che siano interessate alla causa pendente dinanzi alla Corte europea.

Il secondo paragrafo dell'art. 36 dispone, infatti, che «[n]ell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze».

Il presidente della Corte, quindi, può ammettere l'intervento di terze parti, la cui partecipazione al processo può assumere una gradazione differenziata a seconda che l'intervento si risolva nel mero deposito di osservazioni scritte oppure, anche, nella vera e propria partecipazione al contraddittorio tra le parti in sede di udienza pubblica.

Da ultimo, l'art. 36 riconosce il diritto al deposito di atti scritti e alla partecipazione al contraddittorio al Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, il quale è ammesso quindi a intervenire in tutti i procedimenti che si svolgono dinanzi alla Corte Edu e in tutte le udienze, sia davanti alle camere che alla Grande Camera.

Infine, l'art. 38 della Cedu («Esame in contraddittorio della causa») precisa che «[l]a Corte esamina la causa in contraddittorio con i rappresentanti delle parti e, se del caso, procede a un'inchiesta per il cui efficace svolgimento le Alte Parti contraenti interessate forniranno tutte le facilitazioni necessarie».

La disciplina relativa alle modalità di intervento dei terzi nell'ambito del processo che si svolge dinanzi alla Corte Edu è, poi, completato dall'art. 44 del regolamento della Corte, che dettaglia termini e modalità di intervento dei terzi interessati.

Oltre ai primi due paragrafi che specificatamente interessano, rispettivamente, l'intervento in giudizio dello Stato contraente nei cui confronti sia stato depositato il ricorso e quello del Commissario per i diritti dell'uomo, maggiore interesse riveste il terzo paragrafo. In esso si chiarisce anche che l'intervento non costituisce soltanto una forma di integrazione del contraddittorio su richiesta del giudice, ma esso può

19. Quanto appena scritto è confermato dalla dottrina di Romboli, secondo cui la «previsione secondo la quale "nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio", esprime infatti una giurisprudenza costituzionale assolutamente consolidata»: così R. Romboli, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, n. 1/2020, p. 518.

20. Si vedano, in generale, innanzitutto T. Groppi, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 151 ss., e V. Angiolini, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, *ivi*, pp. 3 ss. Volendo, più di recente, M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2017, pp. 1 ss.; 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*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 371 ss., e A. Pugiotto, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, *ivi*, pp. 361 ss.

21. In letteratura, sul ruolo dispiegato dai terzi intervenienti nell'ambito del processo che si svolge dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda N. Bürli, *Third-party interventions before the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017.

riguardare richieste autonome da parte di soggetti "terzi", che devono quindi essere "autorizzate".

A norma dell'art. 44, paragrafo terzo, il regolamento dispone infatti che il presidente della camera possa «invitare o autorizzare qualsiasi Parte contraente che non sia parte della procedura o qualsiasi persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni scritte o, in circostanze eccezionali, a prendere parte all'udienza».

È, poi, sempre il regolamento, a norma dell'art. 44, par. 3, lett. *b*, a occuparsi delle richieste di intervento.

Si stabilisce, infatti, che le richieste di autorizzazione a dispiegare un intervento devono essere formulate per iscritto, devono essere appositamente motivate e devono rispettare il termine di dodici settimane «dalla data in cui il ricorso è stato portato a conoscenza della Parte contraente convenuta», fatta salva la fissazione di un termine differente, in via eccezionale, per opera del presidente.

L'omessa osservanza di dette condizioni e, in particolare, del termine di dodici settimane comporta, come stabilisce il par. 5 dell'art. 44 del regolamento, la possibilità che il presidente decida «di non acquisire le osservazioni al fascicolo o di limitare la partecipazione all'udienza nella misura che ritiene appropriata».

L'art. 44 del regolamento si occupa, poi, anche della lingua in cui dovrà essere formulata la richiesta di autorizzazione all'intervento, richiedendone la redazione in una delle lingue ufficiali.

Interessante la norma di cui al par. 6 del regolamento, che pone in capo al cancelliere l'obbligo di trasmissione delle osservazioni scritte alle parti, che «(...) sono autorizzate a rispondervi per iscritto o, all'occorrenza, in udienza».

A chiusura del quadro normativo che disciplina l'intervento dei terzi nell'ambito del processo dinanzi alla Corte Edu, si collocano le norme che regolano i poteri istruttori, l'acquisizione delle prove, le indagini sul territorio, la produzione di documenti dalle parti e il coinvolgimento di esperti o di istituzioni al fine di ottenere pareri o per redigere rapporti scritti.

L'allegato al regolamento è, in particolare, molto dettagliato.

Nella prospettiva della partecipazione dei terzi e degli *amici curiae* ai provvedimenti istruttori, può richiamarsi quanto disposto ai sensi del par. 6 dell'art. A1, ove espressamente si stabilisce che «[i]l presidente della camera può, quando lo ritiene appropriato, invitare o autorizzare i terzi intervenienti a partecipare a un provvedimento istruttorio», fissandone le relative condizioni.

Il presidente, quindi, non soltanto invita o autorizza l'ingresso nel processo dei terzi, ma può anche deciderne il diretto coinvolgimento nel corso dell'espletamento dei provvedimenti istruttori.

Oltre le norme, nella sua giurisprudenza, la Corte Edu ha avuto più volte occasione di precisare che gli interventi dei terzi sono e saranno ammessi soltanto alla condizione che siano portatori di un punto di vista diverso rispetto a quello presentato nel ricorso introduttivo dalla parte ricorrente e soltanto nei limiti in cui mettano a disposizione della Corte informazioni aggiuntive, spesso di carattere tecnico-scientifico, a integrazione di quelle prodotte dal ricorrente.

Sul ruolo e sull'impatto dispiegato dai terzi nell'ambito del processo dinanzi alla Corte Edu, possono portarsi alcuni casi emblematici.

La Corte ha dimostrato di guardare con particolare favore a interventi di terzi che le hanno messo a disposizione dati statistici oppure anche elementi ulteriori di carattere tecnico e scientifico utili ai fini della definizione del caso.

Si pensi, quale esempio del primo tipo, alla sentenza della Grande Camera sul caso *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*[22] del 2007, in cui il ruolo dell'interveniente si è tradotto nella produzione in giudizio dei dati statistici su cui si è successivamente fondato l'accertamento della discriminazione indiretta, lesiva dell'art. 14 Cedu, subita dalla minoranza di etnia rom nell'esercizio del suo diritto all'istruzione di cui all'art. 2, Protocollo n. 1 alla Convenzione.

Tra i secondi, a *S. e Marper c. Regno Unito*[23] del 2008, in cui il terzo interveniente aveva fornito alla Corte europea alcuni dati scientifici concernenti l'utilità di *database* contenenti *samples* di DNA, determinanti ai fini dell'esito del giudizio.

In termini generali, la prassi evidenzia un elevato numero di richieste di autorizzazione all'intervento nel giudizio dinanzi alla Corte Edu da parte di altri Stati contraenti interessati alla vicenda oggetto del giudizio – si pensi, a titolo di esempio, all'intervento dello Stato italiano nel caso *S.H. e altri c. Austria*[24]

22. Corte Edu [GC], *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, 13 novembre 2007. A commento della pronuncia, si rinvia a J. Devroye, *The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 7, n. 1/2009, pp. 81 ss.

23. Corte Edu [GC], *S. e Marper c. Regno Unito*, 4 dicembre 2008.

24. Corte Edu [GC], *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, con note di B. Liberali, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd.* time factor. *Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in M. D'Amico e B. Liberali (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 113 ss.; C. Nardocci, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali* (a commento della sentenza della Grande Camera *S.H. e altri v. Austria*), in *Forum di Quad. cost.*, 3 febbraio 2012, pp. 1 ss.

in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo –, di organizzazioni internazionali che operano nel settore dei diritti umani, di organizzazioni non governative e, più di recente, di centri di ricerca universitari.

Le richieste di autorizzazione all'intervento, sebbene accolte, come detto, con favore dalla Corte, solo raramente si risolvono in una vera e propria partecipazione del terzo interveniente al contraddittorio, limitandosi piuttosto la Corte a dare conto più o meno sinteticamente dell'intervento e degli argomenti prodotti nella sentenza che definisce il giudizio.

Tra i giudizi che hanno conosciuto un numero significativo di richieste di intervento ammesse dalla Corte europea, può ricordarsi il caso *Lautsi c. Italia*[25], definito dalla Grande Camera nel 2011.

Si tratta di un caso che offre una panoramica piuttosto interessante della eterogenea caratterizzazione del "terzo interveniente". In quell'occasione avevano, infatti, dispiegato un intervento autorizzato dalla Corte: alcuni Stati contraenti (in particolare: Armenia, Bulgaria, Cipro, la Federazione Russa, Grecia, Lituania, Malta e la Repubblica di San Marino), ben dieci ong e 33 membri del Parlamento europeo.

Un altro esempio interessante in cui, più del precedente, il ruolo dell'*amicus curiae* si è tradotto nella messa a disposizione della Corte europea di dati di carattere tecnico-scientifico è offerto da *Parrillo c. Italia*[26], del 2015. Nel giudizio si contano interventi di dieci ong e di 46 membri del Parlamento italiano.

In termini generali e per concludere sul punto, può rilevarsi che il modello processuale accolto dal sistema della Corte Edu sicuramente valorizza il ruolo del terzo nella fase dell'ammissibilità del suo intervento in giudizio e, per ciò che riguarda la necessità di produrre argomenti nuovi per essere ammissibile, esso sembra aver ispirato il nuovo art. 4-*ter* delle norme integrative.

5. Qualche riflessione dall'analisi dell'ordinamento tedesco

Molto utile può rivelarsi un confronto con il modello tedesco, che presenta un contraddittorio più articolato, dove le più importanti decisioni sono di solito accompagnate dall'opinione di esperti, chiamati a vario titolo a rendere le proprie opinioni. Ebbene, analizzando le norme e la prassi del BVerfG, ci rendiamo conto che non esiste formalmente la figura dell'*amicus curiae* in senso proprio, come ha avuto modo di affermare la dottrina[27].

Ai sensi dell'art. 27, lett. *a* del BVerfGG[28], infatti, «Il Tribunale costituzionale federale può dare a terzi esperti l'opportunità di esprimere il proprio parere»[29]: l'introduzione di tale disposizione nel complesso normativo che disciplina il funzionamento del Tribunale costituzionale federale tedesco ha contribuito e continua a contribuire all'arricchimento del processo costituzionale, rendendolo, di fatto, maggiormente "pluralistico"[30].

A tal proposito, la previsione normativa in esame non solo consente di aprire il processo costituzionale alla società civile, ma garantisce un "maggior consenso" intorno alla sentenza che, in seguito all'ausilio di terzi esperti, verrà verosimilmente adottata dal Tribunale costituzionale[31].

L'articolo in questione non deve essere confuso con quanto previsto dall'art. 26 del BVerfGG, il quale, al primo comma, sancisce che: «La Corte costituzionale federale assume le prove necessarie per indagare sulla verità», così postulando l'*Untersuchungsgrundsatz*, il

25. Corte Edu [GC], *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, con osservazioni di L. Carlassare, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa "non laica"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6/2011, II, pp. 291 ss.; S. Mancini, *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 maggio 2011; L.P. Vanoni, *Il crocifisso e la neutralità: brevi considerazioni a margine della sentenza Lautsi and Others v. Italy*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 aprile 2011.

26. Corte Edu [GC], *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015, su cui si consenta il rinvio a M. D'Amico, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015,* Parrillo c. Italia, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 settembre 2015; a commento della sentenza, vds. anche V. Tigano, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015.

27. H. Lechner, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Monaco, 2019, p. 300 (§ 27a).
L'istituto in esame non è stato particolarmente studiato dalla letteratura tedesca. Così W. Blanquett e C. Casser, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in *Kritische Justiz*, vol. 50, n. 1/2017, p. 95.
Vds. il lavoro di U. Kühne, *Amicus Curiae: Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015.

28. Ci si riferisce al «*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*», la legge sul Tribunale costituzionale federale.

29. «Das Bundesverfassungsgericht kann sachkundigen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben».

30. *Cfr*. P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlino, 1998.

31. T. Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Monaco, 2014, p. 1 (§ 27a).

principio dell'indagine istruttoria, il quale è finalizzato al raggiungimento del benessere comune[32].

Infatti, la partecipazione di soggetti «terzi» dipende da un invito esplicito del BVerfG: la procedura di intervento pare pertanto collocarsi «alla frontiera con i poteri istruttori»[33].

Non è un caso che la dottrina tedesca si riferisca ai terzi di cui all'art. 27, lett *a* del BVerfGG nel senso di individui che forniscono, solo ed esclusivamente in modo "passivo", il proprio sostegno alla Corte costituzionale[34].

Nella prassi, però, numerose sono le opinioni scritte di terzi inoltrate al Tribunale costituzionale federale «al fine di influenzare una determinata decisione»: esse vengono depositate nel registro generale (art. 63 regolamento del BVerfG)[35] e non rientrano nel novero degli atti[36].

Inoltre, secondo la dottrina, il concetto di "terzo" deve interpretarsi in senso ampio[37]: «terzi» sono non solo le persone fisiche e giuridiche, ma anche le associazioni e le «unità funzionali di diritto pubblico»[38].

Infine, il termine «esperto» implica il fatto che colui il quale venga chiamato a esprimere il proprio parere dinanzi al BVerfG debba avere, necessariamente, competenze di natura oggettiva[39]; tuttavia, tali competenze non precludono l'eventuale esistenza di interessi concreti in capo al terzo.

Alla luce della effettiva prassi, è forse possibile individuare un nodo problematico ben evidenziato dalla letteratura tedesca: la garanzia dell'intervento di terzi solo su istanza del Giudice costituzionale potrebbe fortemente incidere sulla "direzione" della stessa acquisizione del parere[40]: scegliere l'esperto significa selezionare il parere o l'opinione, in tal modo incidendo sul consolidamento di una "nuova" cultura del diritto[41].

Non solo, vi sarebbero ulteriori ragioni che si potrebbero porre alla base della necessità di procedere all'introduzione nell'ordinamento tedesco dell'istituto degli *amici curiae*: è stata posta in evidenza l'importanza di rafforzare il principio dell'indagine istruttoria di cui all'art. 26 del BVerfGG, così come la necessità di assicurare la funzione oggettiva della *Verfassungsbeschwerde*, nonché la garanzia di una tutela effettiva[42].

Significativa, dunque, la circostanza che in un sistema di giustizia costituzionale molto simile al nostro, ma nel quale si sono da tempo sperimentate regole processuali più articolate, si pongano esigenze analoghe a quelle che hanno condotto alle nuove regole del processo costituzionale: assicurare un "contraddittorio" del Giudice costituzionale, che garantisca la possibilità di cogliere elementi tecnici, scientifici, sociali di questioni complesse. Anche in Germania, tuttavia, il quadro normativo non è da freno alla necessità di apporti volontari, pur in assenza di un istituto dell'*amicus curiae*, ma rimanendo in quella che efficacemente è stata definita una "zona grigia"[43].

---

32. Di senso contrario l'opinione di U. Kühne, *Post von Freunden*, in *Legal tribune online*, 25 novembre 2018, www.lto.de/recht/justiz/j/amicus-curiae-gericht-stellungnahme-dritter-einfluss-us-supreme-court/.

33. Così T. Groppi, *Interventi di terzi e* amici curiae*: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta on line*, n. 1/2019, p. 134.

34. *Cfr*. W. Blanquett e C. Casser, *Amicus Curiae in Deutschland*, *op. cit*.
Un esempio di intervento di terzo del tutto significativo è quello dell'audizione che è stata svolta in occasione dell'udienza pubblica dinnanzi al BVerfG al fine di acquisire maggiori informazioni in tema di clausola di sbarramento del 5% nell'elezione dei parlamentari europei. *Cfr*. *BVerfGE* 129, 300 (316).
Altresì significativo è l'intervento dell'Unhcr richiesto dal BVerfG nel marzo 2011, nell'ambito di un ricorso diretto. *Cfr*. «UNHCR letter to the Federal Constitutional Court of Germany relating to the case 1 BvL 3/11 - Schreiben an das Bundesverfassungsgericht», 20 maggio 2011 (www.refworld.org/docid/4dde74f42.html).

35. T. Rörig, *Germania*, in P. Passaglia (a cura di), *L'intervento di terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, Corte costituzionale, Servizio studi (area di Diritto comparato), novembre 2018, p. 56, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Internet_Comp_244.pdf.

36. R. Zuck, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, in *NVwZ*, n. 17/2016, p. 1131.

37. *Cfr*. T. Rörig, *Germania*, *op. cit*., p. 52.

38. *Ibid*. Sul punto, vds. anche H. Hirte, *Der amicus-curiae-brief*, in *ZZP*, n. 1/1991, p. 14. Il terzo, inoltre, non è obbligato a rendere il proprio parere: *cfr*. H. Lechner, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, *op. cit*., p. 301 (§ 27a).

39. T. Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, *op. cit*., p. 4 (§ 27a).

40. W. Blanquett e C. Casser, *Amicus Curiae in Deutschland*, *op. cit*., p. 16.

41. *Ivi*, p. 106.

42. R. Zuck, *Amicus curiae*, *op. cit*., pp. 1132 ss.

43. Così, molto significativamente, R. Zuck, *ivi*, p. 1132.

6. Le prime decisioni dopo la modifica delle norme integrative: una significativa pronuncia che illumina il significato della riforma

Tornando al processo costituzionale, la riforma dello scorso gennaio solo apparentemente offre maggiori effettivi ed efficaci strumenti alla società civile: come abbiamo affermato all'inizio di queste riflessioni, essa costituisce una razionalizzazione del processo, dove i terzi intervenienti acquisiscono, come è giusto, la qualifica di "parti" se ritenuti ammissibili dalla Corte e solo in questo caso possono avere accesso al contraddittorio[44], mentre i cd. *amici curiae*, che prima avevano accesso fino all'udienza, rimangono totalmente estranei al contraddittorio e possono ora depositare memorie scritte, che entreranno negli argomenti della decisione solo se ritenute utili[45].

Sembra muoversi in questa direzione anche il Giudice costituzionale nell'ord. n. 202 del 2020, resa in un giudizio in via incidentale.

In quella occasione diversi soggetti, intervenuti nel giudizio costituzionale *ad adiuvandum*, lamentavano che nei propri giudizi comuni i rispettivi giudici, pur ritenendo la rilevanza e la non manifesta infondatezza di analoghe questioni di legittimità costituzionale, avevano sospeso i relativi giudizi a fronte della pendenza davanti alla Corte costituzionale proprio di quelle omogenee questioni, mentre sempre *ad adiuvandum* interveniva anche un'associazione di categoria, quale soggetto rappresentativo dei relativi interessi.

La Corte, nel richiamare le ordinanze nn. 37 e 111 del 2020, sottolinea come l'art. 4, comma 7 delle norme integrative abbia recepito la costante giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità degli interventi dei terzi. Con ciò, ribadisce che «i soggetti che non sono parti del giudizio *a quo* possono intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale solo ove siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, e non di un interesse semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura»[46].

Pur rilevando le problematicità della cd. sospensione impropria da parte dei giudici *a quibus*, la Corte sottolinea che, «ai fini dell'ammissibilità dell'intervento, non rileva che il giudizio di cui è parte l'interveniente sia stato sospeso in attesa dell'esito dell'incidente di costituzionalità scaturito da altro indipendente giudizio, poiché, ove si ritenesse altrimenti, verrebbe sostanzialmente soppresso il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale», indicando che essa, quale «questione di natura squisitamente endoprocessuale, trova rimedio nei mezzi di impugnazione che consentono alla parte di riattivare il corso del processo erroneamente sospeso e non può ridondare in un titolo di legittimazione di quella stessa parte agli effetti dell'intervento in un giudizio incidentale di legittimità costituzionale promosso altrove».

Rispetto agli interventi dei soggetti rappresentativi di interessi collettivi o di categoria, nel dichiararne parimente l'inammissibilità, la Corte invece richiama espressamente il nuovo art. 4-*ter*, che permette alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi, comunque attinenti ai profili sottesi alle questioni sollevate, di depositare opinioni scritte in qualità di *amici curiae*. L'inammissibilità, pertanto, nel caso di specie deriva dalla circostanza che l'associazione interveniente vanta «un interesse solo indiretto, connesso in via generale agli scopi statutari».

Similmente, in occasione dell'ord. n. 37 del 2020, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile l'intervento del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti (Cnog)[47] nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale, promosso dal Tribunale ordinario di Salerno, dell'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 («Disposizioni sulla stampa») e dell'art. 595, comma 3, cp, è stato tuttavia affermato che, ai fini

44. *Cfr*. in questo senso anche S. Di Palma, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, in *Giur. cost*., n. 1/2020, p. 496.

45. La Corte costituzionale si è limitata a rilevare nel *ritenuto in fatto* la presentazione tardiva dell'opinione scritta dalla Federazione nazionale della stampa italiana (Fnsi) in qualità di *amicus curiae*, in occasione della nota ord. n. 132 del 2020, in tema di pena detentiva per diffamazione, e in occasione dell'ord. n. 152/2020, ove il Giudice delle leggi, sempre nel *ritenuto in fatto*, ha rilevato la presentazione fuori termine dell'opinione a titolo di *amici curiae* della formazione sociale Ulces (Unione per la lotta contro l'emarginazione sociale), della Fondazione promozione sociale onlus, della Federazione italiana Prader - Willi (Sezione Piemonte), di Scintilla - Associazione genitori ragazzi handicappati Collegno e Grugliasco e della redazione della rivista *Prospettive assistenziali*, edita dall'Associazione promozione sociale (Aps).

46. Allo stesso modo, in occasione della sent. n. 119/2020, adottata nell'ambito di un giudizio in via incidentale, la Corte costituzionale ha affermato che «poiché l'Anci Veneto-Associazione regionale dei Comuni del Veneto, l'Ance Veneto-Associazione regionale dei costruttori edili del Veneto e M. B. P. non sono parti del giudizio a quo, né titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto ivi dedotto, che ne possa legittimare l'intervento, questo va dichiarato inammissibile». *Cfr. considerato in diritto*, punto 2.1.

47. Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha escluso che la legittimazione dell'intervento potesse derivare dalla posizione di rappresentanza istituzionale degli interessi della professione giornalistica rivestita dal Cnog; tuttavia, ha rilevato la sussistenza di un «nesso con lo specifico rapporto giuridico dedotto in giudizio» in quanto, in caso di condanna penale, sarebbero derivate «specifiche conseguenze in ordine all'avvio dell'azione disciplinare» di specifica competenza del Cnog. *Cfr*. sul punto, il breve commento di D. Chinni all'ord. n. 27/2020, in *Nomos*, n. 1/2020, www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/05/sentenza-37-2020.pdf.

della «ammissibilità dell'intervento nei giudizi in via incidentale di soggetti diversi dalle parti del giudizio a quo, dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale (...), l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente deve derivare dall'immediato effetto che tale pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo» e che tale soluzione deve essere ribadita «tanto più a fronte della recente introduzione dell'art. 4-ter delle Norme integrative, che consente alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali "portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità" di presentare alla Corte un'opinione scritta in qualità di amici curiae».

La pronuncia in questione, peraltro, rileva in quanto costituisce la prima decisione con cui il Giudice delle leggi applica l'art. 4-*bis* delle norme integrative[48].

Ecco che proprio alla luce delle sopra citate modifiche alle norme integrative e considerando le prime decisioni, e in particolare l'ord. n. 202 del 2020, si coglie non solo un elemento di indubbia novità nell'approccio che la Corte intende riservare all'ingresso di documenti e atti esterni alle parti dei suoi giudizi (che in parte conferma la consolidata giurisprudenza costituzionale in punto di requisiti di ammissibilità dell'intervento di soggetti terzi; in parte innova profondamente introducendo nuovi strumenti quali le opinioni scritte degli *amici curiae* e le audizioni degli esperti), ma un profondo ancoramento delle stesse nuove disposizioni alla natura più profonda del processo costituzionale, in particolare di quello in via incidentale.

7. L'intervento di terzi nei giudizi in via incidentale successivi all'ord. n. 202 del 2020

Nel paragrafo in questione si analizzeranno quei casi giurisprudenziali in cui la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità dell'intervento dei terzi senza rilevare che gli stessi avrebbero potuto depositare opinioni scritte in qualità di *amici curiae*, così come accaduto con riferimento alle pronunce nn. 37 del 2020 (pur avendo la Corte costituzionale ammesso, come si è visto, l'intervento del Cnog) e 202 del 2020.

Pare interessante ricordare che l'ord. n. 202 del 2020 è stata espressamente richiamata nell'ordinanza letta all'udienza del 20 ottobre 2020 e allegata alla sent. n. 234 del 2020, adottata nell'ambito di un giudizio in via incidentale in tema di bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, con la quale è stato dichiarato inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* spiegato da G.B.[49].

Più precisamente, secondo la Corte costituzionale, chi chiedeva di intervenire non era parte del giudizio *a quo* e la sola circostanza che, in qualità di titolare di pensione, avesse promosso un altro giudizio concernente le stesse disposizioni di legge, non sarebbe stata sufficiente a qualificarne l'interesse; inoltre, ricorda il Giudice delle leggi, «questa Corte, con ordinanza n. 202 del 2020, ha dichiarato inammissibili gli interventi adesivi spiegati da altri pensionati in un ulteriore e analogo giudizio incidentale (reg. ord. n. 46 del 2020)».

Del tutto analogamente, in occasione dell'ordinanza letta all'udienza del 3 novembre 2020, allegata alla sent. n. 246 del 2020, la Corte ha affermato non solo che la Open Fiber Spa non era titolare di un interesse direttamente riconducibile all'oggetto del giudizio principale, ma anche che, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento, «non rileva che il giudizio di cui è parte l'interveniente sia stato sospeso in attesa dell'esito dell'incidente di costituzionalità scaturito da altro indipendente giudizio, poiché, ove si ritenesse altrimenti, verrebbe sostanzialmente soppresso il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale e non sarebbe consentito alla Corte di verificare la rilevanza della questione (ordinanza n. 202 del 2020)».

Sempre con riferimento al giudizio in via incidentale, in occasione dell'ord. n. 271 del 2020, pronunciata nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»), dell'art. 64, comma 1, lett. *g*, l. 31 maggio 1995, n. 218 («Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato») e dell'art. 18 dPR 3 novembre 2000, n. 396 («Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12,

48. *Cfr*. ancora www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/05/sentenza-37-2020.pdf.

49. È dello stesso giorno l'ordinanza allegata alla sentenza n. 230/2020 con cui è stato dichiarato inammissibile l'intervento di Avvocatura per i diritti LGBTI Aps nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20, l. 20 maggio 2016, n. 76 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze») e dell'art. 29, comma 2, dPR 3 novembre 2000, n. 396 («Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127»). Secondo il Giudice delle leggi, «nel presente giudizio l'Avvocatura per i diritti LGBTI APS non è titolare di interessi direttamente riconducibili all'oggetto del giudizio stesso, sebbene di meri indiretti, e più generali, interessi, connessi ai suoi scopi statutari». Nella sent. n. 230/2020, la Corte costituzionale ha affermato che «[p]reliminarmente, va confermata l'allegata ordinanza, con la quale è stata esclusa l'ammissibilità dell'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI, poiché titolare di meri interessi indiretti e generali correlati ai suoi scopi statutari e non di un interesse direttamente riconducibile all'oggetto del giudizio principale». *Cfr. considerato in diritto*, punto 3.

della legge 15 maggio 1997, n. 127»), la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* della "madre surrogata" alla luce dell'assenza di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato il rapporto sostanziale dedotto in giudizio, in quanto la "madre gestazionale" non era «mai stata designata come genitore del minore, né nell'atto di nascita formato dalle autorità canadesi e rettificato a seguito dell'order della Supreme Court of British Columbia, né nei registri di stato civile italiani»[50]; d'altra parte, afferma la Corte, «J.E. N. si è limitata a prospettare il mero rischio di essere in futuro considerata titolare di diritti e doveri nei confronti del minore "in termini di alimenti, mantenimento e successioni"»[51].

Da ultimo, in occasione della sent. n. 278 del 2020[52] in tema di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19[53], la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sull'art. 4, comma 7 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, dichiarando l'inammissibilità dell'intervento di terzi in quanto non titolari di un interesse qualificato e immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in quel giudizio, bensì «portatori di un interesse semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalle norme oggetto di censura»[54].

8. L'intervento di terzi nei giudizi in via principale in seguito all'approvazione della riforma

Con riguardo al giudizio in via principale, invece, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi sull'ammissibilità degli interventi dei soggetti terzi nella sentenza n. 56 del 2020 e nella relativa ordinanza allegata in calce alla stessa.

In quella occasione, che aveva ad oggetto il ricorso regionale proposto nei confronti del decreto-legge n. 135 del 2018 («*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*»), gli interventi dispiegati sia *ad adiuvandum* sia *ad opponendum* di diverse associazioni vengono dichiarati inammissibili. Viene richiamata la costante giurisprudenza costituzionale della Corte, che valorizza la natura di giudizio di parti del giudizio in via principale, che si svolge «esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili».

Ancora, in occasione della sent. n. 134 del 2020, adottata nell'ambito di un giudizio in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri sulla legge della Regione Liguria 19 aprile 2019, n. 3, in materia di riordino delle aree protette e della legge regionale 10 luglio 2009, n. 28, in materia di tutela e valorizzazione della biodiversità, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile l'intervento nel processo costituzionale dell'associazione Verdi Ambiente e Società in quanto sguarnita della potestà legislativa[55].

È significativo, per segnare ancora una volta le indubbie differenze rispetto al giudizio in via incidentale da questo punto di vista, che la Corte tenga a sottolineare che simile "chiusura" all'ingresso di soggetti terzi resta ferma anche a fronte delle modifiche del gennaio 2020, poiché, precisa la Corte stessa, esse non incidono sui requisiti di ammissibilità degli interventi nei giudizi in via principale[56].

Come si è detto in apertura, l'art. 23 delle norme integrative provvede a riformulare il richiamo all'art. 4, rendendo applicabili al giudizio in via principale i commi dal primo al sesto, con ciò escludendo espressamente il comma settimo[57], che ha recepito il costante orientamento della Corte in punto di ammissibilità degli interventi di terzi nel giudizio in via incidentale, laddove portatori di un «interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio».

---

50. *Cfr.* C. Cost., ord. n. 271/2020, *considerato in diritto*.

51. *Ivi.*

52. La Corte costituzionale ha affermato la legittimità costituzionale della sospensione della prescrizione disposta dai ddll nn. 18 e 23 del 2020, emanati per contrastare l'emergenza Covid-19, alla luce del fatto che tale sospensione risulta ancorata alla sospensione dei processi.

53. Per un commento alla decisione, vds. G.L. Gatta, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dall'art. 25, co. 2, Cost.*, in *Sistema penale*, 26 dicembre 2020, www.sistemapenale.it/it/sentenza/corte-costituzionale-sentenza-278-del-2020-sospensione-prescrizione-art-83-dl-83-2020-irretroattivita-commento-gian-luigi-gatta.

54. *Cfr.* sent n. 278/2020, *considerato in diritto*, punto 3.

55. *Cfr. considerato in diritto*, punto 2.

56. Non è un caso che le ragioni poste a fondamento della dichiarazione di inammissibilità degli interventi nei casi a cui si è appena fatto cenno si riscontrino anche nelle (meno recenti) pronunce nn. 170/2017, 81/2018 (nella relativa ordinanza allegata), 140/2018 e 213/2019.

57. Su tale specifica mancata estensione dell'applicabilità anche del settimo comma, vds. anche A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, n. 16/2020, pp. 430 ss.

Ecco che in tale mancato completo rinvio si coglie la profonda differenza che continua a segnare le due tipologie di giudizio, sebbene resti ferma l'applicabilità del terzo comma dell'art. 4 che riconosce, in ogni caso, la possibilità di eventuali interventi di "altri soggetti", sulla cui ammissibilità decide la Corte (comma quinto).

9. Il significativo utilizzo dell'istituto degli *amici curiae* e la sua valorizzazione nel giudizio costituzionale

Quanto alle novità successive alla sent. n. 202 del 2020 in punto di utilizzo dell'istituto degli *amici curiae*, non pare di secondario rilievo la già richiamata sent. n. 234 del 2020.

In quell'occasione, la Corte costituzionale ha affermato che, nel giudizio di cui al registro ordinanze n. 46 del 2020, la Federazione sanitari pensionati e vedove (Federspev) aveva presentato un'opinione scritta di *amicus curiae*, nella quale veniva illustrata la «perdita economica dei rappresentanti e la lesione del loro affidamento, conseguenti all'interazione delle misure disposte dalle norme censurate e di quelle analoghe succedutesi a partire dall'anno 2000»[58].

Ebbene, il Giudice delle leggi ha inserito nella costruzione delle proprie argomentazioni le considerazioni degli *amici curiae*, di cui si è quindi servito in punto di analisi del prelievo di solidarietà[59].

Ancora, con la sent. n. 260 del 2020[60] in tema di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati punibili con la pena dell'ergastolo, il Giudice delle leggi ha ampiamente dimostrato di avere tenuto in considerazione le prospettazioni e i molti argomenti offerti dall'*amicus curiae* rappresentato dall'Unione delle camere penali italiane, volti al sostegno delle censure presentate dal rimettente[61], decidendo, infine, in senso opposto rispetto a quanto argomentato dallo stesso.

In occasione della già ricordata sent. n. 278 del 2020, le opinioni scritte degli *amici curiae*, nel caso di specie rappresentati dall'associazione "Italiastatodidiritto" e dall'associazione forense Unione camere penali italiane, sono state ammesse con decreto del presidente della Corte costituzionale del 12 ottobre 2020 «per la loro idoneità ad offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte, anche in ragione della sua complessità»[62].

Ciononostante, nella struttura argomentativa del Giudice delle leggi non risultano rintracciabili le prospettazioni di cui si sono resi autori gli *amici curiae*.

In occasione della recentissima sent. n. 3 del 2021, adottata nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge della Regione Toscana 3 gennaio 2020, n. 2 («Disposizioni sul circuito automobilistico e motociclistico situato nel Comune di Scarperia e San Piero. Modifiche alla l.r. 48/1994 e alla l.r. 89/1998»), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, la Corte costituzionale, ancora una volta, ha tenuto in considerazione le argomentazioni sviluppate dalle società sportive dilettantistiche a responsabilità limitata Ufficiali di gara di Firenze e Ufficiali di percorso di Firenze[63], dall'associazione Impresa Mugello e dalla Federazione motociclistica italiana a sostegno della non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale prospettate.

Le opinioni delle associazioni in questione sono state ammesse con provvedimento presidenziale del 30 ottobre 2020 ai sensi dell'art. 4-*ter* delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale; al contrario, l'opinione presentata dal Comune di Scarperia e San Piero non è stata ammessa, non potendo quest'ultimo essere considerato soggetto portatore di interessi di natura omogenea «attinenti alla questione di costituzionalità qui all'esame»[64].

---

58. *Cfr. ritenuto in fatto*, punto 11.

59. Afferma infatti la Corte costituzionale che «Restando operativo per tutto l'anno 2021, e cioè fino all'ultimazione del triennio iniziato nel 2019, il contributo di solidarietà impone ai titolari di assegni di elevato importo un ulteriore sacrificio, costituzionalmente legittimo e tuttavia personalmente gravoso, anche in ragione del succedersi di ripetuti prelievi nei due trascorsi decenni, circostanza indubbia sulla quale si sofferma, insieme alle parti private, anche l'amicus curiae». *Cfr. considerato in diritto*, punto 18.12.

60. Per un commento alla pronuncia vds. G. Leo, *L'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo: infondate o inammissibili le questioni di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 7 dicembre 2020, https://sistemapenale.it/it/scheda/corte-costituzionale-260-2020-esclusione-abbreviato-reati-puniti-con-ergastolo?out=print.

61. *Cfr. considetaro in diritto*, punti 7.1, 7.6 e 10.2.

62. *Cfr. considetaro in diritto*, punto 4.

63. Al punto 5.3 del *considerato in diritto*, la Corte costituzionale afferma che «Eventuali divergenze interpretative – come quelle che traspaiono dalla lettura degli atti difensivi delle parti e dalle opinioni degli amici curiae – circa l'effettiva portata precettiva della normativa statale di riferimento, in particolare relativamente alle condizioni di legittimità delle "deroghe illimitate" previste dall'art. 3, comma 7, del d.P.R. n. 304 del 2001, potranno certo essere affrontate e risolte nelle sedi giurisdizionali opportune, nell'ipotesi in cui dovessero essere impugnati i singoli provvedimenti di deroga ai limiti di emissioni sonore in favore del circuito in questione».

64. *Cfr. ritenuto in fatto*, punto 4.

10. Alcuni recenti decreti di ammissibilità delle opinioni scritte dagli *amici curiae*

Pare degno di nota segnalare, infine, che recentemente il presidente della Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili diverse opinioni scritte a cura di *amici curiae*[65].

Nel presente paragrafo se ne darà conto, premettendo che non si sono ancora tenute tutte le udienze pubbliche delle cause considerate e che quindi, conseguentemente, non è ancora possibile valutare se il Giudice delle leggi si sia servito delle prospettazioni degli *amici curiae*, facendole confluire nelle proprie argomentazioni.

Si consideri, anzitutto, il decreto di ammissibilità del 28 ottobre 2020 con cui è stata ammessa l'opinione scritta dell'Associazione nazionale tributaristi italiani, sezione Lombardia, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 62 del registro ordinanze del 2020, alla luce della conformità dell'opinione ai criteri di cui all'art. 4-*ter*, commi 1, 2 e 3 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale[66].

Successivamente, nel mese di dicembre è stato adottato un decreto di ammissione di opinioni scritte a cura di diverse associazioni in punto di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero attestante il legame di filiazione dal genitore intenzionale non biologico, legato al genitore biologico da matrimonio celebrato all'estero, di un minore nato all'estero con le modalità della gestazione per altri[67].

L'udienza pubblica del giudizio in questione si è tenuta il 27 gennaio 2021.

Con decreto del 3 dicembre 2020, il giorno successivo a quello dell'adozione del decreto poc'anzi menzionato, il presidente ha ammesso, nell'ambito di un giudizio promosso in via incidentale in tema di Stato giuridico del nato (in Italia) a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo praticate all'estero nell'ambito di un rapporto procreativo di una coppia formata da due donne, le opinioni scritte del Centro studi "Rosario Livatino" e di Avvocatura per i diritti LGBTI Aps[68].

Anche in questo caso, l'udienza pubblica del giudizio si è tenuta il 27 gennaio 2021.

Ancora, nell'ambito di un giudizio in via principale, in tema di edilizia residenziale pubblica, e di cui si è tenuta udienza pubblica il 12 gennaio 2021, è stata ammessa l'opinione scritta dell'associazione Unione inquilini[69].

Il 22 dicembre, infine, nell'ambito di un giudizio in via principale, il presidente della Corte costituzionale ha ammesso con decreto l'opinione scritta di numerose associazioni attive nel settore dell'energia[70].

11. Conclusioni

Sembra dunque potersi confermare – quantomeno in questa fase iniziale – il tentativo di "aprire" certamente il processo costituzionale al contributo esterno sia in relazione alla formazione del contraddittorio sia in rapporto alle modalità di gestione e di ricorso all'istruttoria formalizzata (terzi, *amici curiae* e anche esperti), ma pur sempre entro i ristretti limiti di una sua ferma razionalizzazione e strutturazione. Sarà ovviamente anche la giurisprudenza successiva a confermare un giudizio che non può che essere provvisorio, e cioè che dopo circa un anno dalla sua approvazione la riforma costituisce un arricchimento del contraddittorio[71] e non la trasformazione del giudizio in uno spazio "politico" pericoloso per la legittimazione della Corte costituzionale[72].

---

65. Secondo parte della dottrina, peserebbe l'assenza di una «disposizione che assoggetti a verifica la legittimazione degli *amici*, lasciandola così alla mera allegazione assertiva dei medesimi, senza alcun onere probatorio», anche alla luce del fatto che la valutazione del caso è lasciata al presidente della Corte costituzionale, potendosi così paventare «il rischio di una eccessiva, inoppugnabile discrezionalità, con ricadute sull'equilibrio del contraddittorio». *Cfr*. M. Esposito, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'*amicus curiae, in *Giur. cost*., n. 1/2020, p. 502.
Ancora, la decisione sull'ammissibilità da parte del presidente della Corte delle opinioni scritte a cura degli *amici curiae* potrebbe determinare un'eccessiva esposizione della sua figura. Così M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 411.

66. *Cfr*. il giudizio di legittimità costituzionale iscritto al n. 62 del registro ordinanze 2020.

67. *Cfr*. il giudizio di legittimità costituzionale iscritto al n. 99 del registro ordinanze 2020.

68. *Cfr*. il giudizio di legittimità costituzionale iscritto al n. 79 del registro ordinanze 2020.

69. *Cfr*. il giudizio di legittimità costituzionale iscritto al n. 1 del registro ricorsi 2020.

70. I giudizi di riferimento sono iscritti ai nn. 56-59 del registro ordinanze 2020.

71. Secondo la dottrina di Onida, la linea di apertura in oggetto «si accompagna e si aggiunge all'orientamento a dare risposte in merito alla domanda di giustizia costituzionale che alla Corte si rivolge»: così V. Onida, *La Corte si apre alle "voci" della società*, in *Giur. cost*., n. 1/2020, p. 509.

72. Sui rischi connessi, nello specifico, al ricorso agli *amici curiae*, vds. M. Manetti, *I "falsi amici" del Giudice costituzionale*, in *Giur. cost*., n. 1/2020, pp. 505 ss.

La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto

di *Simone Pajno*

Le novità del più recente approccio "mediatico" della Corte costituzionale sono esaminate sia nelle loro manifestazioni concrete, sia secondo il filtro di uno dei maggiori problemi del costituzionalismo, ovvero se debbano essere corti prive di legittimazione democratica a riempire di significato clausole costituzionali vaghe e anfibologiche.

1. Introduzione / 2. Corte, *media* e opinione pubblica: una relazione sfaccettata / 3. La svolta della rete / 4. *Distingue frequenter* / 5. Il rapporto con i *media* e la posizione della Corte nel sistema / 6. Le "due anime" della Corte e la comunicazione istituzionale / 7. Alcuni profili problematici della "Corte mediatica" / *7.1. La "pedagogia costituzionale" e i disaccordi interpretativi / 7.2. A proposito dei comunicati stampa / 7.3.* Input *comunicativi e interpretazione della Costituzione*

1. Introduzione

L'obiettivo di questo contributo è innanzi tutto quello di illustrare le più recenti tendenze che caratterizzano l'operato della Corte costituzionale con riguardo all'utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa. In relazione a tali aspetti, tuttavia, si deve notare come la dottrina che ha avuto modo di occuparsene abbia già offerto un quadro ampiamente soddisfacente dei fenomeni che negli ultimi anni è possibile registrare, individuando anche con chiarezza le maggiori questioni a essi sottese[1]. In particolare, sebbene non siano tantissimi, sono già presenti nel dibattito contributi che illustrano in modo esaustivo la tendenza (certamente in forte aumento) alla ricerca di un contatto più profondo e immediato della Corte con l'opinione pubblica attraverso un uso certamente innovativo dei *media* tradizionali e soprattutto dei cd. nuovi *media*. Non mancano, inoltre, contributi volti a indagare nel dettaglio gli aspetti problematici connessi alla utilizzazione di specifici strumenti comunicativi, tra i quali soprattutto quello dei comunicati stampa, che senza

1. Si vedano, ad esempio, tra i contributi recenti a carattere più generale, P. Costanzo, *La Corte costituzionale come "nodo" della rete*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, vol. I, pp. 658 ss.; D. Chinni, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Diritto e società*, n. 2/2018, pp. 255 ss.; M. Nisticò, *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*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 77 ss.; 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*, in *Federalismi*, n. 15/2020, pp. 172 ss. Un quadro interessante dei temi e dei problemi, sia pure collocato nel contesto di una riflessione più generale sul momento che vive attualmente la Corte costituzionale, è reperibile in A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, pp. 251 ss., part. pp. 268 ss.

dubbio ha attirato le maggiori attenzioni[2] e delle conferenze stampa[3]. Il fenomeno non è stato trascurato neanche dalla stampa generalista, e ha ad esempio attirato l'attenzione di una penna attenta e acuta come quella di Adriano Sofri[4].

Come è ovvio, si tratta di una materia in continua evoluzione: ciò che può indurre a ritenere comunque utile un aggiornamento delle informazioni già reperibili nelle ricerche sopra richiamate. Quel che si proverà a fare nelle pagine che seguono, tuttavia, è soprattutto proporre una chiave di lettura, una interpretazione delle vicende accennate nell'ambito del contesto costituzionale nel quale si inseriscono[5]. Da questo punto di vista, occorre sin d'ora evidenziare come sia frequente, nella letteratura dedicata al tema, la riconduzione della "comunicazione istituzionale" della Corte costituzionale alla sua "dimensione politica"[6], magari accompagnata da un invito alla prudenza e alla moderazione, soprattutto nella utilizzazione dei nuovi strumenti comunicativi[7]. In questa chiave si muove evidentemente dalla classica lettura dell'organo di giustizia costituzionale come istituzione "ibrida", divisa tra un'anima giurisdizionale e un'anima politica[8], dalla quale discenderebbe quell'esigenza di "legittimazione politica" magistralmente messa a fuoco da Carlo Mezzanotte nel 1984[9].

Con riguardo all'approccio illustrato, le analisi presenti – anche se non numerosissime – sono già senz'altro soddisfacenti. I tasselli ulteriori che si proverà ad aggiungere nelle pagine che seguono riguardano innanzi tutto l'individuazione più analitica di quale parte dell'uso dei mezzi di comunicazione di massa appare in effetti riconducibile all'anima "politica" della Corte, provando a distinguerla da quella che, invece, pare comunque possibile ascrivere all'anima giurisdizionale. In secondo luogo, ci si chiederà perché e in che senso l'uso dei *media* rimandi all'anima politica della Corte, e se ciò abbia qualche connessione su un preciso modo di intendere la giustizia costituzionale e l'interpretazione della Costituzione alternativo ad altri che gli potrebbero contendere il campo.

---

2. *Cfr*., ad esempio, A. Gragnani, *Comunicati-stampa dal Palazzo della consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013 (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_Gragnani_2013.pdf); G. D'Amico, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e società*, n. 2/2018, pp. 237 ss.; A. Vaccari, *Il ruolo dei comunicati stampa nel recente 'caso Cappato'*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, *op. cit*., pp. 185 ss. Per una prospettiva che abbraccia varie esperienze costituzionali (anche se dedicata in particolare a quella tedesca) vds. P. Meyer, *Judicial Public Relations: Determinants of press release publication by constitutional courts*, in *Politics*, vol. 40, n. 4/2020 (prima uscita *online*: 26 novembre 2019), pp. 477 ss.

3. *Cfr*., ad esempio, L. D'Andrea, *La Corte costituzionale commenta se stessa (attraverso le conferenze stampa del sui Presidente)*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 377 ss.

4. A. Sofri, *Una Corte senza mondanità. Lettera a Cartabia*, *Il Foglio*, 2 giugno 2020, www.ilfoglio.it/giustizia/2020/06/02/news/lettera-a-cartabia-320428/.

5. Ciò anche nella convinzione che siano altri, diversi da quello del diritto costituzionale, i settori disciplinari dotati degli strumenti migliori per studiare la comunicazione della Corte *in quanto tale*, ossia come attività comunicativa da parte di un'istituzione pubblica tramite *media* tradizionali e nuovi *media*.

6. *Cfr*., ad esempio, D. Chinni, *La comunicazione della Corte costituzionale*, *op. cit*., p. 256; M. Nisticò, *Corte costituzionale, strategie comunicative*, *op. cit*., 77 ss.; G. Sobrino, *«Uscire dal Palazzo della Consulta»: ma a che scopo?*, *op. cit*., p. 177.

7. *Cfr*. ad esempio, G. Sobrino, *op. ult. cit*., pp. 206 ss.

8. Di "ibridazione" discorre E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 30.
Non è possibile qui ripercorrere le tappe del percorso di riflessione sulle "due anime" della Corte costituzionale, che si snoda nell'esperienza repubblicana sin dall'inizio, ben prima che quest'ultima cominciasse a operare, risalendo anzi ad alcune posizioni manifestate in Assemblea costituente in connessione con il tema della "politicità" dei principi costituzionali "programmatici" (*cfr*. al riguardo C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 180 ss.). In tema si rinvia, per tutti, a 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, pp. 1 ss., nel quale sono peraltro accuratamente "censiti" i diversi modi nei quali la distinzione tra le due "anime" viene tematizzata (*cfr*. part. pp. 6 ss.).

9. Il riferimento è ovviamente al notissimo *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma, 1984. Nella elaborazione di Carlo Mezzanotte l'esigenza di legittimazione politica discende dalla circostanza secondo la quale il Giudice costituzionale si trova a offrire una prestazione di unità in base al valore, inevitabilmente caratterizzata da astrattezza e non priva di venature puramente simboliche, che però – proprio in ragione dei compiti istituzionali della Corte – non può limitarsi a questa sola dimensione. La Corte non può infatti offrire una prestazione "meramente trascendente", dovendo viceversa tale prestazione «orientarsi verso la realtà» e assumere una dimensione di concretezza, senza però cadere nel rischio che il singolo intervento tradisca una «scelta definitiva tra aspettative diverse che godono tutte di eguale legittimazione formale». Tale attività, tuttavia, secondo Mezzanotte rifugge da qualunque automatismo, e si connota come inevitabilmente *politica* – anche se in senso necessariamente diverso rispetto a Parlamento e Governo – e necessita di una valutazione orientata al *risultato*, nella quale assume particolare importanza la congruenza rispetto al fatto, in relazione alla quale il Giudice costituzionale gioca – in una misura non indifferente, e secondo Mezzanotte probabilmente destinato a crescere nel tempo – la partita della propria legittimazione (C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, *op. cit*., pp. 131 ss.).

Ai fini indicati – premesse alcune considerazioni sul tema, ormai classico, del rapporto tra Corte e opinione pubblica, inevitabilmente interconnesso con quello che costituisce lo specifico oggetto di queste note[10] – si proporrà una breve analisi del modo in cui il Giudice costituzionale, negli ultimi anni, ha ritenuto di dover utilizzare i mezzi di comunicazione di massa. Successivamente si proverà a inquadrare i risultati di questa analisi nell'ambito del più ampio tema del ruolo della Corte nel sistema, della sua "doppia anima", e del modo in cui essa è chiamata a operare.

2. Corte, *media* e opinione pubblica: una relazione sfaccettata

Come si accennava, il tema dell'utilizzo da parte della Corte degli strumenti di comunicazione di massa si interseca necessariamente con quello del rapporto del Giudice costituzionale con l'opinione pubblica. La ragione è presto detta: data la inevitabilità – nel senso che si dirà appresso tra un attimo – della attenzione della Corte nei confronti dell'opinione pubblica, i *media* rappresentano un importante strumento con il quale la prima entra in contatto con la seconda: un contatto potenzialmente più diretto e immediato di quello che si realizza con le sue sentenze e ordinanze, che necessitano quasi sempre di un'opera di "tradizione" e di mediazione da parte del ceto dei chierici. E del resto non mancano le analisi comparate che mostrano come il fenomeno non sia certo esclusivo del nostro Giudice costituzionale[11].

Il motivo per il quale la Corte non può fare a meno, almeno in un senso minimale, di confrontarsi con l'opinione pubblica non è difficile da individuare, magari facendo riferimento ad alcuni classici del pensiero giuridico, politico e filosofico. Secondo le note parole di Alexander Hamilton, il potere giudiziario non dispone né del potere della spada né di quello della borsa[12]. Come chioserà successivamente Alexander Bickel, esso può infatti giovarsi soltanto della disponibilità, da parte della società, ad accettare le proprie decisioni[13]. È per questo che il privilegio interpretativo della Costituzione che pertiene alle Corti – e qui possiamo mettere insieme la Corte suprema americana, alla quale sono dedicate specificamente le parole citate, e la nostra Corte costituzionale – non si traduce senz'altro nella identificazione del diritto costituzionale con la voce che proviene da queste ultime. È John Rawls qui a venirci in aiuto, quando evidenzia la inesattezza dell'affermazione secondo la quale la Costituzione è «ciò che di essa dice la Corte suprema», essendo invece soltanto «ciò che le consentono di dire su di essa coloro che agiscono costituzionalmente negli altri rami del governo»[14]. Anche considerando le cose da un punto di vista squisitamente teorico si arriva a conclusioni analoghe, potendosi osservare come la Corte rappresenti il principale e il più importante dei "funzionari" la cui pratica linguistica radica l'esistenza della regola di riconoscimento dell'ordinamento[15]: pratica che tuttavia il Giudice costituzionale non può fondare da solo, avendo bisogno almeno del supporto degli altri giudici, se non anche di una comunità più ampia, la più ampia possibile,

10. Al riguardo si vedano, ad esempio, 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*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 90 ss.; D. Chinni, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, in P. Carrozza - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa University Press, Pisa, 2018, pp. 281 ss. Con particolare riguardo al rapporto tra indirizzi giurisprudenziali e opinione pubblica, *cfr*. inoltre O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 254 ss.
È bene, peraltro, precisare come il tema merita di essere indagato anche con analisi quantitative che evidentemente sono al di là della portata del giurista, ma che a quest'ultimo potrebbero comunque giovare non poco. Vds., ad esempio, con specifico riguardo alla Corte suprema degli Stati Uniti, W.F. Murphy e J. Tanenhaus, *Public Opinion and the United States Supreme Court: Mapping of Some Prerequisites for Court Legitimation of Regime Changes*, in *Law & Society Review*, vol. 2, n. 3/1968, pp. 357-384.

11. Si vedano, ad esempio, oltre a P. Meyer, *Judicial Public Relations*, *op. cit*., i contributi raccolti in R. Davis e D. Taras (a cura di), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge Universty Press, Cambridge, 2017, ove si mettono in luce – pur tra le differenze, anche notevoli, che separano le esperienze considerate – i denominatori comuni di queste ultime, rappresentati dalla sempre maggiore apertura delle Corti supreme rispetto all'opinione pubblica, il crescente ricorso a figure professionali del settore e l'incremento dell'utilizzazione delle tecnologie offerte dal *web* (*cfr*. part. D. Taras, *Introduction. Judges and Journalists and the Spaces in Between*, *ivi*, pp. 1-13).

12. Questo il celebre passo, contenuto nel par. 78 del *Federalista*: «Il giudiziario (...) non può influire né sulla spada né sulla borsa, non può dirigere né la forza né la ricchezza della società e non può addivenire ad alcuna decisione veramente risolutiva. Si può, a ragione, dire che esso non ha *forza né volontà*, ma soltanto giudizio e dovrà ricorrere all'aiuto del governo perfino per dare esecuzione ai propri giudizi» (A. Hamilton - J. Madison - J. Jay, *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 623).

13. A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-Londra, 1986, p. 204. Si tratta di "luoghi" ormai classici, ripresi ad esempio anche da A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 210 ss.

14. J. Rawls, *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1999, p. 202.

15. Il riferimento qui è ovviamente alla notissima tesi di Herbert Hart sulla *rule of recognition* (H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002).

a sostegno di tale opera[16]. Da qui la conclusione secondo la quale la Corte ha "bisogno" che la propria lettura della Costituzione si radichi presso l'opinione pubblica in generale e presso gli altri funzionari in particolare, perché la costituzione/norma di riconoscimento possa effettivamente operare[17]. In questo senso, si può senz'altro condividere l'affermazione secondo la quale la Corte necessita di una propria *legittimazione*, che non si può certo dire "democratica" in senso stretto[18] ma forse "politica", anche se ovviamente in un senso affatto diverso dal modo in cui si utilizza questa espressione per Governo e Parlamento[19]. Questione ulteriore e più complessa, che non può essere affrontata adeguatamente in questa sede – ma che, come si vedrà, andrà almeno accennata – è se e in quale misura gli specifici percorsi interpretativi della Corte debbano prestare attenzione o addirittura adeguarsi alle singole posizioni dell'opinione pubblica e della "coscienza sociale" su questo o quell'altro tema: se dunque tali posizioni rappresentino, almeno in talune circostanze, criteri per orientare le interpretazioni della Costituzione fornite dalla Corte ovvero, al contrario, per "falsificarle"[20].

Come ha avuto modo di evidenziare il presidente Giorgio Lattanzi nella relazione dal titolo *La comunicazione della Corte costituzionale*, tenuta a Karlsrhue nel giugno 2019[21], non si può dire che questa esigenza non sia stata avvertita sin dall'inizio dalla Corte costituzionale[22], che ha tentato di farvi fronte con strumenti certamente innovativi nel momento in cui si cominciò a utilizzarli, ma che nel corso degli anni sono in certo modo diventati "tradizionali", come le conferenze stampa del presidente, le sue interviste, talvolta dirette a illustrare una o l'altra sentenza, il ricorso a comunicati stampa e la stessa creazione di un Ufficio stampa.

L'utilizzo di questi strumenti si è andato evolvendo nel corso del tempo, e in alcuni casi ha certamente

16. Ci si riferisce qui, in particolare, alla elaborazione di Neil MacCormick, il quale, nella sua particolare rilettura del pensiero hartiano, evidenzia l'importanza della "volontà" di una parte del gruppo sociale considerato che la norma di riconoscimento venga osservata e sulla minaccia in grado di assicurare che questa volontà si tramuti in realtà (N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, part. p. 73).

17. I rapporti tra costituzione scritta e norma di riconoscimento sono in effetti problematici. Secondo Hart, negli ordinamenti dotati di costituzione scritta è quest'ultima ad *essere* la norma di riconoscimento. Non si afferma l'esistenza di una ulteriore norma di riconoscimento *sulla cui base* affermare la validità della Costituzione. Questa idea è invece sostenuta – per restare alla dottrina costituzionalistica –, ad esempio, da O. Chessa, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2008, pp. 41 ss., part. pp. 44 ss., e M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, n. 2/1997, pp. 103 ss., part. p. 112.

18. *Cfr*. M. Fiorillo, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, *op. cit*., p. 115.
Sul punto rimane ancora di grande attualità la riflessione che Crisafulli dedica al tema, quando osserva come la «mancanza di legittimazione democratica» della Corte costituzionale sia in qualche modo «inevitabile ed anzi in qualche misura necessaria per assicurare l'effettiva estraneità del "controllore" al "controllato"», poiché se Camere e Corte «derivassero egualmente dall'investitura popolare» si configurerebbe «un alto grado di omogeneità politica e quasi un *continuum* tra i due poteri, ma a prezzo di un affievolimento del controllo, che finirebbe per rassomigliare ad un *autocontrollo*»: vds. 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, pp. 69 ss., part. p. 74.

19. Non può non venire in rilievo la ormai nota ricostruzione proposta da Gustavo Zagrebelsky con riguardo all'ambivalente rapporto tra la Corte e la "politica", descritto efficacemente dalla formula della *Corte in-politica*. Secondo l'illustre studioso, questo rapporto è di estraneità – e dunque la Corte è *non-politica* – «se per politica si intende competizione tra parti per l'assunzione e la gestione del potere». Viceversa, il rapporto è di implicazione – con la Corte che dunque sta *dentro la politica* – «se per politica si intende l'attività finalizzata alla convivenza»: vds. G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, p. 39; *cfr*. anche *Id*., *Corte in-politica*, in Aa.Vv., *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, vol. III, Corte costituzionale, Roma, 2006, pp. 1789 ss.

20. In tal senso, almeno in parte, sembra ad esempio essere orientato un autore del calibro di R. Dworkin, secondo il quale l'equità politica (*fairness*) è tanto più rispettata quanto più la decisione si avvicina alle convinzioni più diffuse nell'opinione pubblica (*cfr*. R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Paperbacks, Londra, 1986, pp. 340 ss. e 365 ss.). Il suo notissimo giudice *Hercules* deve dunque tenerne conto. Tuttavia, la *fairness* è solo *uno* dei principi di moralità politica che *Hercules* si trova a dover considerare, dovendosi ricercare una composizione ragionevole con le istanze della *justice*, ossia con i principi sostantivi che *Hercules* ritiene dovrebbero determinare la decisione concreta. Il conflitto tra *fairness* e *justice*, talvolta, deve dunque essere risolto a beneficio della prima, ma talaltra a beneficio della seconda, in base alle circostanze. E queste circostanze dipendono dalla concezione che *Hercules* matura circa i diritti da aggiudicare e le previsioni da interpretare (*cfr*., ad esempio, *ivi*, pp. 397-398). Decisamente nel senso della necessità di tener conto del «consenso sociale» al fine di definire le decisioni giurisdizionali è, inoltre, A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, *op. cit*., pp. 208 ss.

21. La relazione del presidente Lattanzi è reperibile *online* alla pagina: www.cortecostituzionale.it/documenti/news/CC_NW_20190902.pdf.

22. Da segnalare senz'altro per la loro importanza, dal punto di vista considerato in questa sede, le presidenze Sandulli, Branca e Bonifacio, che imprimono svolte significative nel modo di utilizzare i mezzi di comunicazione di massa per entrare in contatto con la pubblica opinione. *Cfr*. M. Fiorillo, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, *op. cit*., p. 126. L'esistenza di una "vocazione originaria" della Corte costituzionale alla comunicazione diretta nei confronti dell'opinione pubblica è stata di recente particolarmente enfatizzata da D. Stasio, *Il senso della Corte per la comunicazione*, pubblicato in anteprima in questa *Rivista online* il 30 settembre 2020 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-senso-della-corte-per-la-comunicazione), ora ricompreso nel presente fascicolo.

risentito delle inclinazioni personali dei presidenti[23]. In questo quadro merita un riferimento particolare l'attenzione che, in talune occasioni, è stata riservata alla divulgazione dei contenuti delle decisioni della Corte. A tale obiettivo risultano orientate innanzi tutto la relazione sull'attività annuale presentata dal presidente, nonché alcune prassi, come quella inaugurata dal presidente Bonifacio, di dedicare una conferenza stampa alle sentenze più significative congiuntamente al giudice redattore, o singole interviste[24].

Non sono mancati peraltro momenti di tensione, anche particolarmente accentuata, sovente connessi alle cd. "esternazioni atipiche" dei presidenti[25]. Tra questi è possibile richiamare soprattutto quelli verificatisi durante la presidenza Baldassarre, il quale ha esplicitamente rivendicato la "visibilità" della Corte costituzionale in ragione del compito di quest'ultima di difendere i diritti dei cittadini contro il potere pubblico: compito dal quale deriverebbe anche la possibilità di intervenire criticamente nel dibattito pubblico senza rinunciare anche a criticare gli altri organi costituzionali[26]. Ed è anzi stato rilevato come in anni più recenti – forse proprio quale reazione a qualche eccesso di esposizione e conflittualità – la Corte, e soprattutto i suoi presidenti, abbiano moderato e misurato maggiormente il numero e i modi dei propri interventi pubblici. Non è un caso che Vincenzo Caianiello, nella sua prima "uscita" pubblica da successore di Antonio Baldassarre nella veste di presidente, critichi gli approcci eccessivamente "protagonisti", manifestando l'intenzione di evitare «ogni dichiarazione o intervista non resa strettamente necessaria dalla carica e comunque non compatibile con questa», evidenziando inoltre come la Corte debba «parlare solo attraverso le sentenze»[27].

Nonostante dalla prassi sopra richiamata traspaia con chiarezza, come è stato efficacemente osservato, il desiderio della Corte di interloquire con l'opinione pubblica al fine di radicare la propria legittimazione, ovviamente tramite l'intermediazione dei mezzi di comunicazione di massa, per lungo tempo ciò non ha impedito il formarsi talvolta (o forse anche sovente) di una sensazione di "mistero" per alcuni passaggi della giurisprudenza costituzionale, anche di sicura incidenza nel tessuto sociale[28]. E in effetti non è semplicissimo tracciare bilanci quantitativi e qualitativi di questa attività in assenza di studi specifici, che peraltro meriterebbero probabilmente di essere svolti da studiosi con competenze diverse da quelle di un costituzionalista. Pare però difficile sfuggire alla sensazione secondo la quale l'unico "basso continuo" della comunicazione istituzionale della Corte sia stato rappresentato essenzialmente dalle conferenze stampa periodiche dei suoi presidenti. Viceversa, dinanzi alla enorme mole di pronunce adottate nel corso degli anni, gli interventi comunicativi di diverso genere siano stati a volte eclatanti e sovente resi in relazione a questioni di grande portata, ma abbiano avuto nel complesso carattere episodico e occasionale, e circoscritti alle vicende che le sensibilità personali dei concreti protagonisti suggerivano meritare una attenzione specifica. Nel complesso sembra dunque condivisibile la valutazione di chi ha ritenuto che, «limitando il ragionamento alle prassi più consolidate ed al passato meno recente», e facendo comunque salve alcune eccezioni, la Corte si sia soprattutto orientata nel senso indicato da Caianiello, scegliendo di parlare soprattutto «attraverso i propri provvedimenti»[29]. La Corte, si sa, è sempre stata percepita come un giudice *sui generis*, in ragione del compito, alla medesima affidato, di "sviluppare" le premesse di principio contenute nella Costituzione in modo da trarne conclusioni non sempre giuridicamente necessitate,

23. Per una ricostruzione, vds. M. Fiorillo, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, *op. cit.*, pp. 145 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema.

24. *Cfr*. ancora M. Fiorillo, *op. ult. cit.*, p. 145.

25. In tema si vedano, tra gli altri, S. Aloisio, *Alcuni cenni sull'evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno*; G. Azzariti, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*; G. Gemma, *Alcune osservazioni sul potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale*, tutti reperibili in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, rispettivamente alle pp. 169 ss., 182 ss. e 201 ss.

26. In tema, vds. C. Rodotà, *Storia della Corte costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 121 ss.

27. Riporta l'episodio C. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 124.

28. M. Fiorillo, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, *op. cit.*, 145, che evidenzia ad esempio come si sia creata, attorno al Giudice costituzionale, una «atmosfera da mistero eleusino» con riguardo alle decisioni di ammissibilità delle richieste referendarie (p. 132). Le note contestazioni di Marco Pannella al riguardo sono efficacemente richiamate da C. Rodotà, *Storia della Corte costituzionale*, *op. cit.*, pp. 101 e 137.

29. M. Nisticò, *Corte costituzionale, strategie comunicative*, *op. cit.*, p. 83. In tal senso *cfr*. anche M. Fiorillo, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, *op. cit.*, p. 147. Per una lettura differente vds., invece, D. Stasio, *Il senso della Corte*, *op. cit*. Sul tema si tornerà comunque nelle pagine che seguono.

ma in qualche modo frutto *anche* di valutazioni politiche[30]. E probabilmente anche sul versante della comunicazione troviamo le tracce di questa visione *anfibia*: la Corte non si è sottratta a una dimensione comunicativa ulteriore di quella – assolutamente minimale – che caratterizza gli ordinari organi giurisdizionali, anche di tipo apicale. Ma non senza moderazione, stando nel complesso attenta – salvo specifiche eccezioni – a non scendere direttamente nell'agone del dibattito pubblico, e parlando essenzialmente con le proprie sentenze: non *esclusivamente*, ma comunque in modo decisamente preponderante.

3. La svolta della rete

È un rilievo agevole, e del resto piuttosto comune, che gli ultimi anni siano stati caratterizzati da un mutamento abbastanza significativo rispetto all'assetto appena accennato[31], del quale merita di essere valutato il senso e la portata. Concorde è inoltre il rilievo secondo il quale tale mutamento abbia cominciato a rendersi percettibile a partire da quando – per dirla con Pasquale Costanzo – la Corte abbia ritenuto di dover fare di se stessa uno dei "nodi" della rete[32], proiettandosi nella dimensione di *internet*. Bisogna però chiedersi se quello al quale abbiamo assistito nel passato recente, e al quale assistiamo tutt'ora, rappresenti null'altro che un adattamento delle consuete propensioni comunicative della Corte agli strumenti e alle tecnologie di oggigiorno[33], ovvero se a questi passaggi sia in effetti sotteso un differente modo in cui quest'ultima pensa a se stessa nel sistema e nelle relazioni istituzionali e con l'opinione pubblica.

Questo capitolo della storia del nostro Giudice costituzionale, come è noto, comincia nel 2000, quando viene realizzato e messo *online* il sito istituzionale della Corte. Da allora si sono succedute alcune modifiche all'impianto del sito, anche piuttosto significative, che però non ne hanno messo in discussione i caratteri principali, a partire dalla scelta di "tenersi fuori" dalle dinamiche del *web* 2.0, ritenute evidentemente (e comprensibilmente) non adatte al ruolo dell'istituzione per la diretta interazione con gli utenti, con la possibilità di questi ultimi di integrare i contenuti del sito, che esso comporta[34].

Ad oggi il sito presenta contenuti articolati, per l'analisi dettagliata dei quali si rinvia a quei contributi che già efficacemente hanno avuto modo di occuparsi del tema[35]. Deve però essere evidenziato come convenga senz'altro distinguere, ai fini del presente scritto, tra i contenuti dedicati specificamente agli addetti ai lavori e quelli che invece hanno come destinatari più generali un pubblico più vasto, potenzialmente coincidente con l'uditorio generale che si interessa della sfera pubblica. Si tratta evidentemente di una distinzione tendenziale, che ovviamente non esclude che i singoli contenuti destinati agli specialisti possano essere fruiti dal pubblico generalista e viceversa. E merita precisare che in alcuni casi la distinzione ha necessariamente un che di artificioso, come nel caso dei comunicati stampa o delle relazioni annuali dei presidenti, che certamente non possono non interessare sia i primi che il secondo.

Ad ogni modo, pur con le cautele appena accennate, mi pare si possano ricomprendere senz'altro nel novero dei contenuti destinati agli specialisti i documenti strettamente inerenti l'attività *formale* della Corte, come le sue pronunce, il ruolo, il calendario delle udienze, gli atti di promovimento dei giudizi, o i verbali e i video delle udienze pubbliche. A questi contenuti è senz'altro possibile aggiungere le massime delle decisioni, da sempre un "classico" strumento di lavoro degli specialisti del diritto. Si tratta in sostanza dei materiali reperibili nella sezione "*Giurisprudenza e lavori*" del menu principale del sito. Lo stesso mi pare si possa dire, almeno in parte, per le fonti che disciplinano l'attività della Corte – come ad esempio per le «Norme integrative», non reperibili in *normattiva.it* – e per i molti testi aventi finalità di studio o ricerca che sono presenti nel sito, come ad esempio i numerosi quaderni curati dal servizio studi, gli atti di seminari e convegni, le relazioni dei giudici a eventi di studio o la segnalazione di temi di "attualità costituzionale" proveniente da esperienze straniere. I materiali di tal genere presenti sul sito sono

30. Tra i molti che al riguardo si potrebbero citare, vds. il notissimo contributo di F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 19 ss., part. pp. 25 ss.

31. *Cfr*., ad esempio, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit*., pp. 251 ss., part. pp. 268 ss.; D. Chinni, *La comunicazione della Corte costituzionale*, *op*. cit., *pp*. 260 ss.; M. Nisticò, *Corte costituzionale, strategie comunicative*, *op. cit*., pp. 84 ss.; G. Sobrino, *«Uscire dal Palazzo della Consulta»: ma a che scopo?*, *op. cit*., pp. 175 ss.

32. Vds. P. Costanzo, *La Corte costituzionale come "nodo" della rete*, *op. cit*.

33. Questa, ad esempio, la posizione che emerge dalle pagine di D. Stasio, *Il senso della Corte*, *op. cit*.

34. In tema, *cfr*. M. Nisticò, *Corte costituzionale, strategie comunicative*, *op. cit*., p. 84.

35. *Cfr*. ancora M. Nisticò, *op. ult. cit*., pp. 84 ss.

davvero numerosi e di grande interesse, e non pare necessario qui fornirne un elenco esaustivo, essendo in effetti abbastanza intuitiva la collocazione nella categoria citata.

Al contrario, certamente diretti in primo luogo a un pubblico generalista sono quei contenuti che – come è stato detto – presentano la Corte "in modo statico"[36], descrivendone i caratteri come istituzione o illustrandone l'attuale composizione, nonché quelli volti a presentare in forma divulgativa l'attività. In generale, paiono in linea di massima ascrivibili a questa categoria i contenuti presenti nelle sezioni "*Per i cittadini*" e "*Comunicati, media ed eventi*", nell'ambito della quale sono peraltro reperibili i già citati comunicati stampa, che negli ultimi anni sono sempre più utilizzati dalla Corte quale strumento per comunicare a trecentosessanta gradi la propria attività.

Con specifico riferimento alla comunicazione tendenzialmente rivolta al pubblico non specialista, deve peraltro essere evidenziato come, negli ultimi tempi, il sito da un lato si sia arricchito di nuovi contenuti, e dall'altro rappresenti, per così dire, un *hub* comunicativo volto a mettere a sistema i numerosi strumenti oggi utilizzati dalla Corte. Nel sito sono infatti reperibili informazioni, documentazioni e *link* inerenti le più importanti attività comunicative svolte negli ultimi anni, alcune *online* e altre invece in presenza.

Tra le prime, vanno innanzi tutto menzionate le notissime iniziative del «*Viaggio nelle carceri*» e del «*Viaggio nelle scuole*», che insieme costituiscono il «*Viaggio in Italia*»[37]: viaggio che porta la Corte a "uscire" dal Palazzo e a visitare realtà istituzionali e sociali ritenuti meritevoli di attenzione particolare. Nel sito sono documentate le "tappe" del viaggio, con materiali di vario genere quali testi, video, interviste, fotografie e articoli di stampa, ed è anche reperibile il *link* al *docu-film* realizzato sull'iniziativa (sul sito di *RaiPlay*).

Tra le seconde, deve soprattutto essere richiamata la recentissima *Libreria dei podcast* che – come recita la didascalia reperibile nel sito – «*si propone di promuovere la cultura costituzionale*» tramite la diffusione di interventi audio rivolti al grande pubblico e volti a illustrare principi, istituzioni e momenti salienti della vita costituzionale repubblicana. Meritano, in particolare, di essere richiamate le sezioni inerenti «*La Corte costituzionale e la sua storia*», «*La Costituzione raccontata dai giudici*» e quella delle «*Sentenze che ci hanno cambiato la vita*». In ciascuna di esse sono reperibili piccole "lezioni" dei giudici costituzionali su temi di grande interesse, tra cui, ad esempio: «*La Corte, il Parlamento e i temi sensibili*» (Giuliano Amato), «*Come si fa a rivolgersi alla Corte? Il processo costituzionale*» (Giulio Prosperetti), «*La nascita della Corte: quando, perché e da chi fu concepita*» (Augusto Barbera), «*La Corte e l'Europa*» (Marta Cartabia), «*La Corte e il carcere*» (Francesco Viganò), «*La Corte e il fine vita*» (Francesco Viganò).

Agli interventi presenti nella sezione delle *Sentenze che ci hanno cambiato la vita* devono peraltro essere affiancate le "pillole", reperibili nella pagina del già citato *Viaggio nelle carceri*, in cui in appena 100 secondi alcuni giudici costituzionali illustrano il cuore di alcune decisioni particolarmente significative, ad esempio in tema di *dignità* (Rosario Morelli), *laicità* (Franco Modugno), *ragionevolezza* (Paolo Grossi), *cognome materno* (Daria De Pretis) e *aborto* (Giuliano Amato).

L'*homepage* rinvia peraltro direttamente al canale *Youtube* appositamente dedicato, nel quale sono reperibili molti dei contenuti multimediali presenti nel sito istituzionale, oltre che numerosissimi interventi di presidenti e singoli giudici nelle più svariate sedi, da interviste a importanti emittenti televisive al *trailer* per la festa delle donne che celebra per immagini anche la elezione, per la prima volta, di una donna al ruolo di presidente della Corte nella persona di Marta Cartabia. Ancora, alcuni comunicati stampa – anch'essi ovviamente reperibili sul sito – informano che la *Libreria dei podcast* è interamente reperibile sulle principali piattaforme di *podcasting*, tra cui si citano esplicitamente *Spreaker* e *Spotify*, e sempre appositi comunicati informano del suo progressivo aggiornamento. Infine, sempre nella *homepage* del sito è reperibile il rinvio all'ultimo, recentissimo prodotto dello "sforzo comunicativo" della Corte, ossia l'*app* scaricabile sui dispositivi mobili che – in un modo per vero non poco utile anche agli "addetti ai lavori" – consente di avere sullo schermo del proprio telefono cellulare il calendario dei lavori, le decisioni, le massime, i comunicati stampa e la documentazione del *Viaggio in Italia*.

Anche dalle brevi note che precedono dovrebbe, dunque, risultare evidente come in questo contesto il sito istituzionale non rappresenta più solo una diretta fonte di informazioni, ma anche un vero e proprio *hub*, come si diceva, di una fitta rete comunicativa che si dispiega con i più vari strumenti, in modo da raggiungere – si deve ritenere – quante più persone possibile.

36. M. Nisticò, *op. ult. cit.*, p. 87.

37. Sul primo vds., ad esempio, F. Covino, *Corte costituzionale e carcere. Un dialogo attraverso la Costituzione*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, *op. cit.*, pp. 107 ss.

4. *Distingue frequenter*

Dinanzi al quadro sommariamente tratteggiato pare obbligatorio chiedersi, innanzi tutto, se si sia di fronte semplicemente ad assestamenti delle prassi di comunicazione della Corte dovuti alle profonde trasformazioni che i sistemi di comunicazione di massa hanno subito negli ultimi anni, ovvero se quanto accennato può essere letto come un'autentica modificazione sostanziale del modo in cui il nostro Giudice costituzionale intende entrare in relazione con il suo pubblico, sia quello composto dagli specialisti del settore che quello più generale; e nel caso in cui propende in quest'ultimo senso, come ciò impatti sulla concezione del ruolo della Corte costituzionale.

Al riguardo si potrebbe forse essere indotti a privilegiare il primo corno dell'alternativa, in considerazione sia delle prassi "storiche" menzionate in precedenza, che della già menzionata esclusione – pur con qualche limitatissima eccezione – del ricorso al *web* 2.0. Così ragionando si potrebbe forse ritenere che la Corte si sia solo adeguata a quelli che sono i canali e le modalità della contemporanea comunicazione di massa. Uno sguardo più ravvicinato del fenomeno sommariamente ricostruito nel paragrafo precedente suggerisce, però, una valutazione più articolata, che provi a distinguere – pur nel contesto delle novità *tecniche* utilizzate per la comunicazione istituzionale della Corte – tra le diverse manifestazioni di quest'ultima, a seconda di destinatari, stile e finalità: *distingue frequenter*, si diceva un tempo[38].

Sul punto pare possibile proporre le seguenti considerazioni.

I. In effetti si può essere abbastanza sicuri di muoversi su un terreno solido se si afferma che *almeno alcuni aspetti* della relazione tra la Corte e i *media* abbiano subito "solo" una mutazione di forma, piuttosto che di sostanza. Così è probabilmente, ad esempio, per le interviste ai presidenti e ai giudici, già in passato senz'altro diffuse – sia pure non allo stesso modo in ogni periodo di tempo – e che, come si ricordava più sopra, non hanno mancato nel corso degli anni di creare problemi e perplessità di vario genere. In tale ambito la novità sembra limitata ai mezzi di diffusione di tali interviste, che sovente includono anche i cd. nuovi *media*, quali *Youtube*, *Instagram* o *Twitter*.

II. C'è poi un fronte in relazione al quale si può invece ritenere che la "esplosione reticolare" della comunicazione della Corte abbia mantenuto intatta la sua sostanza, ma la forma e la quantità degli "eventi comunicativi" sia mutata a tal punto da ingenerare significativi cambiamenti sugli effetti di tale comunicazione. Ci si riferisce soprattutto alla comunicazione rivolta prevalentemente a tecnici ed esperti. A partire dalla (lenta) messa in rete delle proprie sentenze – in relazione alla quale la Corte era stata preceduta dalla pionieristica esperienza del sito "Consulta *on line*", diretto da Pasquale Costanzo – gli strumenti si sono moltiplicati e proprio di recente hanno davvero raggiunto una diffusione immediata e potenzialmente capillare con la *app* della Corte costituzionale, nella quale attivando le "notifiche *push*" è possibile essere attivati sul proprio telefono cellulare "in tempo reale" circa le novità inerenti il calendario dei lavori, le decisioni ed i comunicati stampa[39]. Ecco, rispetto a questo tipo di comunicazione, si può probabilmente ritenere che la *quantità* ridondi in *qualità*, che le diverse modalità con le quali questa comunicazione avviene determinano effettivamente una importante "apertura" nei confronti della comunità di specialisti con la quale è chiamata a confrontarsi, a vario titolo e in vario modo. In effetti, pare oggi estremamente più facile rispetto a ieri essere aggiornati sulla giurisprudenza e più in generale sull'andamento dei lavori della Corte, potendo avere a disposizione davvero con prontezza il materiale di cui si ha bisogno. Tutto ciò non si può che salutare con estremo favore, ove si consideri – tra le altre cose – quanto conti per un giudice "unico" come la Corte il controllo diffuso della comunità degli interpreti circa il suo operato. La strada percorsa da quando le decisioni della Corte erano conoscibili solo tramite la *Gazzetta ufficiale* o riviste specializzate, tra cui soprattutto *Giurisprudenza costituzionale*, è davvero tantissima. Da questo punto di vista si può senz'altro concludere che la "apertura" di Palazzo della Consulta si sia tradotta nella maggiore controllabilità della sua attività da parte della collettività di riferimento. Meno *arcana imperii* e maggiore contatto con la "comunità aperta" degli interpreti della Costituzione, si potrebbe dire.

III. Esiste tuttavia un "terzo livello" dell'apertura comunicativa della Corte che suggerisce considerazioni sensibilmente differenti. È quello – ma sul punto si tornerà più avanti – che probabilmente corrisponde maggiormente al "polo politico" verso il quale (ora più, ora meno) il "pendolo" della Corte talvolta tende a oscillare. Si tratta di tutte quelle attività – e sono molte, come si è visto più sopra

38. Una prima indagine di questo tipo è già reperibile in M. Nisticò, *Corte costituzionale, strategie comunicative*, *op. cit.*, pp. 84 ss.

39. Come si accennava, questi ultimi possono esser visti come strumenti rivolti in primo luogo al pubblico generale, ma non c'è dubbio che – ad esempio, per chi svolga la professione forense, magari proprio presso la Corte costituzionale – l'immediata informazione concernente le decisioni adottate da quest'ultima rappresenta un ausilio non da poco per il proprio lavoro.

– evidentemente rivolte a un pubblico più vasto di quello, circoscritto e selezionato, degli esperti che a vario titolo seguono la sua attività. Dal punto di vista appena menzionato si può senz'altro affermare che gli ultimi anni – soprattutto quello delle presidenze Lattanzi e Cartabia – sono stati davvero anni di svolta. Come risulta anche dalla breve disamina proposta nel paragrafo precedente, la comunicazione istituzionale rivolta al pubblico generalista negli ultimi tempi ha in effetti assorbito l'attenzione maggiore della Corte, che vi ha profuso un impegno assolutamente inedito, e a messo a supporto della stessa una organizzazione che non sembra avere eguali nella sua storia. La stessa individuazione di un giornalista professionista quale vertice dell'ufficio stampa ben può essere letta in questa chiave[40].

A ulteriore conferma della "novità sostanziale" del periodo che stiamo vivendo possono, del resto, essere portate le stesse parole con le quali la Corte interpreta se stessa. Ci si riferisce soprattutto a diversi interventi degli ultimi presidenti, nei quali si sottolinea, e si rivendica orgogliosamente, la svolta nel senso della *apertura* al mondo esterno operata dalla Corte in questi anni. In tale quadro possono essere citate soprattutto diverse dichiarazioni dei presidenti Lattanzi e Cartabia, nelle quali sono evidenti la consapevolezza e la convinzione di essersi incamminati in un sentiero per più versi gravido di novità[41], in grado di condurre a «*una giustizia costituzionale più ricca*»[42]. Pare dunque davvero difficile revocare in dubbio l'assoluta novità degli anni che stiamo vivendo, comunque si voglia valutare questa novità.

È stata per vero suggerita una lettura di questo fenomeno – peraltro proveniente dall'interno della stessa Corte – che tende a minimizzare la novità di quanto appena rappresentato, enfatizzando piuttosto le linee di continuità con letture e interpretazioni che componenti della Corte hanno dato in passato del ruolo di quest'ultima e del suo rapporto con *media* e società[43]. E in effetti si potrebbe forse ritenere che la peculiarità fondamentale del periodo che oggi viviamo derivi essenzialmente dall'esplosione della rete, che offre oggi possibilità del tutto impensabili fino a qualche decennio or sono, se non (forse) nei romanzi di *sci-fi*. E tuttavia resta il fatto che, da un lato, alcuni "eventi comunicativi" sono nuovi e diversi in se stessi, mentre quelli che non lo sono assumono una dimensione quantitativa davvero in grado di cambiare le carte in tavola. Difficile non ritenere, in altre parole, che oltre un certo limite la *quantità* non ridondi in *qualità*.

In senso opposto rispetto alla lettura "continuista" depone proprio quello che – per l'importanza che vi annette la Corte – appare il principale dei momenti comunicativi sopra richiamati, ossia il *Viaggio in Italia*, nelle sue due articolazioni del *Viaggio nelle scuole* e del *Viaggio nelle carceri*. Si tratta di eventi che hanno ricevuto senza dubbio una risonanza enormemente amplificata dalla scelta proveniente dal Palazzo della Consulta di valorizzarli il più possibile attraverso i *media* – e in particolare i nuovi *media* –, ma che altrettanto certamente avrebbero potuto essere effettuate da molto tempo[44]. E invece non è un caso che solo negli ultimi anni siano state adottate iniziative siffatte.

Anche le novità che hanno interessato il modo in cui la Corte espone i risultati del proprio lavoro appaiono difficilmente riducibili a una dimensione meramente quantitativa. Come si accennava nelle pagine che precedono, l'attività comunicativa rivolta verso i non addetti ai lavori era nel passato prevalentemente volta a illustrare e spiegare l'andamento della giurisprudenza costituzionale, sia con riferimento a periodi determinati – si pensi ovviamente alle conferenze stampa periodiche dei presidenti – sia, seppure più di rado, con riferimento a singole decisioni ritenute particolarmente significative o problematiche. Certo non si può cadere nell'ingenuità di considerare del tutto "neutre" – nel senso di meramente informative – tali forme di comunicazione, essendo le medesime comunque volte a un'autorappresentazione nei confronti di un uditorio esterno. Pare però difficile negare che, almeno quelle più "paludate" e ricorrenti

40. Così G. D'Amico, *Comunicazione e persuasione*, *op. cit.*, p. 253; M. Nisticò, *Corte costituzionale, strategie comunicative*, *op. cit.*, p. 102.

41. *Cfr.*, ad esempio, la *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018* e la *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*, ambedue reperibili *online* all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it/actionRelazioniPresidenti.do. Nella prima, ad esempio, si afferma che la Corte «*ha maturato la consapevolezza che deve uscire dal Palazzo, deve farsi conoscere e deve conoscere, deve farsi capire e deve capire*», e che «*si è resa conto che per comunicare con il Paese non è sufficiente rendere note le proprie sentenze, pubblicarle nelle forme consuete e affidarle alla lettura degli esperti*»; la seconda è forse ancora più esplicita, individuando nel 2019 «*l'anno della grande apertura della Corte costituzionale alla società civile e alla dimensione internazionale*».

42. Vds. il primo paragrafo della citata *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*.

43. D. Stasio, *Il senso della Corte*, *op. cit.*

44. Con riferimento al *Viaggio nelle carceri*, in dottrina si è correttamente evidenziato come quest'ultimo non possa senz'altro essere ritenuto una mera applicazione dell'art. 67 l. n. 354/1975, che prevede la possibilità, per i giudici costituzionali, di visitare gli istituti penitenziari. Ciò in quanto l'iniziativa – a prescindere dal *numero* dei giudici costituzionali di volta in volta recatisi nel singolo istituto – è frutto di una iniziativa collegiale dell'intero organo (così D. Chinni, *La comunicazione della Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 263).

– le conferenze stampa periodiche –, limitassero al massimo quel fenomeno di "costruzione della propria immagine" che, come si vedrà tra un attimo, oggi appare invece decisamente in crescita.

Al riguardo rilevano, innanzi tutto, i comunicati stampa e le note concernenti l'agenda dei lavori. Come è stato efficacemente evidenziato, questo approccio comunicativo implica necessariamente una profonda selezione degli oggetti da comunicare – siano essi decisioni significative, casi da decidere ritenuti di rilievo o questioni decise su cui attirare l'attenzione prima o dopo la stesura e il deposito della motivazione[45]. Parimenti frutto di accurata selezione sono ovviamente i profili delle singole decisioni che si intendono enfatizzare, a scapito di altri che pure potrebbero esserlo. Tutto ciò fa perdere non poco di quella "neutralità informativa" di cui si discorreva più sopra, rappresentando piuttosto uno strumento con il quale il Giudice costituzionale procede – consapevolmente o meno, qui poco importa – alla costruzione e alla diffusione di un'immagine di se stesso inevitabilmente altra e diversa da quella che deriva dalla considerazione complessiva dell'attività formale della Corte[46].

Questo effetto è probabilmente ancor più amplificato dalle attività comunicative con le quali vengono illustrate e spiegate – ma inevitabilmente interpretate – le decisioni adottate dalla Corte. Il caso più significativo è senza dubbio quello delle già menzionate *Sentenze che ci hanno cambiato la vita*: come si diceva, si tratta di brevi (o addirittura brevissimi) interventi audio o video dedicati ciascuno a una sentenza del passato ritenuta particolarmente rilevante per il suo impatto sulla società. Impatto positivo, *ça va sans dire*. Ebbene, anche in questo caso risulta del tutto evidente come si sia davanti a un'attività che, lungi dall'essere meramente informativa, è volta (qui in modo probabilmente più consapevole) a fornire una determinata (auto)rappresentazione a beneficio della collettività tutta, a costruire una immagine di se stessi – non come giudici singoli, ovviamente, ma come istituzione complessiva – e ad accreditarla al grande pubblico.

Uno scarto ulteriore è infine individuabile in quelle attività volte non solo o non tanto a "raccontare" la Corte e il suo operato, quanto piuttosto a diffondere e divulgare la cultura costituzionale. Si può probabilmente dire che quello appena accennato è il "piatto forte" della comunicazione istituzionale. Ciò risulta non solo dalla enorme importanza e visibilità che a queste iniziative viene data dai *media* gestiti dalla Corte, ma anche dalle stesse parole dei suoi presidenti che hanno ritenuto di soffermarsi sul tema. Quanto al primo aspetto, si rinvia al già più volte menzionato *Viaggio in Italia*, e ai molteplici modi in cui ad esso si è dato risalto (nell'ambito del sito istituzionale, del canale *Youtube* ufficiale della Corte, di *Twitter* e di *Spreaker*). Quanto al secondo, si vedano soprattutto i già citati interventi dei presidenti Lattanzi e Cartabia, dai quale traspare con chiarezza il grande investimento fatto dalla Corte al fine di «*diffondere la cultura della Costituzione, farne capire i valori ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti*»[47], di «*farsi conoscere da tutti*» e «*portare ovunque i valori della Costituzione*»[48].

Queste attività solo con enorme difficoltà potrebbero essere annoverate tra quelle "meramente informative": e del resto sono le stesse parole dei presidenti, più sopra richiamate, che accreditano con evidenza interpretazioni differenti. Esse infatti appaiono piuttosto riconducibili a quella che potrebbe essere chiamata un'attività di *pedagogia costituzionale*, volta a diffondere nel grande pubblico la cultura della Costituzione, e in particolare dei suoi principi più importanti. E se in alcuni casi tale attività assume una caratterizzazione senz'altro monodirezionale (dai giudici al pubblico), in altri pare invece assumere un carattere bidirezionale. Per la prima ipotesi è possibile richiamare la già più volte citata *Libreria dei podcast* con le "piccole lezioni" dei giudici costituzionali. Per le seconde è invece d'obbligo un nuovo rinvio all'esperienza del *Viaggio in Italia*, e in particolare del *Viaggio nelle carceri*, nella quale i giudici che vi hanno preso parte non si limitano alla loro esposizione dei temi oggetto dell'incontro, ma entrano in una relazione dialogica con i partecipanti, ascoltando dunque e non solo parlando. Questo aspetto è stato particolarmente enfatizzato, del resto, dalle stesse testimonianze dei protagonisti: negli incontri, del tutto «*centrale*» è apparsa «*l'interlocuzione con i detenuti, che si sono preparati all'incontro e hanno rivolto ai*

45. *Cfr*. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit*., p. 276; G. Sobrino, *«Uscire dal Palazzo della Consulta»: ma a che scopo?*, *op. cit*., p. 183. Un interessante studio quantitativo sulla selezione dei casi oggetto di comunicazione, con specifico riferimento al Tribunale costituzionale federale tedesco, è contenuto in P. Meyer, *Judicial Public Relations*, *op. cit*., part. pp. 7 ss.

46. Coglie efficacemente questo punto A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit*., pp. 274 ss. In tema *cfr*., inoltre – con riferimento non solo alla Corte costituzionale –, G. Serges, Internet *quale strumento di propaganda e organi costituzionali. Primi appunti sparsi*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, *op. cit*., pp. 141 ss., part. pp. 154 ss.

47. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, *op. cit*., par. 1.

48. *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*, *op. cit*., par. 1.

giudici numerose domande»; e questi incontri, «*non artificiosamente costruiti*», «*hanno coinvolto, anche emotivamente, chiunque vi ha partecipato e hanno consentito a noi giudici di conoscere più a fondo la realtà del carcere*»[49]. Questa acquisizione di consapevolezza – di cui il *Viaggio* rappresenta probabilmente lo strumento più "potente" che la Corte ha ritenuto di sperimentare – è volta, come si evidenziava più sopra, a rendere migliore la giustizia costituzionale, consentendo alla Corte di «*cogliere nelle dinamiche, in senso lato, "pubbliche" (non limitate, cioè, ai "poteri pubblici" ma estese alla vita della comunità e delle persone che la compongono) i segnali del mutamento e della continuità, sapendoli opportunamente travasare ed elaborare nei suoi giudizii, nella vigile coscienza del tempo che fluisce e delle generazioni che si sovrappongono e si succedono*»: ciò al fine di «*convogliare nell'alveo della legislazione, le istanze*» sociali, perfino quelle «*ancora inespresse*»[50].

Pare difficile negare la "novità" di tutto questo, del resto, come si ricordava, espressamente rivendicata dai presidenti che se ne sono resi portatori. Oggi la Corte che "parla solo con le sue sentenze" non esiste più. La Corte ha consapevolmente cambiato «*il suo modo di essere*»[51]. C'è dunque tanto di nuovo che, a fianco di condivisibili apprezzamenti, può forse in taluno suscitare una sensazione di spiazzamento, e che merita di essere studiato, capito e valutato.

5. Il rapporto con i *media* e la posizione della Corte nel sistema

Al fine di procedere in tal senso è in effetti opportuno guardare più da vicino proprio l'interpretazione che del fenomeno oggetto di queste note forniscono i suoi protagonisti più autorevoli. Come già si accennava più sopra, esiste una "parola chiave" che – per questi ultimi – segna la presente stagione e le sue novità: "*apertura*"[52]. La Corte si apre nei confronti della comunità cui appartiene. Scendendo più nel dettaglio, è possibile provare a delineare i caratteri di questa "apertura", chiedendosi *come* e *a beneficio di chi* questa avvenga.

Il primo carattere da cui conviene partire è probabilmente la già richiamata "bidirezionalità" dell'attività comunicativa[53]. La Corte invita a "entrare", accoglie, e al contempo si propone all'esterno. A tale riguardo è peraltro necessariamente da menzionare – a fianco degli aspetti su cui più sopra ci si è soffermati – l'aperura della Corte "nel processo", soprattutto tramite la notissima modifica delle «*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*», avvenuta nel gennaio 2020, che ha disciplinato l'intervento di terzi in giudizio, le «*opinioni*» degli *amici curiae* e l'ascolto di esperti di chiara fama in camera di consiglio. Quella praticata in questi anni è dunque un'apertura dialogica, in cui la Corte intende "dare" e "ricevere". L'*output* della Corte è senza dubbio costituito da informazioni, ma soprattutto, come si è visto, da ben precise letture della nostra esperienza e cultura costituzionale. È quella che più sopra si è provato a definire *pedagogia costituzionale*. Gli *input* accolti o comunque auspicati dai giudici costituzionali consistono invece in "conoscenze" delle situazioni di fatto, "emozioni" connesse alle medesime e informazioni sul "sentire" della collettività. L'*output* serve per diffondere la conoscenza dell'attività della Corte e la cultura costituzionale; l'*input*, invece – come emerge con chiarezza dalle dichiarazioni dei protagonisti sopra richiamate –, per migliorare gli esiti dell'attività istituzionale della Corte, per aiutare il Giudice costituzionale a far meglio il proprio mestiere. Insomma, per scrivere le sentenze e dunque per l'opera di interpretazione costituzionale.

Le finalità appena messe in luce, tratte dalla *viva vox* della Corte, appaiono particolarmente significative ai fini del presente contributo. Traspare infatti dalle stesse l'intenzione del nostro Giudice costituzionale di intervenire, anche tramite gli strumenti indicati, sulla sua complessiva posizione nel sistema in generale e sul modo di risolvere i problemi del diritto costituzionale in particolare. Non si tratta dunque di questioni che attengono semplicemente alle sue "relazioni con il pubblico", ma di uno strumento che la Corte ritiene essenziale al fine di svolgere al meglio la propria attività istituzionale. E non è un caso, infatti, che le "aperture" specificamente prese

49. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, *op. cit.*, par. 1. Si sofferma su questo aspetto F. Covino, *Corte costituzionale e carcere*, *op. cit.*, p. 111.

50. Così la *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, par. 6, reperibile *online* sul sito istituzionale della Corte all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it/actionRelazioniPresidenti.do.

51. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, *op. cit.*, par. 1.

52. Il principio della *open justice* è del resto individuato quale guida dell'apertura comunicativa delle Corti da alcuni studi che si sono sviluppati sul tema. *Cfr.* ancora P. Meyer, *Judicial Public* Relations, *op. cit.*, p. 5.

53. Pare dunque sussistere la tendenza ad andare oltre alla *one way communication* che le Corti tendono solitamente a preferire (*cfr.* P. Meyer, *op. ult. cit.*, *ibid.*), anche se ovviamente entro limiti rigorosamente circoscritti e con strumenti che la Corte stessa definisce.

in considerazione in questo contributo si affianchino, come evidenziato, a quelle più specificamene "processuali" derivanti dalla recente riforma delle *Norme integrative*.

Come si vedrà, peraltro, non è implausibile ritenere che, a sua volta, quello inerente la generale "apertura" verso l'esterno sia un tassello di un più ampio disegno di riassestamento del ruolo della Corte e delle sue relazioni con il legislatore e la comunità cui appartiene. Tuttavia è necessario chiedersi – e qui andiamo davvero al cuore delle questioni affrontate in queste sede – perché la Corte ritiene che lo svolgimento dei propri compiti istituzionali, il "rendere giustizia costituzionale"[54], abbia bisogno di questo rapporto comunicativo bidirezionale, che non rinuncia neanche al piano delle *emozioni*[55]. Ed è qui che torna utile spendere qualche parola ulteriore sul classico tema, già più sopra evocato della "doppia anima" della Corte.

6. Le "due anime" della Corte e la comunicazione istituzionale

Il nodo che al riguardo merita di essere preliminarmente affrontato concerne la messa a fuoco del senso, tra i vari possibili, in cui in questa sede è utile parlare della "doppia anima" della Corte, e in particolare di quella che si suole definire la sua anima "politica". Di recente Roberto Romboli ha utilmente provveduto a una "mappatura" degli usi linguistici che si sono sviluppati sul punto[56], evidenziando come il carattere "politico" della Corte in generale, o di alcune sue decisioni in particolare, venga desunto in dottrina da indici parecchio diversificati, quali il carattere "politico" degli oggetti del suo giudizio, la "deferenza" verso il legislatore, il ricorso a elementi extratestuali[57]. Quello che in questa sede interessa maggiormente è, però, il senso più pregnante in cui si discorre di "politicità" del nostro Giudice costituzionale, ossia quello che allude alla circostanza secondo la quale quest'ultimo sovente ricorrerebbe, nei frangenti decisivi delle proprie argomentazioni, a elementi valutativi a carattere spiccatamente politico[58]: un numero significativo di casi sarebbe dunque risolto dalla Corte tramite operazioni propriamente ascrivibili alla dimensione della discrezionalità politica piuttosto che a quella del ragionamento giuridico[59]. In tale ottica è stato da più di un autore posto il tema della "legittimazione democratica" della Corte costituzionale[60]. Risuona, in questo tema, l'eco delle note pagine che Carlo Mezzanotte scriveva nel 1984, secondo le quali – abbandonata la fase della "demolizione" della legislazione prerepubblicana, per la quale risultava sufficiente una legittimazione di tipo trascendente a forti venature simboliche – la Corte doveva allora ricercare la propria legittimazione anche nella dimensione immanente legata alla «valutazione del risultato»: una valutazione «molto più aleatoria» di quella direttamente fondata sulla evocazione dei principi primi della Costituzione, caratterizzata da «un alfabeto completamente diverso», rispetto al quale lo stesso Mezzanotte riteneva che lo sbocco naturale fosse quel – più volte auspicato – controllo dell'opinione pubblica sulla giurisprudenza costituzionale tale da costituire adeguati meccanismi di "responsabilità politica diffusa" connessi alla stessa[61].

Ebbene, si può forse ritenere che l'uso che la Corte ha fatto dei *media* in questi anni sia in effetti coerente con gli sviluppi preconizzati da Mezzanotte. E ciò probabilmente può essere ritenuto connesso con le recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale, la

54. *Cfr*. G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in questo fascicolo (pubblicato in anteprima in questa *Rivista online* il 13 novembre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/del-rendere-giustizia-costituzionale).

55. L'aspetto "emozionale" è particolarmente enfatizzato nella *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, *op. cit.*, par. 1.

56. *Cfr*. R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte*, *op. cit.*, part. pp. 6 ss.

57. Circa i possibili modi di intendere la "politicità" della Corte e delle sue decisioni, vds. anche G. Serges e C. Tomba, *Dossier sulla giurisprudenza costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, *op. cit.*, pp. 535 ss.

58. *Cfr*. R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte*, *op. cit.*, pp. 8-9.

59. Questo rilievo talvolta assume le vesti di un disvelamento, sostenendosi ad esempio che il disconoscimento della necessaria creatività con la quale vengono riempite di senso le clausole costituzionali valutativamente orientate rappresenterebbe «la più presuntuosa delle *fictiones iuris*». Così A. Spadaro, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, *op. cit.*, pp. 117 ss., part. p. 121.

60. Di recente, vds. ad esempio M. Dogliani, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *op. ult. cit.*, pp. 75 ss.

61. *Cfr*. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, *op. cit.*, pp. 140 ss.
Per l'auspicio del controllo dell'opinione pubblica sulla Corte e dei connessi meccanismi di controllo diffuso, vds. S. Rodotà, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, *op. cit.*, pp. 489 ss., part. p. 507.

quale – come risulta del resto anche dalla più autorevole voce "extra-giurisdizionale" che possa provenire dalla Corte[62] – pare procedere verso una progressiva estensione dei limiti di operatività entro i quali i giudici costituzionali ritengono di potersi muovere, sia con riferimento ai margini del proprio giudizio che alle tecniche processuali[63]. Non pare in effetti una coincidenza che, proprio nel periodo in cui considera necessario, per assolvere al proprio compito istituzionale, passare dalle «rime obbligate» alle «rime possibili»[64] o alle «rime libere»[65] – al fine di porre in essere quel "momento ricostruttivo" che talvolta reputa necessario a evitare che il "momento demolitorio" derivante dal suo intervento sia a sua volta produttivo di una situazione di illegittimità costituzionale[66] –, la Corte ritenga altresì necessario "potenziare" e rimodulare i suoi strumenti di comunicazione istituzionale per entrare in una comunicazione più immediata con l'opinione pubblica, tramite la quale illustrare e spiegare le proprie decisioni[67].

È forse inquadrabile nel medesimo contesto anche il flusso comunicativo che segue la direzione opposta, che va dall'esterno verso Palazzo della Consulta. Proprio in ragione dei maggiori ambiti di discrezionalità che tende a riconoscersi in questi anni, il nostro Giudice costituzionale ritiene di dover non solo "render conto" in modo più trasparente e diffuso del proprio lavoro, ma anche attingere maggiormente e in modo più diretto possibile alla "coscienza sociale" per riempire di contenuto le anfibologiche formule costituzionali[68], in modo tale da rafforzare la propria sintonia con la collettività cui appartiene pur senza spingersi sino a seguire gli «*umori del momento, diffusi nell'opinione pubblica*»[69]. Bisogna certo guardarsi da conclusioni avventate. Quanto appena accennato non può, tuttavia, non richiamare alla mente i meccanismi del circuito dell'indirizzo politico, con le sue fasi di *input* e *output*, rispettivamente individuabili negli istituti della rappresentanza e della responsabilità politica. Si potrebbe forse ritenere che la Corte, scegliendo consapevolmente di andare oltre le "rime obbligate", provi a individuare strumenti in qualche modo analoghi per il proprio operato, che siano ovviamente calibrati in modo adeguato alla peculiarità che la contraddistinguono: strumenti che si aggiungono alla sua "classica" composizione ibrida, parzialmente debitrice delle istituzioni titolari della funzione di indirizzo politico[70]. E vengono, al riguardo, alla mente

62. Si veda, in particolare, la *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*, *op. cit.*, parr. 3.2 ss.

63. Il punto è stato rilevato da autorevoli commentatori. Si vedano, ad esempio, con varietà di accenti, G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, *op. cit.*; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit.*, pp. 251 ss.; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, pp. 644 ss.
Tra le decisioni in cui questo recente approccio ha preso corpo si devono segnalare – oltre a quelle concernenti il notissimo "caso Cappato", ossia la sent. n. 242/2019 e l'ord. n. 207/2018 – le sentt. n. 40/2019 (in tema di sanzioni penali per la detenzione di stupefacenti), 236/2016 (in tema di sanzioni penali per l'alterazione dello stato civile di un neonato), 222/2018 (in tema di bancarotta fraudolenta), 249/2018 (in tema di accesso ai benefici penitenziari). Con riferimento alle tecniche processuali – ancora una volta oltre alla vicenda del *leading case* "Cappato" – vds. invece la recente ord. n. 242/2020, concernente il trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa, che rinvia a una successiva udienza la trattazione del merito della questione, al fine di «*consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina*» coerente con i principi individuati nella medesima ordinanza. Questi orientamenti giurisprudenziali – quello di merito e quello processuale –, pur accomunati dalla "espansione" dei margini di manovra che la Corte si riconosce, sono ovviamente differenti tra loro, anche se talvolta possono combinarsi insieme. Ciascuno di essi meriterebbe dunque un'analisi apposita, che ovviamente non può essere proposta in questa sede.

64. S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, pp. 183 ss.; S. Catalano, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020.

65. *Cfr*. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit.*, part. par. 5 (*Dalla ragionevolezza a rime obbligate alla proporzionalità a rime libere*).

66. Così E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2019, p. 531.

67. Attira l'attenzione alla «*ricerca di un consenso* intorno alle decisioni prese», con riferimento proprio ad alcune sentenze in cui la Corte avrebbe riconfigurato i propri limiti, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit.*, p. 258. L'enfasi sulla relazione tra il "momento" della giustizia costituzionale e la «rivoluzione comunicativa» della Corte è reperibile anche in G. Sobrino, *«Uscire dal Palazzo della Consulta»: ma a che scopo?*, *op. cit.*, pp. 172 ss.

68. Si richiama qui la nota espressione di Paolo Barile, secondo il quale la Costituzione contiene norme «anfibologiche», in quanto «interpretabili in vario senso a seconda delle forze politiche dominanti» (P. Barile, *Costituzione italiana*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, Utet, Torino, 1959, p. 1058).

69. Vds. *Le funzioni* (del Giudice costituzionale), reperibile nel sito istituzionale della Corte: www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/le_funzioni.do.

70. Non a caso F. Modugno, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, I, p. 1251, discorreva al riguardo di composizione «parzialmente» o «diversamente» rappresentativa.

le considerazioni che anni fa proponeva Stefano Rodotà, il quale riteneva che proprio potenziando gli *input* e gli *output* della Corte, garantendone l'apertura e il massimo controllo diffuso, potessero realizzarsi forme di «legittimazione democratica» non derivanti dal voto popolare[71].

7. Alcuni profili problematici della "Corte mediatica"

7.1. La "pedagogia costituzionale" e i disaccordi interpretativi

Il quadro che sin qui si è provato a tratteggiare, dunque, non è privo di una sua coerenza interna. Presenta però alcuni profili problematici, con i quali è necessario confrontarsi.

Proviamo ad esempio a osservare più da vicino la "pedagogia costituzionale" che la Corte si è intestata negli ultimi tempi. Si tratta di un'attività che consiste nella diffusione di interpretazioni di principi e momenti costituzionalmente rilevanti, tali da fornire quella che si potrebbe definire – riprendendo un'espressione che si deve a Massimo Luciani[72] – una lettura irenica e progressiva della nostra storia costituzionale, del processo di costituzionalizzazione che l'ha caratterizzata, e del ruolo che in questo processo ha giocato (e gioca) la Corte costituzionale. Ovviamente si tratta di interpretazioni del tutto legittime, ben più che plausibili e spesso anche pienamente condivisibili (almeno a parere di chi scrive). Il punto, però, è che l'interpretazione dei principi costituzionali – al netto dell'esistenza di un nucleo di consenso indispensabile anche solo perché i diversi interlocutori capiscano di parlare del medesimo argomento – è ormai notoriamente un ambito caratterizzato da intensi disaccordi[73].

Di recente è stata elaborata la categoria dei *disaccordi interpretativi profondi* (DIP) per spiegare questa importante caratteristica dell'interpretazione giuridica e costituzionale in particolare[74]. Per Vittorio Villa i DIP consisterebbero in «divergenze particolarmente radicali» concernenti l'interpretazione di clausole costituzionali a carattere valutativo, tra le quali si collocano proprio quelle contenute nei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale[75]. In particolare, i disaccordi che caratterizzerebbero i percorsi interpretativi di queste importanti clausole costituzionali sarebbero *genuini* (in quanto non nascondono alcun vizio logico nel ragionamento che li produce), *senza colpa* (perché non sono frutto di impostazioni errate in modo evidente) e soprattutto *irrisolvibili* (nel senso che non possono essere risolti da una singola interpretazione o decisione giurisdizionale in grado di essere oggettivamente considerata "vera" o "corretta")[76]. Tralasciando le complesse questioni legate alla epistemologia e alla filosofia del linguaggio sottese a questa interessante impostazione, è qui utile precisare che i caratteri appena richiamati sono desunti dall'osservazione di importanti *casi paradigmatici* di disaccordo sui principi costituzionali[77]: il che equivale a dire che i medesimi *ricorrono solitamente* nelle vicende dell'interpretazione costituzionale.

La teorizzazione dei DIP rinvia evidentemente ad altri percorsi, ben noti alla dottrina giusfilosofica, come quelli che conducono agli «*essentially contested concepts*»[78], ai «concetti interpretativi» di Dworkin[79] e alla ormai ben nota differenza tra concetti e concezioni, in base alla quale si usa designare con il primo termine il nucleo semantico condiviso di un sintagma, una clausola o un principio costituzionale, e con il secondo le diverse articolate teorie volte a interpretarlo e a svilupparlo in tutti i

71. S. Rodotà, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, *op. cit.*, pp. 505 ss.

72. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2006, pp. 1643 ss.

73. Sul complesso problema dei disaccordi nel diritto, in grado di porre da più di un punto di vista questioni teoriche non di poco momento, si vedano ad esempio gli scritti raccolti in P. Luque Sánchez e G.B. Ratti (a cura di), *Acordes y desacuerdos. Cómo y porqué los juristan discrepan*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

74. *Cfr*. V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017; *Id*., *Disaccordi interpretativi profondi*, Mucchi, Modena, 2016.

75. V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, *op. cit.*, pp. 4-5.

76. *Ivi*, pp. 84 ss.

77. *Ivi*, p. 23.

78. Ossia nozioni che, pur avendo una comune base concettuale, sono caratterizzate da interpretazioni e valutazioni che le declinano in modo diverso, senza che sia possibile sbarazzarsi sbrigativamente di tali differenti interpretazioni: così V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 12. La formula «*essentially contested concepts*» si deve, come è noto, a W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. LVI (1955-1956), pp. 167 ss.

79. *Cfr*., ad esempio, R. Dworkin, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 13.

suoi aspetti[80]. I risultati di tali percorsi – al netto delle pur sussistenti differenze – sono accomunati dalla evidenziazione della necessità di far ricorso a elaborazioni complesse, articolate e soprattutto a carattere valutativo al fine di individuare la portata concreta di diritti e clausole costituzionali. Si tratta sovente di elaborazioni in competizione tra loro e anche molto distanti quanto a premesse e risultati, che rinviano a complessi e alternativi sistemi di valore, e talvolta anche a diverse premesse di carattere metaetico. Basti pensare, a questo riguardo, alla centrale clausola della dignità umana, interpretata in modo decisamente divergente dalla tradizione cattolica e da quella laica, tanto da rinviare al valore oggettivo dell'essere umano in quanto tale nel primo caso, e alla centralità dell'autodeterminazione personale nel secondo[81]. In questo quadro si è efficacemente messo in luce come i diritti fondamentali – il cuore del nostro sistema di valori costituzionali – siano oggetto di una forte e lacerante contesa: tra Corti, tra istituzioni, tra comunità di cittadini, tra legislatore e giudici[82]. E lo stesso periodico riaffiorare del dibattito sulla introduzione dell'opinione dissenziente nel nostro ordinamento può essere visto anche come una manifestazione di consapevolezza di tale nodo[83].

L'approccio che sembra sotteso alla fitta dinamica bidirezionale della comunicazione istituzionale posta in essere dalla Corte si inserisce in questo contesto altamente problematico. Da un lato, la pedagogia costituzionale mira a veicolare una lettura del tessuto costituzionale nel quale viviamo in grado di sostenere la legittimazione della Corte. Dall'altro, gli "*input*" che quest'ultima riceve dall'esterno contribuiscono a costruire il modo in cui essa interpreta il diritto costituzionale nella propria giurisprudenza, o almeno così sembra sulla base delle dichiarazioni dei presidenti sopra richiamate. In tal modo, la Corte ritiene dunque di potere (o, forse, di dovere) fare riferimento alle percezioni della "coscienza sociale" – pur manifestando l'intenzione di non farsi fuorviare dalle continue e umorali oscillazioni dell'opinione pubblica – per sciogliere la naturale molteplicità delle possibili concezioni delle clausole costituzionali che si contendono legittimamente il campo.

Alla luce di quanto fino ad ora notato, è possibile provare a individuare alcuni profili di debolezza del progetto comunicativo predisposto e attuato dal Giudice costituzionale negli ultimi anni.

Risulta innanzi tutto evidente come la Corte non possa essere assimilata agli altri attori della quotidiana conversazione costituzionale sui diritti e sui principi della Costituzione. È vero che essa fa certamente parte della "comunità aperta degli interpreti di quest'ultima", rappresentando anzi il più autorevole di questi interpreti. Tuttavia, le diverse prospettive che in questa arena si contendono il campo possono contare, per così dire, solo sulle proprie forze, sui buoni argomenti che possono mettere in campo per guadagnare consensi. La Corte ha certo un "privilegio" quando parla come giudice, che è quello di arrestare il flusso del discorso su un determinato tema a un determinato momento, sia pure soltanto con riferimento a una specifica vicenda[84]. E va da sé l'ovvia autorevolezza e la connessa capacità attrattiva nei confronti degli altri interpreti della Costituzione che ciò comporta. Tutto questo, però, ha probabilmente un prezzo da pagare, che è quello se non di un'astensione almeno di un forte *self restraint* con riferimento ai suoi interventi nel dibattito pubblico mediante strumenti che non siano quelli istituzionali, poiché si potrebbe dubitare dell'opportunità che le pur legittime e spesso anche convincenti ricostruzioni di principi e clausole costituzionali che la Corte ritiene di dover veicolare siano assistite dalla posizione di privilegio che inevitabilmente deriva dalla sua situazione.

La figura tradizionale della Corte che "parla solo con le proprie sentenze" ha – tra l'altro – anche questo fondamento: il fondamento di evitare che della deferenza che naturalmente assiste la parola della Consulta si giovino anche le parole che sono pronunciate in sedi diverse da quelle a cui la deferenza è connessa. Colgono con efficacia questo nodo le critiche che, anch'esse

80. *Cfr*., al riguardo, H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, *op. cit*., pp. 185 ss. Alla elaborazione hartiana fa esplicito riferimento J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, *op. cit*., pp. 23 ss. Lo stesso Dworkin, del resto, utilizza ampiamente la distinzione tra *concetto* e *concezioni* in passi importanti del suo *Law's Empire*, *op. cit*., pp. 90 ss.

81. Pure in questo caso si può rinviare a V. Villa, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, *op. cit*., pp. 58 ss. e 102 ss., anche per ampi riferimenti bibliografici su un tema così complesso e articolato.

82. M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Franco Angeli, Milano, pp. 19 ss. Ma i riferimenti bibliografici si potrebbero moltiplicare.

83. *Cfr*., di recente, l'intervista rilasciata dal giudice costituzionale Nicolò Zanon: A. Fabozzi, *Zanon: «È tempo che la Corte faccia conoscere l'opinione dissenziente»*, *Il Manifesto*, 29 dicembre 2020, https://ilmanifesto.it/e-tempo-che-la-corte-costituzionale-faccia-conoscere-lopinione-dissenziente/.

84. Così, efficacemente, J.J. Moreso, *La doctrina Julia Roberts y la objectividad del dercho*, in *Id*., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 175 ss.

dall'interno della Corte, ha rivolto alle recenti tendenze l'autorevole voce di Nicolò Zanon. Quest'ultimo ha infatti notato come difficilmente la «responsabilità di essere giudici della coerenza tra le leggi e la Costituzione possa tranquillamente accompagnarsi al compito di essere "educatori della Costituzione"». Ciò in quanto «individuare modi, strumenti e argomenti attraverso cui la Costituzione è giudizialmente da custodire, salvo casi-limite in cui tutto è chiarissimo, è delicata questione di interpretazione, e questa interpretazione non può che essere il faticoso risultato di decisioni su questioni concrete, all'esito, appunto, di una elaborazione giurisprudenziale». La eventuale individuazione di «messaggi» tratti da coerenti percorsi della giurisprudenza costituzionale non dovrebbe invece competere alla Corte, quanto piuttosto alla dottrina: è invece «discutibile» che «essi siano oggetto di "predicazione" da parte di giudici costituzionali che escono dal palazzo, "si aprono" alla società civile e diffondono il "verbo" (ma quale?)». Per Zanon si tratta «di una minimale applicazione del principio della separazione dei poteri»[85].

7.2. A proposito dei comunicati stampa

I profili problematici sopra segnalati, in effetti, paiono rilevare un po' per tutti gli *output* comunicativi della Corte che siano caratterizzati da significativi apporti interpretativi, proponendosi con maggior importanza all'aumentare di questi. La valutazione, evidentemente, deve esser compiuta caso per caso, investendo peraltro sia gli aspetti contenutistici che quelli formali, inerenti – per così dire – ai "generi" di comunicazione. Da tale punto di vista è infatti possibile affermare che la Corte si esponga maggiormente in quelle attività che si è provato a qualificare di "pedagogia costituzionale", e soprattutto in quei casi in cui si allontana dal "nucleo minimo condiviso" dalle diverse *concezioni* di clausole e diritti costituzionali che si contendono il campo[86]. Minore, invece, appare il rischio nel caso dei comunicati stampa, nonostante anche in questo caso aspetti problematici possano sorgere quanto più la Corte si allontani dalla mera "rendicontazione" della propria attività.

Con specifico riferimento ai comunicati stampa, va in particolare osservato come anche in questi ultimi l'urgenza di "entrare in sintonia" con il vasto pubblico possa creare qualche problema. Al netto di alcuni evidenti errori che talora contraddistinguono questa forma di comunicazione, e che francamente lasciano un po' sconcertati[87], i comunicati sulle decisioni adottate inevitabilmente comportano reinterpretazioni e rimodulazioni delle complesse e sfaccettate conclusioni nelle stesse raggiunte. Siamo qui di fronte a un dilemma, che è stato efficacemente messo in luce da Giacomo D'Amico: il Giudice costituzionale «per un verso, è *naturaliter* portato a spiegare le ragioni delle decisioni attraverso un'opera di semplificazione e di chiarificazione dei "tecnicismi" delle pronunzie, che renda comprensibile anche ai non giuristi la portata dei propri *decisa*; per altro verso, però, non può prescindere dagli stessi "tecnicismi", quanto meno nella misura in cui questi sono necessari per la stesura della motivazione»[88]. Per di più, se le reinterpretazioni delle decisioni contenute nei comunicati sono sovente "in levare", la dottrina ha evidenziato come talvolta esse si siano spinte anche ad "aggiungere" qualcosa rispetto alla decisione cui si riferivano[89].

85. N. Zanon, *Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in V. Marcenò e M. Losana (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a "questioni tecniche". Incontri sulla giurisprudenza costituzionale*, Rubettino, Soveria Mannelli (CZ), 2020, pp. 25 ss., part. pp. 27-28.

86. Al riguardo è di nuovo possibile richiamare N. Zanon, *Su alcune questioni*, *op. cit.*, pp. 27-28, che condivisibilmente evidenzia come ben pochi problemi possano sorgere per le visite nelle scuole, ove ci si limiti «a diffondere un'informazione sulla Corte, in una forma un poco più raffinata e solenne di quella che avveniva o avviene tramite la tradizionale educazione civica».

87. Ci si riferisce in particolare ai casi, piuttosto numerosi, in cui si annuncia la "legittimità" delle previsioni normative di volta in volta sottoposte al giudizio della Corte. Tra i più recenti si vedano, ad esempio, i comunicati del 9 ottobre 2020 («*Legittima l'istituzione da parte dello Stato dell'autorità portuale dello stretto di Messina*») e del 24 luglio 2020 («*Legittime le POER delle agenzie fiscali: sono incarichi temporanei e non hanno natura dirigenziale*»). Ora, al di là della semplificazione – già di per se stessa probabilmente eccessiva – che conduce a discorrere di "legittimità" anziché di "legittimità costituzionale", colpisce come la Corte induca a ritenere senz'altro come "conformi a Costituzione" le norme scrutinate, quando è noto che, come si usa dire, nei casi in cui si addivenga al rigetto della questione non viene rilasciata alcuna "patente di legittimità costituzionale" alla norma oggetto del dubbio sollevato dal rimettente, ben potendosi successivamente giungere alla declaratoria di incostituzionalità della stessa, pure per violazione degli stessi parametri individuati da quest'ultimo. Ecco, proprio l'obiettivo di diffondere la cultura della Costituzione dovrebbe indurre a sorvegliare maggiormente questi aspetti tecnici, ma importanti, dei comunicati stampa, anche al fine di non ingenerare false aspettative in quel pubblico generale con il quale la Corte intende interloquire.

88. G. D'Amico, *Comunicazione e persuasione*, *op. cit.*, p. 239.

89. *Cfr*. part. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit.*, p. 278, il quale evidenzia come i comunicati inerenti al "caso Cappato" e il ricorso del gruppo parlamentare del Pd in relazione alla procedura di approvazione delle legge di bilancio per il 2019 dichiaravano «cose che solo in minima parte (erano) contenute nelle motivazioni» dei relativi provvedimenti.

Si può ritenere che il "genere" in questione si esponga meno al rischio sopra illustrato, a patto però di mantenere il più possibile uno stile meramente espositivo che provi a render conto nel modo più fedele possibile della decisione che è stata adottata dalla Corte. La prassi degli ultimi anni sembra tuttavia andare in una direzione diversa, caratterizzata dalla ricerca di una comunicazione più diretta e meno paludata con il grande pubblico. Si tratta di una strada certo apprezzabile nelle intenzioni, che però deve essere percorsa con cautela, proprio perché in grado di aumentare il rischio di quelle "rimodulazioni interpretative" cui prima si faceva riferimento.

C'è un ultimo aspetto concernente i comunicati stampa al quale è opportuno far cenno, che riguarda l'*intestazione* degli stessi. Oggi i comunicati appaiono tutti intestati all'*Ufficio stampa della Corte costituzionale*. Se è chiaro che, di tale comunicazione, sia in definitiva comunque la stessa Corte a portare la responsabilità, nel caso dei comunicati inerenti alle "pronunce anticipate" tale intestazione potrebbe destare qualche perplessità. La scelta di anticipare la decisione rispetto alla stesura della motivazione (e ancor prima rispetto alla pubblicazione della sentenza nella *Gazzetta ufficiale*), come si sa, è motivata dalla comprensibile esigenza di evitare "fughe di notizie" incontrollate. Tuttavia, si tratta pur sempre di divulgazione di notizie coperte dal segreto della camera di consiglio, di cui solo quest'ultima può dirsi "padrona". Parrebbe dunque quantomeno opportuno chiarire – proprio a partire dall'intestazione dei comunicati – che non solo la decisione di pubblicare un comunicato, ma il suo stesso contenuto sono stati deliberati dalla camera di consiglio. Secondo le testimonianze che provengono dall'interno degli uffici della Corte, del resto, è esattamente così che accade[90]. Parrebbe quindi opportuno dare evidenza a questa prassi, e anzi non sarebbe male provare a disciplinare, tramite lo strumento delle norme integrative, i casi e i modi in cui divulgare comunicazioni preventive delle decisioni adottate, come accade in altre esperienze processuali per la stesura e la lettura in udienza del dispositivo[91].

7.3. Input *comunicativi e interpretazione della Costituzione*

Un discorso a parte merita il capitolo degli *input* comunicativi che, come si è visto, la Corte ritiene di poter ricevere. Come si ricorderà, si tratta della conoscenza delle "situazioni di fatto" e delle "emozioni" connesse alle stesse, dalle quali la Corte ritiene di potere o dovere farsi guidare anche nella propria opera di interpretazione della Costituzione.

Ebbene, a questo riguardo non si può innanzi tutto fare a meno di notare, ancora una volta seguendo Nicolò Zanon, come un primo problema sia legato alla stessa inevitabile selezione delle situazioni di fatto con le quali "entrare in contatto". Sul punto mi pare necessario essere particolarmente chiaro. La scelta operata dal *Viaggio nelle carceri*, per certi versi, non può che colpire in positivo. Non può che colpire l'idea che la Corte costituzionale come istituzione presti la sua attenzione a soggetti che senza dubbio sono da annoverarsi tra gli "ultimi" del consorzio civile, non solo per visitarli ma addirittura per *ascoltare* le loro voci. Non è difficile scorgere in questo anche un forte valore simbolico: la Costituzione è di tutti, difende tutti, e anzi in primo luogo chi non può difendersi da solo. Tuttavia Zanon solleva un problema al quale è difficile sottrarsi: perché *quegli* ultimi e non altri? E perché se la «distanza» dall'ambiente del carcere viene ridotta ciò non dovrebbe accadere per altri settori, come quello dei familiari delle vittime di particolari reati, dei migranti, degli ospedali, e via dicendo? E perché solo gli "ultimi" e non anche le diverse categorie di soggetti inevitabilmente incisi dalle decisioni della Corte? Se "ascoltare" è necessario per migliorare la "prestazione" di interpretazione costituzionale, perché solo alcune categorie possono beneficiare di prestazioni migliori? E tale interrogativo è ancor più importante ove si consideri che i soggetti portatori di interesse che non vengono "ascoltati" dalla Corte ben possono collocarsi in una dimensione dialettica o, addirittura, senz'altro oppositiva rispetto a quelli che vengono ascoltati.

Rileva qui nuovamente il tema dei disaccordi interpretativi, più sopra evocato. Dai discorsi dei presidenti sul tema, come si è visto, sembra legittimo desumere che il pluralismo delle interpretazioni che possono essere proposte per i più importanti diritti e clausole costituzionali possa essere sciolto anche attingendo alle sollecitazioni che la Corte ricava da queste esperienze comunicative. L'approccio pare ricordare, per certi versi, alcune versioni delle cd. teorie dei valori, secondo le quali la particolare versione di queste ultime, tra le molte possibili, andrebbe individuata innanzi tutto facendo riferimento alla "visione del mondo" radicata presso la coscienza sociale[92]. Si potrebbe forse ritenere che gli *input* teorizzati dalla Corte siano volti proprio in tale direzione. E tuttavia ci si deve chiedere se essi rappresentino lo strumento

90. *Cfr*. D. Stasio, *Il senso della Corte*, *op. cit*., par. 6.

91. *Cfr*., ad esempio, gli artt. 544 e 545 cpp.

92. *Cfr*., ad esempio, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 277 ss.

adatto, se la Corte possa farsi "levatrice" delle istanze presenti nella coscienza sociale in tal modo, ovvero se – a voler prendere sul serio il metodo sopra richiamato – non sarebbe più corretto dotarsi di strumenti scientifici adatti all'indagine sociologica[93].

Il punto è che qui si tocca con mano quello che è probabilmente uno dei maggiori problemi del costituzionalismo di oggi (e non solo...): se, cioè, debbano essere corti prive di legittimazione democratica anziché le assemblee elettive a riempire di significato clausole costituzionali vaghe e anfibologiche, e se la dimensione valutativa cui è inevitabile attingere per compiere questa operazione debba essere quella di soggetti che – per quanto si sforzino di "entrare in connessione" con l'opinione pubblica e la coscienza sociale – sono privi di una effettiva funzione rappresentativa. La questione non è certo nuova, ed echeggiava ad esempio nel noto dibattito tra Modugno e Zagrebelsky raccolto negli atti del convegno fiorentino del 1982[94]. Si tratta di quella che è nota, a partire dal fondamentale contributo di Alexander Bickel[95], con il nome di "difficoltà contromaggioritaria", e rispetto alla quale negli Stati Uniti si è sviluppato un dibattito molto acceso e articolato[96]. Le posizioni critiche nei confronti del *judicial activism* spaziano da chi ritiene necessario minimizzare l'apporto "creativo" dei giudici adottando uno dei possibili approcci originalisti, fino ai sostenitori del *popular constitutionalism*, che invece ritengono necessario abbandonare del tutto il *judicial review of legislation*, transitando per tutta una serie di posizioni intermedie che non è possibile richiamare in questa sede neanche per cenni[97]. In Italia questo dibattito non è certo così fiorente, anche se negli ultimi anni non sono mancati alcuni importanti contributi sul tema[98]. È però utile farvi riferimento per evidenziare come la "politicità" della Corte sia più un problema che una risorsa[99], e che – come già evidenziava Vezio Crisafulli – il problema dell'invasione del campo del legislatore non si pone nella misura in cui il Giudice costituzionale estenda o espliciti «qualcosa che, seppure allo stato latente, [è] compreso nel sistema normativo in vigore»[100]. Risulta però ovvio che, se invece la Corte ritiene di potere andare oltre le "rime obbligate" esercitando una vera e propria funzione "creatrice" del diritto, i problemi accennati più sopra riesplodono in tutta la loro complessità, diventando così decisamente più difficile dar torto a chi accusa la giurisprudenza costituzionale di esondare in un ambito di stretta pertinenza della rappresentanza politica democratica[101]. E questi problemi non possono

93. La difficoltà di rilevare in concreto quale possa essere la "coscienza sociale" su una determinata questione è sollevata da A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, *op. cit.*, p. 209, il quale però ritiene che, ove risulti difficile identificare il «consenso sociale» su una determinata questione od ove lo stesso debba ritenersi non sussistente, «non necessariamente l'esigenza di tenerne conto deve influenzare la discrezionalità del giudice».

94. *Cfr*. F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, e G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, entrambi in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, *op. cit.*, rispettivamente alle pp. 19 ss. e 103 ss.

95. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*

96. Si tratterebbe addirittura di una "ossessione accademica", secondo B. Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritan Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, vol. 112, n. 2/2002, pp. 153 ss.

97. In tema, nella dottrina italiana, *cfr*. diffusamente O. Chessa, *I giudici del diritto*, *op. cit.*, pp. 103 ss.; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 143 ss. A questi contributi si rinvia anche per le approfondite indicazioni bibliografiche ivi reperibili. Per un inquadramento del tema anche alla luce della più generale questione filosofica della legittimità delle decisioni politiche, *cfr*. S. Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

98. Con toni fortemente critici nei confronti delle tendenze attuali del controllo di costituzionalità si vedano, soprattutto, A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, e A. Carrino, *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis, Milano-Udine, 2019. Punta invece a «sdrammatizzare» la difficoltà contromaggioritaria O. Chessa, *I giudici del diritto*, *op. cit.*, p. 241 ss., evidenziando da un lato il carattere «interstiziale» ed «episodico» del diritto giurisprudenziale frutto del *judicial review of legislation* (p. 253), e dall'altro la generale tendenza delle Corti ad assecondare, più che a contrastare, i grandi movimenti della politica e dell'opinione pubblica (pp. 254 ss.).

99. Si può peraltro evidenziare come la riproposizione della natura (anche) politica della giustizia costituzionale rischi di riproporre l'antico adagio della Corte "vestale della Costituzione" a fianco della magistratura "vestale della legge" (E. De Nicola, *La Corte inizia la sua attività*, discorso pronunciato nella udienza inaugurale del 23 aprile 1956 alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi, adesso in Aa. Vv., *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, vol. I, Corte costituzionale, Roma, 2006, pp. 13 ss.): il che appare non pienamente coerente con la tendenza, che ormai da tempo la dottrina individua, a una sempre maggiore "diffusione" del giudizio di costituzionalità (*cfr*., ad esempio, i contributi raccolti in E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Giappichelli, Torino, 2001; ma di recente, sul tema, vds. l'interessante contributo di C. Padula, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in questo fascicolo, pubblicato in anteprima in questa *Rivista online* il 23 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/le-spinte-centripete-nel-giudizio-incidentale-di-costituzionalita).

100. V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, *op. cit.*, pp. 69 ss., part. p. 84.

101. Evidenzia efficacemente questo punto A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *op. cit.*, p. 268.

ovviamente essere risolti dalla per certi versi meritevole "apertura" comunicativa operata dalla Corte in questi anni, con i suoi *input* e i suoi *output* e il tentativo di collocarla in circuiti para-rappresentativi, la cui leggibilità in chiave di legittimazione democratica dell'organo, nonostante come si è visto in tal senso sia invocabile l'autorevole voce di Stefano Rodotà, pare francamente ardua[102].

Se la strada intrapresa dalla Corte non sembra promettente, rimangono però certamente numerosi e importanti problemi sul tappeto, poiché proprio per la natura "anfibologica" e polisemica delle clausole costituzionali più importanti non è affatto facile, *in astratto*, seguire le indicazioni di Crisafulli, individuando ciò che è compreso allo stato latente nel sistema costituzionale in vigore. Resta sempre, in particolare, il nodo di come evitare che il ricorso a quella dimensione valutativa, indispensabile per interpretare tali clausole e risolvere in base a queste specifici problemi di diritto costituzionale, si traduca nell'abdicazione all'intuizione etica dei singoli giudici anziché nell'applicazione di un "diritto" che, in qualche modo e in qualche senso, esiste al di fuori della loro dimensione soggettiva. E il modo più credibile che la riflessione teorica ha individuato per minimizzare questo rischio è, probabilmente, quello che punta a rinvenire gli elementi per procedere a tali giudizi nelle articolate trame dell'*esperienza giuridica* considerata nel suo complesso, comprensiva di tutti i discorsi e i comportamenti dei protagonisti della vita del diritto: i tribunali, i giuristi, gli amministratori pubblici, le persone che ricoprono cariche istituzionali, gli avvocati, gli studiosi, ma anche le persone comuni[103]. Le versioni più moderne di questo approccio guardano, dunque, alla «*Constitution-in-practice*»[104], concependo l'esperienza giuridica come una *pratica sociale* da proiettare verso il futuro, in modo da perseguire i fini ultimi della pratica stessa in una relazione di massima coerenza possibile con la storia della pratica[105]. Ed è probabilmente in questa chiave che può essere interpretata la tendenza delle Corti ad assecondare l'evoluzione sociale e politica piuttosto che a contrastarla[106].

Certo, si tratta solo di una tra le possibili chiavi di lettura che sono state proposte. Ma qui devono necessariamente entrare in gioco quelle che – per vero con toni alquanto irridenti – sono state chiamate "teorie costituzionali cosmiche"[107]: teorie che offrono letture comprensive della Costituzione e del diritto costituzionale in grado di prospettare le vie per risolvere i problemi giuridici che quotidianamente le Corti devono affrontare senza affidarli senz'altro al loro buon senso e al loro prudente apprezzamento. Queste teorie sono ovviamente in diuturna competizione tra loro, e anche l'individuazione di una che si ritenga preferibile potrà al massimo fornire un ideale regolativo[108] rispetto al quale calibrare la propria concreta attività interpretativa, sempre comunque limitata e fallibile. L'impresa è ardua, ma non pare che la dottrina costituzionalistica vi si possa sottrarre.

---

102. Di recente, forti dubbi sono stati espressi, ad esempio, da A. Morrone, *op. ult. cit.*, pp. 283 ss.

103. Il riferimento evidente è a R. Orestano, *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in *Id.*, *"Diritto". Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 505 ss.; vds., inoltre, *Id.*, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 343 ss.

104. Per questa espressione *cfr.* J.M. Balkin, *Living Originalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londra, pp. 69 ss., il quale, però, la riferisce specificamente all'attività volta a calibrare (e ri-calibrare) nel corso del tempo il significato delle disposizioni costituzionali di principio, per il cui sviluppo i costituenti – nella prospettiva accolta dall'*originalismo vivente* – hanno incaricato le generazioni successive.

105. La più nota elaborazione della teoria del diritto come pratica sociale si deve, come è risaputo, a R. Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 45 ss. In tema, vds. anche F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.
La "storia della pratica", peraltro, deve a sua volta essere *interpretata* alla luce di una concezione delle finalità fondamentali della pratica medesima. In tal modo, devono essere selezionate e adeguatamente distinte le istanze della stessa la cui logica meriti di essere perpetuata per il futuro rispetto a quelle che, al contrario, sia preferibile abbandonare: e nel far ciò è possibile che ci si debba impegnare anche in una argomentazione morale. È questo lo spazio della «*moral reading of the Constitution*» (R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996), che occorre accettare se ci si vuole cimentare nell'argomentazione per principi. Questo vuol dire, dunque, che la "storia della pratica" non deve *sempre* vincolare i percorsi interpretativi. Anzi, secondo Dworkin, un'utile concezione dell'interpretazione presuppone sempre una teoria dell'errore, che la rende capace di *riconoscere* alcuni dei comportamenti precedenti come errori, alla luce della complessiva interpretazione della pratica di volta in volta proposta (R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londra, 1985, p. 161).

106. Efficacissimo sul tema B. Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus & Giroux, New York, 2009. Al riguardo, si rinvia anche a O. Chessa, *I giudici del diritto*, *op. cit.*, pp. 254 ss.

107. J.H. Wilkinson, *Cosmic constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

108. Nel senso kantiano illustrato efficacemente da J.L. Martì, *La nozione di ideale regolativo: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto*, in *Ragion pratica*, n. 2/2005, pp. 381 ss.

Il senso della Corte per la comunicazione

di *Donatella Stasio*

Non c'è un *prima* e un *dopo* nella storia della comunicazione della Corte costituzionale. Fin dalla nascita, la Corte apre un canale con la società civile – di cui si sente "carne e sangue" – per rendere conto, farsi conoscere, promuovere la cultura costituzionale. La comunicazione è dovere, servizio, scelta etica e di democrazia. Questo *senso della Corte per la comunicazione* è un filo rosso lungo 64 anni, declinato con alti e bassi ma senza soluzione di continuità. Perciò un ritorno indietro sarebbe impossibile: semplicemente perché non esiste un *indietro* cui tornare. Semmai, esiste una "prospettiva comunicativa" che, grazie alla forte *leadership* istituzionale dimostrata dalla Corte in questi ultimi anni, continuerà ad arricchire le sue decisioni e contribuirà a (ri)costruire una comunità e un clima fondati su valori condivisi nonché il necessario rapporto di fiducia con i cittadini.

1. Premessa / 2. Un filo rosso lungo 64 anni / 3. L'intuizione geniale / 4. Continuità o rivoluzione? / 5. L'etica della relazione / 6. Qualche appunto sui comunicati / 7. La conoscenza / 8. *Leadership* istituzionale

1. Premessa

A chi vorrà leggere questo articolo raccomando la lettura preliminare di due brevi ma fondamentali documenti:

1) la relazione sulla comunicazione della Corte costituzionale[1], svolta a Karlsrhue dall'ex presidente Giorgio Lattanzi, in occasione dell'incontro con il Tribunale costituzionale federale della Germania (26-28 giugno 2019), che aveva come primo punto all'ordine del giorno "La comunicazione";

2) il report sulla comunicazione nel 2019[2], allegato alla relazione della presidente Marta Cartabia sull'attività della Corte in quell'anno.

Entrambi sono pubblicati sul sito della Corte e descrivono contenuti, criteri, modalità e obiettivi della comunicazione della Corte nell'ultimo triennio (da novembre 2017 ad aprile 2020).

In questo articolo cercherò di raccontare la comunicazione con la lente dell'"interprete" (qual è il giornalista), che ha «occhi per ciò che è stato, per ciò che è e per ciò che sarà» (Gustavo Zagrebelsky, *Fondata sulla cultura*, Einaudi, Torino, 2014). Seguirò il filo rosso della comunicazione lungo la storia della Corte, di cui sono stata testimone diretta negli ultimi 35 anni (dal 1985 al 2017 come cronista del *Sole 24 Ore*; dal novembre 2017 ad oggi, come responsabile della Comunicazione della Corte) nonché curiosa lettrice per il periodo precedente.

Attraverso quel filo è possibile cogliere non solo *il senso della comunicazione della Corte costituzionale*, ma soprattutto – parafrasando il titolo di un celebre romanzo danese del 1992, *Il senso di Smilla per la neve*, di Peter Høeg – *il senso della Corte costituzionale per la comunicazione*.

1. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/news/CC_NW_20190902.pdf.

2. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/7_report_comunicazione_2019.pdf.

2. Un filo rosso lungo 64 anni

Se dovessi scegliere una sola parola per descrivere l'attuale comunicazione della Corte, quella parola sarebbe *servizio*.

In realtà, l'idea della comunicazione della Corte come *servizio* viene da lontano.

Basta sfogliare le preziose raccolte dei periodici incontri con la stampa, custodite nella biblioteca di Palazzo della Consulta, o recuperarne i filmati dagli archivi Rai, per scoprire che – fin dalla nascita – la Corte intuisce che deve comunicare con la società civile, soprattutto per farsi conoscere, vista l'incidenza delle sue decisioni nella vita dei cittadini e delle istituzioni.

Comunicazione come dovere istituzionale, dunque. Un servizio funzionale alla conoscenza, alla crescita della cultura costituzionale, alla costruzione di un rapporto di fiducia con i cittadini.

Quell'intuizione – geniale – era frutto di una visione *aperta* della Giustizia costituzionale, di lì a poco definita "carne e sangue" della società in cui è immersa. Una visione che attraverserà come un filo rosso – sia pure con alti e bassi – i 64 anni di vita della Consulta.

Nell'udienza inaugurale del 23 aprile 1956, l'allora presidente della Corte Enrico De Nicola si impegnava a far conoscere, «qui e fuori di qui», la Corte costituzionale e i suoi compiti, «con semplicità e con chiarezza, senza opulenze verbali». Il 12 febbraio 1987, Antonio La Pergola, rivolgendosi ai giornalisti durante la consueta conferenza stampa, segnalava «lo spirito di comune servizio alle istituzioni che avvicina idealmente il vostro compito di interpreti e osservatori della democrazia al nostro di garanti delle sue regole fondamentali». Trent'anni dopo – siamo alla conferenza stampa del 2018 – il presidente Paolo Grossi avverte che una delle funzioni istituzionali della Corte è «interpretare il proprio ruolo di garante anche alimentando direttamente, con l'esempio e la testimonianza del dialogo, e con la divulgazione, la cultura della Costituzione, vale a dire la coscienza del nostro *stare insieme*». Con Grossi, e poi soprattutto con Giorgio Lattanzi e Marta Cartabia, la strada della comunicazione come servizio – all'istituzione e ai cittadini – viene percorsa dalla Corte non solo in continuità con una tradizione ultradecennale ma anche con cura, coerenza, determinazione. «Anni davvero speciali», li hanno definiti gli ultimi due presidenti. Anni che secondo Cartabia «hanno radicato nei giudici e in molti protagonisti della giustizia costituzionale la persuasione che una Corte aperta sia foriera di una giustizia costituzionale più ricca» (Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019[3]).

La comunicazione è il «tramite insopprimibile tra il Paese e la Consulta», osservava il presidente Paolo Bonifacio nel 1975. La conoscenza dell'attività della Corte è uno snodo fondamentale per «formare e diffondere una coscienza democraticamente attiva nei cittadini e una loro più consapevole partecipazione alla vita della collettività», diceva Gaspare Ambrosini nel 1963. Grazie all'attenzione della stampa, rilevava Leonetto Amadei nel 1979, «la Costituzione vive ormai nella coscienza degli italiani ed è avvertita come un punto di riferimento costante nella dialettica quotidiana della nostra società».

Comunicare significa "mettere in comune" e in questa direzione si muove la Corte.

Le parole pronunciate il 23 aprile del '56 da Enrico De Nicola sono emblematiche. «La Corte costituzionale offre il vantaggio precipuo di proteggere il Paese in ogni tempo da sbandamenti e da errori, e tuttavia, con amara constatazione devo rilevare che la nostra Costituzione è poco conosciuta anche da coloro i quali ne parlano con aria altezzosa di saccenti. Essa dovrebbe essere più divulgata tra tutti gli italiani». Ecco, dunque, il dovere di comunicare. «Troppo tardi» – concludeva De Nicola – «sono due parole funeste non solo per i singoli ma anche per i popoli».

Un monito ripreso da altri presidenti e, purtroppo, di drammatica attualità se è vero che, ancora nel 2017, soltanto il 15% degli italiani conosceva la Corte costituzionale e la sua attività...

3. L'intuizione geniale

Non è questa la sede per parlare delle ragioni che ritardarono di ben otto anni l'effettiva nascita della Corte costituzionale. Basta leggere il magnifico saggio di Piero Calamandrei, *Questa nostra Costituzione*, con l'introduzione di Alessandro Galante Garrone, oppure ascoltare, dalla libreria dei podcast della Corte costituzionale[4], il racconto del giudice Giancarlo Coraggio: Il ritardo nella nascita della Corte: i dubbi della politica sul controllo di costituzionalità[5].

In occasione della prima udienza della Corte, il 23 aprile 1956, Calamandrei esclamò: «Oggi è un grande

3. Vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/2_sintesi.pdf.

4. www.cortecostituzionale.it/categoriePodcast.do.

5. Vds. www.spreaker.com/user/11851781/coraggio.

giorno. Finalmente la Costituzione si muove!» (Donatella Stasio, *La Costituzione vive a Corte*, *Il Sole 24 ore*, 18 aprile 1996). Grandi erano le attese dopo il prolungato "immobilismo costituzionale" (1948-1955), che aveva indotto Calamandrei a parlare di «slealtà costituzionale» della maggioranza, se non di «premeditato sabotaggio».

Quel 23 aprile il collegio era presieduto da De Nicola, il quale, come già detto, sottolineò subito l'importanza di spiegare al popolo italiano, «con semplicità e con chiarezza, senza opulenze verbali», in che modo la Corte si accingeva ad adempiere la missione affidatale dalla Costituzione. Il suo fu un richiamo rivolto a tutti, compresa la Corte. «La nostra aspirazione – aggiunse – è ottenere il rispetto e la fiducia di tutti gli italiani».

Rispetto e fiducia: questa è *la relazione* che il neonato Giudice delle leggi – supremo organo di garanzia non eletto direttamente dal popolo – intende instaurare con la società civile, attraverso la conoscenza. E così, apre subito un canale di comunicazione con l'esterno: oltre a dotarsi di un Ufficio stampa diretto da un giornalista professionista, Mario Bimonte, fissa incontri periodici con la stampa, per rendere conto del proprio operato e sottoporsi, ovviamente, al controllo sociale.

Nei primi cinque anni, questi incontri sono addirittura semestrali, poi diventano annuali. Si svolgono in modo nient'affatto paludato: si parla delle difficoltà organizzative (all'inizio mancavano persino le sedie e il personale scarseggiava), dei turni di lavoro (dopo le udienze pubbliche, le camere di consiglio duravano dalle 17,30 alle 22,00, tutti i giorni, comprese le mattine dalle 9,30 alle 14,00), e persino dei dissensi interni al collegio su questa o quella sentenza nonché delle modalità di esternazione del dissenso. Si parla soprattutto delle decisioni adottate e si cerca di spiegarle in modo più divulgativo per farne comprendere a tutti la portata.

L'appuntamento periodico con i giornalisti è un *unicum* nel panorama della giustizia italiana; con il tempo diventa una consuetudine consolidata e "graditissima" (in 64 anni è saltata in pochissimi casi, per esempio durante il processo *Lockheed*, 1977-1979, primo e unico caso di giudizio di accusa nei confronti di due ministri davanti alla Corte costituzionale). «La Corte ha bisogno e desiderio di essere conosciuta, nella sua competenza e nella sua specifica e singolare funzione», dirà nel 1961 il presidente Giuseppe Cappi, sottolineando che la Corte «non si ritiene avulsa dalla complessa e mutevole realtà sociale e in talune decisioni ha avuto l'occhio anche per tale realtà».

Rispetto a chi teorizza la *Torre d'avorio*, ovvero che l'autorevolezza di alcune istituzioni, tra cui la Corte costituzionale, si misuri dal suo distacco dal mondo e dal tecnicismo del suo linguaggio accessibile solo a pochi eletti, la storia testimonia che la Corte ha sempre avuto una diversa percezione di sé. A partire dalle modalità e dal peso che dà ai periodici incontri con i giornalisti.

Negli ultimi due decenni, la conferenza stampa annuale ha perso un po' la sua originaria centralità poiché è stata istituita una "udienza straordinaria" per la relazione sull'attività dell'anno precedente alla presenza del Presidente della Repubblica e delle più alte cariche dello Stato. Un po' come avviene nelle cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario in Corte d'appello e in Cassazione. Tuttavia, mentre quelle sono cerimonie *mute* quanto a interlocuzione con la stampa, non è così a Palazzo della Consulta, dove la Corte ha conservato l'appuntamento con i giornalisti dopo la lettura della relazione.

All'inizio, però, e per moltissimi anni, la relazione era anche formalmente rivolta ai giornalisti: per loro tramite la Corte parlava ai cittadini e rendeva conto del proprio operato. Un momento di grande rilievo istituzionale, che sconfessava, appunto, il modello della *Torre d'avorio* proponendo invece quello di una Corte *aperta*, che parla all'opinione pubblica di sé e della propria attività, affinché – spiegava Gaspare Ambrosini nel '63 – «ne sia compreso appieno il significato e la Costituzione sia applicata nel modo migliore».

Nel 1968, il presidente Aldo Sandulli registra che «la coscienza dei cittadini si è dischiusa a una grande fiducia» nella Corte al punto che tanti «umili cittadini» si rivolgono direttamente ad essa, purtroppo senza sapere che non potrà dar loro risposte. Tuttavia, per il presidente si tratta di una «chiara testimonianza dell'immediata acquisizione, da parte della coscienza popolare, dell'importanza della presenza nel Paese di un organo di giustizia costituzionale». Ma Sandulli dice di più: «Il sostegno che la Corte trova nel consenso del corpo sociale – del quale si sente ed è carne e sangue – fa a propria volta della sua giurisprudenza una valida forza nel contesto della società nazionale». Sarebbe un errore considerarla forza frenante, aggiunge, poiché «la Corte imprime nuovi impulsi per l'azione politica e sociale verso nuovi traguardi».

La Corte, dunque, «si sente ed è carne e sangue» del corpo sociale: l'immagine è forte e conferma la visione di una Corte *aperta*, premessa necessaria per arricchire la sua giurisprudenza (e qui risuonano le parole della Presidente Cartabia, nella relazione sul 2019). È evidente che «il consenso del corpo sociale» di cui parla Sandulli è il riflesso di questa capacità della Corte di stare *dentro* la società, di esserne, appunto, "carne e sangue": lontana dai suoi umori (e quindi dal consenso *politico*) ma vicina ai suoi stati d'animo e capace di intercettarne (o anticiparne) i

cambiamenti culturali. Una capacità a suo modo empatica, su cui si costruisce la fiducia.

Sono gli anni settanta, a cavallo della contestazione, anni difficili ma fecondi di riforme, per esempio nel diritto del lavoro e di famiglia. Riforme che dalla Corte costituzionale hanno avuto un impulso fortissimo.

«I tempi sono cambiati», dirà nella conferenza stampa del 19 dicembre 1970 l'allora presidente Giuseppe Branca, osservando che alcune decisioni del biennio precedente, «non si sarebbero neanche concepite alcuni anni addietro» (per esempio, in tema di adulterio, di carcere preventivo, di difesa durante l'interrogatorio dell'imputato, di fare testamento in favore dei figli naturali...). Ovviamente, più la Corte mette *i piedi nel piatto*, più si espone a reazioni diverse. Com'è giusto che sia. Nella conferenza stampa del 1972, il presidente Giuseppe Chiarelli punta il dito, però, contro le «fantainterpretazioni» e ricorda che la Corte o viene criticata per scarso coraggio o perché va oltre i suoi poteri, sostituendosi al legislatore... Una vecchia storia che ancora continua... Tra l'altro, è interessante leggere che già allora – era il 1972 – Chiarelli proponeva che in casi eccezionali la Corte potesse sospendere per un tempo determinato l'efficacia della propria decisione per consentire al legislatore di provvedere... Ciò che poi è avvenuto, con modalità di volta in volta diverse (dalla sentenza sulla "buonuscita" degli statali a quella sul caso Cappato).

Nel 1975, il presidente Paolo Bonifacio esprime gratitudine alla stampa perché «già la divulgazione delle nostre decisioni comporta un notevole contributo all'effettività della Giustizia costituzionale». Torna sull'idea di una Corte non ripiegata in se stessa. «Il giudice è davvero indipendente non già se viene lasciato in pace con la sua coscienza, giacché questa si deve illuminare o deve diventare coscienza consapevole della realtà delle cose... Il giudice è indipendente se è capace di assumere le decisioni che gli appaiono giuste anche se sa che sono impopolari. Perché anche critiche e dissensi fanno parte della vita della democrazia, la quale a nessuno promette una vita facile e ovattata e men che mai ai pubblici poteri, i quali devono rispondere sempre a quel grande tribunale che è costituito dalla pubblica opinione. E da questa responsabilità la Corte costituzionale non può chiedere e non chiede di essere immune».

Ancora una volta emerge l'immagine di una Corte aperta e di una comunicazione come servizio, che implica una particolare relazione con il cittadino, fatta di rispetto, fiducia, responsabilità.

Leonetto Amadei, nella conferenza stampa del 1979, ribadisce che la Corte costituzionale «non è nata come Torre d'avorio»: «Anche qui – dice riferendosi al palazzo della Consulta – entra la vita del Paese». E forse, è anche grazie a questo dialogo con l'esterno, al canale sempre aperto con la società civile e alla fiducia via via conquistata, che la Corte uscirà indenne dai talvolta durissimi attacchi di alcune forze politiche. Un paio di esempi: negli anni settanta Marco Pannella la definisce «cupola partitocratica» a causa dei paletti all'ammissibilità dei *referendum* (ma difenderà sempre l'istituzione, anche con scioperi della sete, per esempio contro i ritardi del Parlamento nell'eleggere i giudici mancanti al collegio); circa trent'anni dopo, in quello che le cronache definiscono il "ventennio berlusconiano", l'ex *premier* l'accusa di essere un covo di «comunisti» per la bocciatura di alcune delle cd. "leggi *ad personam*"...

Con Leopoldo Elia, Livio Paladin, Antonio la Pergola, la conferenza stampa diventa sempre più un appuntamento istituzionale nella vita della Corte. L'interlocuzione con i giornalisti si fa sempre più intensa e franca. Nulla è preconfezionato e lo testimoniano le registrazioni Tv che negli anni documentano questi incontri. In cui, fra l'altro, risuona puntuale come un *refrain* la denuncia, l'invito, l'auspicio di una maggiore conoscenza della Corte e della Costituzione.

Molti presidenti – Saja, Conso, Gallo, Corasaniti, Casavola, Baldassarre – daranno un contributo di conoscenza anche attraverso interviste alla stampa (io stessa ne ho firmate moltissime). Negli anni successivi, chiuso il ciclo di Mario Bimonte, la Corte cercherà di rilanciare la comunicazione proponendo ad altri giornalisti professionisti (me compresa) la direzione dell'Ufficio stampa, ma, là dove la proposta sarà accolta, si tratterà di esperienze brevi, seppure molto qualificate, lungo un percorso in cui prevalgono scelte interne all'apparato, alcune di alto profilo come nel caso di Giovanni Cattarino (andato in pensione a fine 2016 ma collaboratore prezioso dell'Ufficio stampa fino a giugno di quest'anno).

Tuttavia, a fronte della perdurante difficoltà di organizzare un vero e proprio servizio, resta alta l'attenzione alla comunicazione in funzione della conoscenza.

Nel rivolgersi ai giornalisti, il 20 gennaio 2005, il presidente Valerio Onida riconosce che «la Corte, per conto suo, potrebbe fare di più per rendere più agevole il vostro lavoro, per esempio fornendo sistematicamente ai mezzi di comunicazione strumenti accessibili di informazione corretta sulla portata e il contenuto delle decisioni». Quattro anni dopo, il 28 gennaio 2009, il presidente Giovanni Maria Flick, citando addirittura le parole di De Nicola (già richiamate da Elia), denuncia il «disinteresse e l'ignoranza» per ciò che rappresenta la Costituzione. «Soltanto *conoscendo*» – dirà Flick – «è possibile maturare una consapevole opinione», ma purtroppo «la sensibilità verso la storia della nostra Costituzione e verso l'evolversi della giurisprudenza costituzionale continua

a far registrare preoccupanti lacune, quasi si trattasse di tematiche riservate a pochi addetti ai lavori o intrise di tecnicismo tale da essere, per i più, sfuggenti o addirittura arcane». Di qui la necessità di «un'informazione» ma soprattutto di «una formazione e di una cultura della Costituzione». Questa stessa esigenza verrà riproposta l'anno dopo dal presidente Francesco Amirante. Preoccupato della scarsa conoscenza che si ha della Corte costituzionale, «nonostante gli sforzi di tutti, compresi i giornalisti», Amirante cita il suo predecessore Annibale Marini per rilanciare il dovere delle istituzioni di «promuovere una vera e propria cultura della giustizia costituzionale».

Dunque, cresce in quegli anni la consapevolezza di un impegno maggiore anche dell'istituzione per promuovere la conoscenza della Corte. A tale scopo non basta "parlare con le sentenze" perché, spiegherà nel 2011 il presidente Ugo De Siervo, «occorre riconoscere che il linguaggio giuridico con cui di necessità esse sono scritte non rende sempre agevole la loro esatta comprensione». Senza dimenticare che a fronte delle «pochissime» decisioni ritenute di «grande interesse generale», di cui si parla, «vengono quasi del tutto ignorate tante decisioni importanti sul piano dei diritti individuali o collettivi».

Insomma, la comunicazione è sentita sempre più come esigenza cruciale e deve rivolgersi ai cittadini. Il dovere di comunicare si fa impellente in un contesto politico-istituzionale dove lo scarto tra *comune sentire* e *valori comuni* rischia di diventare voragine e dove il *clima* da cui è nata la Costituzione sembra un lontano ricordo. La Corte, però, ancora non riuscirà a strutturare quel *servizio* di cui pure sente l'urgenza.

Nonostante ciò, continua a essere la frontiera più avanzata della comunicazione della Giustizia.

Da questo punto di vista, ha fatto da apripista anche alle altre corti europee, per poi esserne superata lungo la strada, salvo recuperare terreno in questi ultimi anni. Ormai ovunque, in Europa e nel mondo, è consolidata la prassi delle alte corti di comunicare la propria attività e in particolare le proprie decisioni, anche direttamente, sfruttando tutte le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie. Le corti vivono immerse nella realtà e non si chiudono nei loro palazzi dorati. Comunicano sui siti e sui *social*. Si offrono alle telecamere *mettendoci la faccia*, non hanno bende sugli occhi, studiano forme originali per superare pigrizie culturali e stimolare la conoscenza.

Ognuna ha il suo stile. Date uno sguardo alla *Rétrospective annuelle*[6] della Corte suprema del Canada per il 2019: invece del solito fascicolo ciclostilato o con copertina finta pelle e caratteri dorati, la Corte ha scelto un formato *magazine* su carta patinata a colori, ricco di foto, grafici, montaggi, schede che riassumono, con un linguaggio semplice e divulgativo, l'attività di questo Giudice, composto da donne e uomini sorridenti e non per questo meno autorevoli. Tra l'altro, a pagina 8 della *brochure*, si può leggere che nel settembre del 2019 la Corte suprema canadese, nel quadro di una serie di iniziative per farsi conoscere, ha tenuto udienza, per la prima volta nella sua storia, non ad Ottawa ma a Winnipeg...

In Italia, pur con i suoi alti e bassi e le sue resistenze interne ed esterne, la Corte costituzionale è stata sempre considerata, giustamente, un'antesignana della "*comunicazione giudiziaria*" perché per prima – altra importante intuizione – ha introdotto la prassi di comunicare le decisioni di maggiore interesse pubblico appena deliberate in camera di consiglio, senza attendere il deposito della sentenza. Forse ha fatto di necessità virtù, avendo subìto indiscrezioni e interpretazioni di ogni genere delle proprie decisioni. Niente a che vedere con una corretta informazione. Non mi riferisco agli *scoop* giornalistici (di cui sono stata autrice anch'io, peraltro senza mai essere smentita) quanto ai tentativi (talvolta anche attraverso la stampa) di esercitare pressioni sulla Corte o di usarla proprio attraverso le anticipazioni o le interpretazioni *di parte*.

La Corte ha capito presto che doveva sottrarsi a questo tritacarne e con coraggio ha aperto la strada dei comunicati stampa, anticipando essa stessa l'esito delle sue decisioni di maggior interesse pubblico. Ciò ha giovato alla correttezza dell'informazione, ridimensionando "*il mercato nero della notizia*" nonché la giungla delle interpretazioni capziose. E anche se per molto tempo i suoi comunicati sono stati scritti in modo burocratico – così da lasciare comunque troppo spazio a interpretazioni strumentali – quei comunicati sono stati il primo passo verso un'informazione più trasparente e corretta. E per molti giudici sono diventati anche un esempio da seguire.

Insomma, non senza resistenze, anche organizzative, la nostra Corte costituzionale ha continuato a coltivare la visione di una comunicazione come servizio, per "mettere in comune" saperi e informazioni, per contribuire a far crescere una cultura, una mentalità, un sentimento costituzionale, e per un dovere di trasparenza.

Quando ha compiuto 61 anni, in coincidenza con il settantesimo anniversario della Costituzione, ha trasformato quella visione in un programma, affinché non fosse "troppo tardi".

6. Vds. www.scc-csc.ca/review-revue/2019/index-fra.aspx.

4. Continuità o rivoluzione?

Qualcuno, a proposito dell'attuale comunicazione della Corte costituzionale, ha parlato di "rivoluzione comunicativa" (attribuendole motivazioni e obiettivi di vario genere). La storia, invece, ci dice che la Corte si è mossa in assoluta continuità con quell'idea di sé, e della comunicazione, germogliata fin dalla sua nascita, sebbene declinata variamente negli anni, anche in funzione delle diverse presidenze che si sono succedute alla sua guida.

Ovviamente, in 60 anni è cambiato il mondo. Certamente è cambiata l'informazione: tempi, piattaforme, tecnologie... La contemporaneità impone cambi di passo, ma i cambi di passo non sono salti nel vuoto.

Molti hanno paura di cambiare. La Corte no. Un'istituzione che si sente "carne e sangue" della società civile non può non farsi carico dei cambiamenti. Perciò la Corte rifiuta la logica dell'immobilismo e della chiusura.

Negli anni sessanta, giornali, Tv, radio erano l'unica forma di intermediazione con la società civile; nell'era della comunicazione globale, nel tempo veloce del *web*, delle *fake news* e dei *social*, ma anche della crisi dell'editoria professionale, la Corte capisce di dover strutturare in modo professionale un canale di comunicazione diretta con l'opinione pubblica, senza bypassare i *media* ma affiancandoli e supportandoli nel compito di garantire il *bene comune* di un'informazione tempestiva, corretta e completa.

Una sfida. Organizzativa e culturale, che però affonda le radici nel passato e che guarda al futuro.

Il presidente Lattanzi ha parlato di «prospettiva comunicativa nella quale la Corte crede molto, ritenendola doverosa». Questa prospettiva, ha aggiunto, «costituisce la cifra di una Corte costituzionale protagonista della contemporaneità, interlocutrice credibile nella promozione di un autentico patriottismo costituzionale, nel ricordo del clima e del contesto in cui è nata la nostra Costituzione, che negli anni, specie negli ultimi, si è andato affievolendo». Sono parole chiare, che poggiano su fatti concreti e che non consentono di attribuire alla Corte motivazioni e obiettivi diversi.

Nell'incontro con i ragazzi reclusi nel carcere di Nisida, che con una disarmante semplicità smentivano alcuni principi costituzionali fondamentali come il diritto di essere trattati allo stesso modo («La Costituzione dice che siamo tutti uguali. Ma non è vero...»), il giudice Giuliano Amato ha ricordato che «La Costituzione è nata da un clima» e che su quel clima i Costituenti avevano scommesso affinché potessimo trattarci da uguali. «Perché senza quel clima – ha scandito Amato – noi non riusciamo a trattarci da uguali».

Ecco, la Corte ha deciso di concorrere a ricostruire quel clima con una comunicazione al passo con i tempi sia sulla sua attività giurisdizionale sia, più in generale, sui principi e sui valori che la sua giurisprudenza custodisce e promuove. Se ne è arricchito anche il rapporto con i *media*, in una sinergia che valorizza la funzione sociale dell'informazione.

Passano i decenni ma non le controspinte culturali e quindi il cammino di questa comunicazione non è affatto in discesa. Nel terzo millennio c'è ancora "chi ha paura della comunicazione" e promuove il modello di una Corte muta, magari anche bendata, che "parli solo con le sentenze" e solo con un linguaggio tecnico a uso e consumo dei giuristi.

Non è qui che vanno analizzate le ragioni di queste controspinte.

Qui ci piace esercitare ancora una volta la memoria e scoprire che questo modello era anacronistico già 30 anni fa.

Correva l'anno 1987 e i riflettori mediatici erano accesi sulla Corte costituzionale che stava decidendo le sorti della cd. "tassa sulla salute".

Nel mio archivio cartaceo ho ritrovato la cronaca di quel verdetto: quattro cartelle battute rigorosamente a macchina, inviate per fax dalla redazione romana a quella milanese del *Sole 24 Ore*. L'ho ritrovata anche nel volumone della rassegna stampa del 29 ottobre, conservato nella biblioteca di Palazzo della Consulta (*Tassa salute assolta con riserva*, di Donatella Stasio, *Il Sole 24 Ore*, 29 ottobre 1987).

È una cronaca puntuale – come quella di altre testate nazionali – di quanto avvenne quel giorno, in particolare di una decisione innovativa per le modalità della comunicazione.

Il presidente della Corte Francesco Saja decise di fare subito un comunicato stampa, «al termine di una lunga e faticosa camera di consiglio». Fu un comunicato stampa per nulla burocratico ma redatto con un linguaggio divulgativo e chiaro (si veda anche *Il Sole 24 Ore* del 29 ottobre 1987: *La nota che precede la sentenza*). Di più. Poiché all'epoca non esisteva la posta elettronica ma soltanto il fax, Saja decise di darne la più ampia diffusione, leggendolo personalmente, davanti alle telecamere e ai taccuini dei giornalisti. Alla lettura seguirono alcune domande, alle quali il presidente non si sottrasse, consapevole dell'estrema delicatezza politica della questione e quindi della responsabilità di un'informazione il più possibile completa.

Cito questo precedente (al quale ne seguirono altri simili, per esempio con il presidente Francesco Paolo Casavola, in occasione della sentenza sulla "buonuscita" degli statali, la n. 243 del 1993) come esempio virtuoso di una comunicazione/servizio: completa, chiara, efficace, che non lascia soltanto

alle (pur sapienti) mani dei giuristi o dei bravi giornalisti la spiegazione di una decisione delicata politicamente.

Dove per comunicazione virtuosa si intende non certo quella che evita le critiche (ce ne furono anche sulla decisione in questione) ma quella che consente di formulare critiche sulla base di fatti veri, non verosimili e tanto meno falsi, e neppure su interpretazioni suggestive. Critiche e dissensi – ce lo ricordava il presidente Bonifacio – fanno parte della vita della democrazia e neanche la Corte costituzionale può pensare di esserne immune.

Dunque, negli anni novanta la Corte sperimenta (sia pure in modo ancora occasionale) forme di comunicazione per certi versi persino più avanzate di quelle attuali.

Non risulta che sia stata accusata di "autopromuoversi", di "cercare il consenso popolare", di "autolegittimarsi".

Non risultano timori di un possibile "condizionamento" del comunicato stampa sulla successiva stesura della motivazione.

Né risulta che qualcuno definì quella comunicazione "troppo divulgativa" e quindi potenzialmente "distorsiva".

5. L'etica della relazione

La comunicazione come servizio impone un'etica. *L'etica della relazione* la chiama Elvio Fassone in uno scritto pubblicato nel fascicolo n. 4/2018 di *Questione giustizia* dedicato al «dovere della comunicazione»[7], ovvero, il rispetto della dignità del proprio interlocutore. Un'etica che s'impone a chiunque comunichi, e dunque anche al Giudice delle leggi. "Mettere in comune" implica comportamenti, atteggiamenti, parole... tutto ciò che serve a far conoscere e a costruire una relazione di rispetto e di fiducia.

«Forse non ce ne rendiamo conto» – scrive tra l'altro Fassone – «ma i nostri provvedimenti – l'unico strumento con il quale, secondo il vecchio precetto, ci sarebbe consentito di "comunicare" con il mondo – offrono di noi un'immagine pesantemente fuori del tempo... In tanto paludato linguaggio (che a onor del vero si riverbera sul, e si nutre del, linguaggio legislativo) si staglia un piccolo gioiello normativo che ci ricorda come deve essere il nostro comunicare professionale. Mi riferisco al primo comma dell'articolo 192 del codice di procedura penale, molto meno analizzato dei tormentati commi successivi, là dove chiede al giudice, nella sentenza, di dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. Quel "dare conto" è un prezioso compendio di procedura democratica, una consapevolezza che il decidere appartiene alle funzioni superiori ma al tempo stesso è sottomesso alla responsabilità di presentarsi ad un ideale uditorio della ragione, che è chiamato a consentire con il percorso mentale seguito. Quel "dare conto"» – conclude Fassone – «è presente anche in ogni altro "comunicare". Se nell'articolo 192 esso rivela i percorsi mentali dell'estensore, nella nuova accezione esso manifesta la considerazione che il magistrato ha della dignità del suo interlocutore. All'uditorio della ragione si sostituisce l'uditorio dell'umanità».

La Corte costituzionale non parla solo ai tecnici del diritto, parla a tutti. Anche quando scrive le sentenze. A maggior ragione quando scrive i comunicati stampa. Lo sforzo di renderli comprensibili a tutti è doveroso e costante.

Il bel saggio di Fassone si chiude con un ricordo: «Un collega raccontava che il complimento più gradito ricevuto da un cittadino destinatario del suo operato era la frase: mi ha dato torto ma mi ha trattato con rispetto».

6. Qualche appunto sui comunicati

Pur rinviando integralmente ai documenti indicati in premessa, che, con riferimento all'attuale comunicazione della Corte, descrivono in dettaglio la tipologia dei comunicati, i criteri, le modalità, può essere utile aggiungere un paio di notazioni.

La prima: tutti i comunicati stampa sulle pronunce, compresi i titoli, sono redatti in prima battuta dai giudici; il testo viene poi rivisto insieme alla responsabile della comunicazione e riletto, corretto e approvato dal, o dalla, presidente. Se si tratta di comunicati che anticipano una decisione, il testo è redatto insieme a tutto il collegio, che comunque ne approva la versione finale, compreso il titolo.

Ovviamente, ogni giudice ha il proprio stile, ma tutti i giudici sono ormai perfettamente consapevoli che un comunicato stampa – lo dice la parola stessa – non è una sentenza e nemmeno una sinossi della sentenza.

Pertanto, ciascuno di loro si sforza sempre di usare un linguaggio semplice, inclusivo, accessibile a tutti. Istituzionale, direi. Semplice, infatti, non vuol dire semplicistico né è sinonimo di banale o di manipolativo. La scelta delle parole è accurata e ce ne

7. *Un esempio virtuoso di comunicazione, l'etica della relazione*, www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/un-esempio-virtuoso-di-comunicazione-l-etica-della-relazione_612.php.

sono tante che possono spiegare complessi concetti giuridici. Calamandrei diceva che «la chiarezza è garanzia della giuridicità dei contenuti», e Vittorio Scialoja ricordava che «Tutto ciò che è oscuro non può appartenere al diritto».

Massima, dunque, è l'affidabilità della fonte se a scrivere il comunicato su una sentenza è il giudice relatore e se a controllarlo è la presidenza. Ben più affidabile dell'interpretazione che potrebbe darne chiunque, anche un giurista, ammesso e non concesso che le interpretazioni dei giuristi siano univoche e concordanti.

Seconda notazione: i comunicati sulle pronunce depositate contengono sempre, sin dalle prime righe, il numero della pronuncia e cliccandoci sopra si ha immediatamente il testo integrale della decisione. È evidente che un giurista non si fermerà al comunicato perché il suo lavoro gli impone di leggere l'intero documento. Altrettanto faranno i giornalisti che vogliano approfondire. E chiunque altro abbia curiosità. A tutti quanti basta un *clic* per passare alla lettura integrale della decisione. In tal modo è anche possibile riscontrare la corrispondenza del comunicato al testo della decisione e ai suoi principali passaggi.

Massima trasparenza, dunque. Massimo rispetto per il controllo sociale.

Sarebbe insensato cercare un'esatta corrispondenza tra le parole del comunicato e quelle della sentenza. Sono atti diversi, con obiettivi diversi, destinatari diversi (almeno in prima battuta) e, ovviamente, regole redazionali diverse. Nulla impedisce, però, che molte parole del comunicato coincidano con quelle della sentenza e, anzi, è auspicabile che in futuro ciò avvenga sempre più spesso, anche grazie all'evoluzione del linguaggio giuridico, a partire dalle università, come peraltro già avviene in alcuni atenei e come auspicava nel 2014 un grande giurista, Marcello Gallo, invitando i colleghi a uscire dagli spazi angusti del linguaggio "esoterico" dei giuristi.

A proposito di regole redazionali, una di queste ha a che fare con la sintesi, che, di per sé, implica una selezione di argomenti (chiunque abbia scritto nella sua vita un articolo lo sa bene). Il comunicato stampa di un'istituzione ha una particolare delicatezza ma la selezione segue gli stessi criteri di un buon resoconto giornalistico (la notizia, l'interesse pubblico, la spiegazione). Criteri che nulla hanno a che fare con omissioni o manipolazioni – peraltro impossibili se il comunicato *viaggia* con il testo integrale – ma servono a richiamare l'attenzione (in modo corretto) sull'*essenziale*, rimandando per il resto alla lettura integrale della fonte.

La terza e ultima notazione riguarda i comunicati che anticipano la decisione prima del deposito: lo scrupolo con cui l'intero collegio redige e approva il testo (nonché il titolo) esclude il paventato rischio che il suo contenuto possa essere smentito con la sentenza o possa condizionare l'estensore della motivazione. Non è mai avvenuto, fino a prova contraria. La Corte sa fino a che punto può spingersi – per contribuire alla chiarezza dell'informazione – nell'anticipare un ragionamento prima di scriverlo nella pronuncia definitiva (ricordo che anche le motivazioni vengono approvate in sede di lettura). Un passo troppo lungo sarebbe, tra l'altro, autolesionistico.

Insomma, dubito che la Corte costituzionale, e i suoi singoli giudici, possano essere seriamente incorsi in "eccessi giornalistici". Il problema è che il comunicato stampa (compreso il titolo) va redatto secondo le regole proprie del comunicato stampa, non secondo quelle dei giuristi per scrivere manuali o sentenze. Ogni alta corte europea, e non solo, ha un proprio stile, e la Corte italiana ha scelto quello, sobrio, di una nota mediamente breve, redatta con un linguaggio chiaro per far comprendere a tutti il contenuto e la portata delle sue decisioni. Molto va ancora migliorato, ma penso di poter dire che finora questa comunicazione ha realmente contribuito a migliorare la qualità dell'informazione.

Postilla finale: resta sempre auspicabile che la nota stampa – per quanto chiara e affidabile – non si sostituisca alla lettura integrale del documento, fondamentale per un'informazione completa.

7. La conoscenza

Durante il *lockdown* per l'emergenza sanitaria, ho riletto *I Problemi della Corte*, una raccolta di appunti del vicepresidente della Corte Ugo Spagnoli (che me ne fece dono), pubblicato nel 1996 da Giappichelli. Nel capitolo *Conoscere per giudicare meglio*, Spagnoli confessa di essere stato più volte turbato dal non riuscire sempre a prevedere o a conoscere quale sarebbe stato l'impatto di una sentenza «sulla società e sulle istituzioni». «La correttezza dell'argomentazione giuridica» – scriveva – «non sempre mi sembrava sufficiente per assumere una consapevole decisione. Avrei voluto saperne di più». Troppo rare le istruttorie formali, peraltro sempre fondate sulla trasmissione di atti, annota Spagnoli. Che aggiunge: «La Costituzione dello Stato contemporaneo non si accontenta di una corrispondenza formale tra atti, inconsapevole degli effetti sociali concreti di essi, ma pretende di ricondurre alla Costituzione la realtà non solo giuridica ma anche storica». Egli era convinto che la Corte dovesse acquisire "conoscenze", sul piano economico, sociale, ordinamentale.

Quest'esigenza di conoscenza è stata negli ultimi anni il motore di tante iniziative della Corte, a partire

dal *Viaggio in Italia*, nelle scuole e nelle carceri, e, infine, tra la cittadinanza, con quello che è stato chiamato *Il Viaggio del Viaggio* che ha portato la Corte ovunque, in Italia e all'estero, per la presentazione del docufilm di Fabio Cavalli, prodotto da Clipper Media e Rai Cinema, dedicato al *Viaggio della Corte nelle carceri* (da cui ha preso anche il titolo).

Per inciso, anche se non è questa la sede per parlarne, non si può non registrare che l'esigenza di conoscenza ha portato, durante la presidenza Cartabia, a cambiare anche il volto del processo costituzionale, non solo rendendo le udienze meno imbalsamate e più vivaci nell'interlocuzione con le parti ma, soprattutto, aprendole alla partecipazione delle "voci di fuori": *amici curiae*, esperti di varie discipline e terzi interessati alla causa (si veda il comunicato stampa sulle modifiche alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale»[8]).

"Conoscere e farsi conoscere" (ma anche "capire e farsi capire") è il felice *slogan* coniato dal presidente Lattanzi durante il *Viaggio nelle carceri* e riassume efficacemente la costante tensione della Corte all'apertura, per trasmettere e acquisire saperi, "mettere in comune" esperienze, scambiare conoscenze. Questa tensione raggiunge il suo culmine negli ultimi tre anni di vita della Corte e il *Viaggio in Italia* ne è la metafora migliore. Non a caso, è diventato un momento strutturale della vita della Corte.

Purtroppo, il *lockdown* lo ha bloccato bruscamente, ma non è riuscito a spegnere quella tensione alla conoscenza e alla comunicazione che è stata – e rimarrà – la cifra di una Corte "in relazione", come l'ha definita la presidente Cartabia, anche con riferimento alle altre istituzioni, in Italia e all'estero. E così, ecco che proprio durante la pandemia sono germogliati altri progetti *comunicativi* della Corte, a cominciare dai *podcast*, per continuare a "mettere in comune" conoscenze ed esperienze, raccontandole con una punteggiatura musicale.

È come se la Corte, a 61 anni, avesse deciso di dare fisicità a quell'esigenza di apertura manifestata fin dalla nascita e coltivata ininterrottamente, per essere – ed essere percepita – un'istituzione vicina, anche fisicamente, ai cittadini.

A tutti.

Sebbene la legge preveda espressamente che i giudici costituzionali possano visitare le carceri in qualsiasi momento e senza autorizzazione (articolo 6, primo comma, lett. *b* dell'ordinamento penitenziario), qualcuno ha criticato gli incontri "ravvicinati" con i detenuti.

In passato, soltanto Valerio Onida aveva fatto uso di questa facoltà, visitando la sezione del carcere di San Vittore a Milano, che ospita i detenuti in regime di 41-*bis*, e lo fece in occasione dell'istruzione di una questione riguardante proprio questo regime speciale di detenzione (si veda Marco Ruotolo, *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida*, pubblicato sul n. 4/2011 della *Rivista AIC*).

Il *Viaggio nelle carceri* è stato una scelta impegnativa su tanti fronti. Se ne è discusso, si è riflettuto, non sono mancati i dubbi, ma alla fine si è deciso di andare. La Corte sapeva che sarebbe stata anche una scelta impopolare (purtroppo, nulla è più impopolare del carcere) eppure si è mossa senza esitazione nell'unica direzione in cui la portava la Costituzione, perché – cito Lattanzi – «la Costituzione è di tutti». Non ha affatto rincorso il consenso. Ha fatto il suo dovere di Corte costituzionale. E ha smosso conoscenze e coscienze.

Ogni giudice è stato libero di partecipare o meno al *Viaggio*, ma tutti lo hanno approvato. Un'assunzione comune di responsabilità con cui – nonostante i dubbi di chi non vi ha partecipato – la Corte ha confermato la sua forte *leadership* istituzionale.

Il *Viaggio* è stato anche l'esercizio di un potere finalizzato, come diceva Spagnoli, a conoscere per decidere meglio. Perciò non c'è da stupirsi se di quell'esperienza, tutt'altro che superficiale o formale, i giudici, o alcuni di essi, abbiano fatto tesoro anche al momento di decidere (qualunque sia la decisione) questioni in materia penitenziaria. Qualche osservatore esterno ha temuto l'eccessivo "coinvolgimento" e ha parlato, impropriamente, di rischio di "condizionamento", ignorando o svalutando proprio l'aspetto conoscitivo. Senza neppure sapere fatti e circostanze rilevanti, è stata citata come esempio di presunto "condizionamento" la sentenza sui permessi premio ai condannati per reati ostativi: ebbene, a prescindere dal fatto che le decisioni della Corte sono sempre collegiali, ricordo solo che il relatore/estensore di quella decisione è stato il giudice Nicolò Zanon, che notoriamente non ha partecipato al *Viaggio nelle carceri* e dunque non può essere stato "condizionato" al momento della decisione da alcun presunto "coinvolgimento" emotivo legato al *Viaggio*.

Per inciso: è bizzarro pensare che "l'umanità" sia un limite o un pericolo invece che una dote, anche nell'esercizio della giurisdizione, e che l'empatia pieghi lo sguardo invece di alzarlo, rendendo il giudice più lucido e consapevole.

Naturalmente, destinatarie della "conoscenza" sono state anche, e soprattutto, le persone che la

8. Ufficio stampa della Corte costituzionale, 11 gennaio 2020, www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200111093807.pdf.

Corte ha via via incontrato durante il *Viaggio*. Non solo i detenuti, sebbene ne siano stati i principali protagonisti. Anch'essi sono stati liberi di partecipare o meno all'incontro con i giudici e chi ha deciso di esserci ha seguito un corso di preparazione non solo per imparare i fondamentali della Costituzione ma per arrivare all'incontro come vero interlocutore del giudice. Ognuno è stato libero di domandare ciò che voleva, rispettando i confini oltre i quali la Corte non avrebbe potuto rispondere in ragione della sua funzione. Ognuno ha capito che anche i giudici si erano preparati, e duramente, a quell'incontro. Tutti hanno dato qualcosa e l'hanno ricevuta. Sono stati incontri "spiazzanti", come solo la conoscenza sa essere. Una lezione indimenticabile. Un momento di vera e partecipata crescita culturale, che ha aperto la strada a iniziative dei detenuti stessi sulla Costituzione (come *Costituzione viva* nel carcere di San Vittore), in modo che la tappa del *Viaggio* non fosse un punto di arrivo, ma di partenza.

Come tutte le iniziative *comunicative* della Corte, anche il *Viaggio* nasce da un lavoro corale e non ha mai avuto un tono celebrativo o formale. Consapevole dell'utilità ma anche della responsabilità del "mettere in comune" – e dunque del "mettere in relazione" – la Corte costituzionale ha organizzato un servizio nel pieno rispetto dei suoi interlocutori.

8. *Leadership* istituzionale

Nella sua attività quotidiana, la Corte costituzionale svolge un lavoro di ricostruzione dell'ordinamento giuridico, politico, istituzionale, economico, sociale... Lo fa dentro un ingranaggio di cui è un tassello fondamentale perché ad essa spetta *rimettere le cose a posto quando finiscono fuori posto*; e questo lo fa – lo deve fare – anche quando il sentire comune va in direzione opposta perché ha perso la bussola dei valori costituzionali.

Dunque, a differenza di altri tasselli dell'ingranaggio, la Corte ha un compito decisivo, talvolta ingrato, soprattutto quando la politica, per cavalcare il consenso, non esita a fare scelte *borderline* sul piano costituzionale, con il retropensiero che poi ci penserà la Consulta.

Questo è il duro lavoro di ricostruzione del giudice costituzionale, tanto più duro quando dilaga l'analfabetismo costituzionale.

«La Corte costituzionale offre il vantaggio precipuo di proteggere il Paese in ogni tempo da sbandamenti e da errori» diceva De Nicola nel 1956, constatando però la diffusa ignoranza sulla Costituzione, anche da parte di chi ne parla «con aria altezzosa di saccente». Già allora si avvertiva la necessità di un impegno speciale per far circolare i valori costituzionali e farli vivere. Del resto, già nel 1952, dalle pagine della rivista *Il Ponte*, Calamandrei avvertiva: «Le formule costituzionali rimangono vive finché vi scorre dentro, come il sangue nelle vene, la forza politica che le alimenta; se questa viene meno, si atrofizzano e muoiono di sclerosi».

Negli ultimi tre anni, in modo ben più consapevole e strutturato del passato, la Corte ha assunto su di sé la responsabilità della ricostruzione anche oltre il suo impegno giurisdizionale. Nei documenti indicati in premessa sono descritti i numerosi piani su cui si è mossa (compresi la *Libreria dei podcast* e l'*App*, successive alla redazione di quei documenti). Il film *Viaggio in Italia, la Corte costituzionale nelle carceri* è stato certamente il momento di maggiore visibilità di questo impegno. «La Costituzione vive o muore nella realtà della vita sociale.» – ha ricordato la presidente Cartabia durante *il viaggio del Viaggio* – «Il progresso civile richiede che ogni generazione si riappropri dei valori consegnati dai propri padri». La comunicazione della Corte sulla sua attività – giurisdizionale e non – è funzionale a questo *passaggio di testimone* tra generazioni.

Raccomando vivamente la lettura dei *Diari* delle tappe del *viaggio del Viaggio*, pubblicati sul sito della Corte: una cronaca accurata che restituisce la percezione pubblica di questa iniziativa inedita.

«Siete raccontati come casta ma avete dimostrato di essere altro», ha detto un detenuto del carcere di Torino dopo aver visto il film.

Lucia Castellano, già direttrice del carcere di Bollate e ora al Dipartimento delle misure di comunità, ha apprezzato particolarmente la «contaminazione di due realtà diversamente chiuse, senza la quale saremo sempre nel paradosso di chi vuole rieducare comprimendo i diritti fondamentali altrui. Ecco perché – ha osservato – il *Viaggio* è rivoluzionario».

A Bari, studenti di liceo hanno associato il loro "stupore" a quello dei protagonisti del film e a Napoli studenti universitari hanno scritto su *Facebook* di essere usciti "migliori" dalla visione del film.

La *Casa della memoria*, a Brescia, ha organizzato ben tre proiezioni e Manlio Milani (che nella strage di piazza della Loggia perse la moglie) ha ricordato di conoscere bene la sofferenza delle vittime «ma – ha detto – rifiuto l'idea di appartenere a una *categoria* piuttosto che ad una comunità con valori comuni a tutti». E dal pubblico qualcuno ha osservato che il film «è un pezzo di Costituzione spiegata alla gente con immagini reali» e «dovrebbe essere trasmesso in Tv a reti unificate come il discorso di fine anno del Presidente della Repubblica».

Già, perché nel film (ma diciamo pure nel *Viaggio*) si parla davvero un linguaggio istituzionale.

«Parole costruttrici, capaci di creare relazioni con gli altri», le ha definite a Rebibbia Mauro Palma, garante nazionale dei detenuti. Questo è il linguaggio istituzionale.

A Venezia, alla *Mostra internazionale del cinema*, Paolo Baratta, all'epoca presidente della Biennale, ha usato l'espressione «*Nation Building*» per descrivere il senso del *Viaggio* (e del film): un'operazione di "costruzione di comunità".

Ma è stato un padre gesuita, Stefano Del Bove, a far notare, durante la presentazione alla Pontificia Università Gregoriana, che l'iniziativa della Corte è espressione di una forte «*leadership* istituzionale».

È così.

Se è vero che la Corte si è mossa in continuità con una visione precisa della comunicazione, maturata fin dalla nascita, è anche vero, però, che in questi ultimi anni ha interpretato quella visione con una consapevolezza e una capacità di *mettere in comune* saperi, esperienze, conoscenze, e persino emozioni, che non hanno precedenti nella sua storia e con le quali sta contribuendo alla (ri)costruzione di un clima e di una convivenza fondati su valori comuni. Tutto ciò grazie alla sua fortissima *leadership* istituzionale.

L'esatto contrario, insomma, di una "Corte in sofferenza", "in cerca di legittimazione", che si "autopromuove" con una "rivoluzione comunicativa", come l'ha definita qualcuno.

La storia, lo abbiamo visto, racconta... tutta un'altra storia.

E immaginare, temere o, al contrario, auspicare che la Corte "torni indietro" è irrealistico. Semplicemente perché nella storia della comunicazione della Corte non c'è un "indietro" a cui tornare (la famosa Torre d'avorio) ma, semmai, c'è sempre stata una "prospettiva comunicativa" che fa della Corte una protagonista della contemporaneità e, quindi, della storia futura.

Prove di comunicazione della Corte costituzionale

di *Luigi Ferrarella*

Pioniera di comunicazione tra i protagonisti del diritto, la Corte costituzionale ha sperimentato quanto la giusta apertura alla più ampia opinione pubblica sia irta di ostacoli e generi valutazioni contrastanti. E le discussioni sullo strumento dei comunicati stampa sembrano destinate a crescere a seguito delle innovazioni che consentono ai soggetti portatori di interessi collettivi o diffusi di presentare alla Corte opinioni scritte e l'ascolto da parte del giudice di esperti di chiara fama.

Battistrada, tra tutte le giurisdizioni italiane, nell'aprirsi. Battistrada nello sperimentare la difficoltà di aprirsi. E battistrada nel calamitare critiche a questo aprirsi. Lungo, e non ancora del tutto compiuto, è il tragitto dalla Corte costituzionale autoisolata, torre eburnea che per difendere riserbo e collegialità "parla solo con le sue decisioni" in *Gazzetta ufficiale*, a invece la Corte costituzionale che "si apre all'ascolto della società civile", la quale "d'ora in poi" (gennaio 2020) "sulle questioni discusse potrà far sentire la propria voce" attraverso le opinioni scritte degli *amici curiae* e l'audizione di esperti. All'inizio era solo la conferenza stampa annuale del presidente, occasione di una selezione delle principali sentenze della stagione precedente. Poi si sono via via aggiunte le relazioni annuali del presidente. E qualche *lectio magistralis* ai convegni. E persino le prime interviste. È quindi arrivata la svolta dei comunicati stampa, che spiegano le decisioni adottate. Una mostra, «*Il volto della Corte*», nel Palazzo della Consulta, ha presentato i ritratti fotografici delle persone che lavorano insieme ai giudici costituzionali. I quali, in occasione del 70° anniversario dell'entrata in vigore della Costituzione, sono usciti dal Palazzo e si sono messi in cammino, in un «*Viaggio in Italia*» prima nelle scuole e poi nelle carceri, per far conoscere e quasi fisicamente far incontrare la Carta, e testimoniare che essa (nel suo appartenere a tutti) appartiene soprattutto ai più deboli e vulnerabili: esperienza fissata nel docufilm di Rai Cinema con la regia di Fabio Cavalli, proiettato in anteprima all'Auditorium Parco della Musica, trasmesso dalla Rai e presentato fuori concorso alla Biennale del Cinema di Venezia. Una libreria di *podcast* della Corte, realizzati per ciascun tema da un giudice, ha iniziato a essere rilanciata sul portale della Treccani, da Rai Radio1, Radio 24 e Radio Radicale. Tutto mentre la Corte rinnovava il sito *internet* e sbarcava sui *social* con una *app* che segue l'intera vita di un procedimento, dall'agenda dei lavori sino ai comunicati sulla decisione. Un ventaglio di iniziative che, nella relazione del 28 aprile 2020 sull'attività 2019 (dunque prima anche dell'ammissione, nel gennaio 2020, di *amici curiae* ed esperti), ha fatto dire alla presidente Marta Cartabia che «quello appena concluso è stato l'anno della grande apertura della Corte costituzionale alla società civile (...). "Apertura" è stata la parola d'ordine a Palazzo della Consulta. La Corte ha aperto le sue porte, oltre che per permettere al pubblico e ai giornalisti di assistere alle udienze pubbliche, anche per consentire la visita del palazzo da parte dei cittadini. Ha posto molte energie per sviluppare una comunicazione capace di raggiungere non solo gli operatori del diritto e gli specialisti, ma anche il pubblico generale. Non ha solo "aperto il palazzo", ma è uscita».

Vista da uno scriba, la parabola è vieppiù interessante per come la Corte, pioniera di comunicazione tra i protagonisti del diritto, ha però sperimentato quanto questa giusta apertura sia irta di ostacoli e, per di più, attiri censure di opposto segno: aperture «troppo poco coraggiose o troppo pericolose»,

ha riassunto efficacemente in un seminario Andrea Pugiotto. «Una rivoluzione, o nient'altro che la formalizzazione di prassi informali e orientamenti giurisprudenziali consolidati. Arricchimento dialettico, o torsione metodologica nell'attività della Corte. Feconda apertura alla società civile, o insidia per una Corte risucchiata nello *strepitus fori* e nel circo mediatico. Ridefinizione della propria *constituency*, o nuovo tassello del suo criticato suprematismo giudiziario».

Del resto, a non essere ancora del tutto digerita (soprattutto da settori della comunità accademica) è la forma principale dell'apertura della Corte negli ultimi anni, e cioè la pubblicazione di incisivi comunicati stampa (non *pro forma*, ma veri, chiari ed efficaci anche grazie al lavoro di una esperta e competente responsabile dell'ufficio) subito dopo la deliberazione del dispositivo da parte della camera di consiglio e prima della pubblicazione della decisione, allo scopo di informare i cittadini ed evitare interpretazioni errate, contenere le strumentalizzazioni e prevenire fughe di notizie. In un incontro, nel giugno 2019, con il Tribunale costituzionale federale tedesco, il presidente Giorgio Lattanzi aveva collocato la matrice dei comunicati nello sconforto di due anni prima per una ricerca demoscopica dalla quale era emerso che solo il 15 per cento dei cittadini sapesse cosa fosse la Corte costituzionale e quali fossero le sue competenze: e allora proprio per colmare questa mancata conoscenza, che produce le basi della crisi di fiducia verso la Corte, «il comunicato» – spiegava Lattanzi – «non si limita più ad anticipare il contenuto del dispositivo, ma cerca di tradurlo in un linguaggio divulgativo e soprattutto di fornire qualche indicazione sulle ragioni della decisione per spiegarne il senso».

Chi per lavoro fa il giornalista trova familiari sia gli sforzi dei... neofiti "colleghi" giudici costituzionali di tradurre, in poche centinaia di battute comprensibili anche ai non addetti ai lavori, molte decine di future dense pagine motivazionali inevitabilmente legate a un linguaggio e a conoscenze e temi specialistici; sia i rischi di *lost in translation* tra un registro e l'altro; sia, prima ancora, la delicatezza insita già nella scelta della Corte di fare o non fare un comunicato su una certa decisione, e persino di quale titolo dargli.

Così i critici hanno avuto modo di sbizzarrirsi nel lamentare il titolo del comunicato del 6 marzo 2019 «La prostituzione al tempo delle escort: la Consulta "salva" la legge Merlin», o nell'alzare il ditino sull'autocorrezione a distanza di un giorno, nel comunicato del 25 settembre 2019 sul fine vita, del refuso che aveva visto la congiunzione «e» invece della disgiuntiva «o» in una riga, peraltro, tratta dall'ordinanza dell'anno prima. Ed è senz'altro sensato auspicare che sempre più procedimentalizzato sia l'*iter* con il quale il collegio concordi nel dettaglio i termini del comunicato, poi messo a punto nel confronto del relatore con lo *staff* di comunicazione e infine approvato dal presidente: in modo da scongiurare per un verso che in futuro possano emergere sostanziali differenze tra il senso del testo del comunicato e il contenuto del testo della successiva motivazione, e per altro verso che la successiva motivazione possa sembrare condizionata o, in qualche modo, sentirsi in dovere di rispondere (con argomenti che altrimenti non avrebbe sviluppato) ai commenti degli studiosi dopo la pubblicazione del comunicato sul dispositivo.

Ma anche questi critici dei comunicati vanno in testacoda nel momento in cui, consigliando alla Corte di farne meno, di farli non dopo i dispositivi delle decisioni ma quasi solo dopo il deposito delle motivazioni, e di ridurli per di più alla citazione di frammenti testuali delle motivazioni, finiscono per ricadere nel riflesso condizionato di un linguaggio che sia calco pedissequo del "giuridichese", con ciò negando in radice il senso dei comunicati, il cui scopo è rendere le decisioni appunto comprensibili a tutti e non soltanto agli esperti. Se mai, invece, può essere da studiare l'effetto anticipato a volte creatosi tra il comunicato, di per sé giuridicamente privo di qualsiasi valore giuridico, e la pubblicazione in *Gazzetta ufficiale* della decisione a distanza di tempo, dalla quale discendono le conseguenze giuridiche della sentenza. È stato ad esempio additato (Maria Cristina Grisolia) il caso del comunicato con il quale la Corte , il 12 febbraio 2020 (dopo il dispositivo, ma prima del deposito della sentenza di illegittimità di una norma della cd. "legge Spazzacorrotti"), spiegava come «l'applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, rispetto a quella prevista al momento della commissione del reato», fosse «incompatibile con il principio di legalità delle pene sancito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione». Subito, nella soluzione di questioni sull'articolo 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, molti uffici giudiziari hanno iniziato a scarcerare coloro che, in applicazione della legge, sino allora non erano stati ammessi alle pene alternative: e hanno iniziato a farlo proprio perché, già sulla sola base del comunicato, la notizia della decisione data dal comunicato «rendeva fin da subito possibile una interpretazione nel senso della irretroattività della nuova disciplina» (così, ad esempio, la Procura generale di Palermo).

Le diatribe attorno allo strumento dei comunicati stampa sono destinate a crescere sul nuovo articolo 4-*ter* delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», che a qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e a qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, permette

di presentare alla Corte un'opinione scritta in 25.000 caratteri nei 20 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella *Gazzetta ufficiale*: con decreto del presidente, sentito il giudice relatore, le opinioni sono ammesse se «offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità». Inoltre, in base al nuovo art. 14-*bis*, «la Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite», le quali «con l'autorizzazione del Presidente possono formulare domande agli esperti».

Non siamo ancora al modo di procedere alla colombiana, dove chiunque può depositare una memoria, e nemmeno allo schema brasiliano, dove vengono trasmesse in diretta *online* le camere di consiglio trasformate in sterili *reality-show* di tenzoni politiche. Si è invece più vicini alle esperienze degli Stati Uniti, di Israele e Sudafrica, di Francia e Germania. Con i relativi vantaggi e svantaggi.

Su un piatto della bilancia pesa favorevolmente il fatto che, per rispondere a domande di sempre maggiore complessità provenienti dalla società civile, i giudici costituzionali avvertano il bisogno di dotarsi di scorte di argomenti da spendere nelle motivazioni delle decisioni, attinti anche dalle conoscenze extragiuridiche veicolate dalle opinioni degli *amici curiae* ammessi e dalle risposte degli esperti convocati. E chi in ciò paventa una sorta di inquinamento esterno sconta però l'ipocrisia di sorvolare sulla tacita "tripla I" – "*informal-implicit-indirect*", mutuata dal proverbiale consiglio («conoscerla ma non citarla») che il giudice costituzionale americano Anthony Scalia raccomandava a proposito della giurisprudenza straniera – che tradizionalmente fotografava anche nella Consulta l'approccio informale, e dunque poco trasparente perché per nulla rendicontato, alle conoscenze extragiuridiche, alla dottrina e ai contributi di terzi. Ammettere *amici curiae* e convocare esperti ha dunque l'effetto di sbiancare questa prassi, nutrita anche dal giro dei seminari e dagli articoli dottrinali scandagliati dalle ricerche preparatorie degli assistenti dei giudici, dai *dossier* del Servizio studi della Corte, e perfino dalla tentata (benché inammissibile) costituzione in giudizio che spesso le più varie organizzazioni azzardavano solo per introdurre e far comunque leggere ai giudici (che pur non le utilizzavano) le memorie con i propri argomenti: ben maggiore trasparenza è allora quella di una Corte che, nella motivazione, dia conto del contributo esterno con il quale si è confrontata davanti a tutti.

Il vero problema – che curiosamente avvicina questo compito del Giudice costituzionale al mestiere quotidiano del giornalista nell'individuare e soppesare quali fonti consultare per un articolo su un determinato tema – è invece il criterio con il quale la Corte sceglierà gli esperti di chiara fama da convocare o le opinioni degli *amici curiae* da ammettere. Non sempre sarà ad esempio «chiara» la «fama» dell'esperto da chiamare, non sempre ce la si potrà cavare confidando che siano solo due le scuole di pensiero da ascoltare, non sempre sarà pacifica in partenza la friabilità di taluni orientamenti scientifici, non sempre in materie complesse sarà possibile discernere quanto le differenti premesse teoriche e i metodi diversi possano determinare altrettanto sfrangiate scelte di esperti. Non a caso, già nel 2017, Cartabia additava al *BioLaw Journal* che una ragione dello scarso ricorso alle ordinanze istruttorie (parenti strette delle novità introdotte quest'anno) risiedesse nella «difficoltà ad individuare i soggetti qualificati a cui chiedere i dati necessari: poiché anche le conoscenze scientifiche e tecniche sono spesso controverse e sono esse stesse oggetto di divergenze di opinioni, nell'accingersi a chiedere informazioni la Corte fatica ad individuare soggetti neutri, disinteressati, non coinvolti nell'esito delle decisioni poste al suo esame».

E qui affiora l'altro grande doppio timore dei critici, specie alla luce del caso statunitense dove l'"amicizia neutra" è stata via via soppiantata dall'"amicizia interessata" più alle *lobbies* che alla Corte: e cioè da un lato il rischio della "cattura" della Corte da parte di segmenti di società civile più attrezzati nel farsi sentire e nell'esercitare pressioni mediatiche, e dall'altro lato il rischio di «far percepire la pronuncia definitoria del giudizio» della Corte «come un arbitraggio fra contrapposte posizioni politiche» (Massimo Luciani), tanto più se tra le «formazioni sociali senza scopo di lucro» si intendessero anche partiti politici e sindacati.

Del resto in questo campo, che si tratti dei comunicati stampa o degli *amici curiae* o degli esperti, ogni argomento può avere due facce. Chi valuta positivamente le progressive forme di apertura della Consulta alla società confida, ad esempio (Carmela Salazar), che esse «mirino al consolidamento della legittimazione della Corte attraverso la sottolineatura della persistente attualità della Costituzione, rendendo manifesta, in modo intelligibile ai più, l'inesauribile capacità della Carta repubblicana di esprimere soluzioni concrete ai problemi del presente», e che così possano «rinsaldare l'autorevolezza ed il prestigio della Corte»: i soli fattori da cui dipende il consenso che la Corte «è in grado di ricevere in ragione della credibilità tecnica e culturale dei suoi prodotti» (Enzo Cheli), potenziati appunto dalla «persuasività delle motivazioni delle proprie decisioni sul piano della ragionevolezza e su quello della razionalità tecnico-scientifica che le sorregge». Viceversa, c'è

chi ribatte che l'idea di dare (tramite *amici curiae* ed esperti) «voce ai senza voce, cioè ai soggetti che non sono stati adeguatamente coinvolti nel procedimento legislativo, o che comunque si trovano ai margini del dibattito e delle scelte pubbliche», non soltanto penalizzerebbe invece «i soggetti davvero deboli» perché «così deboli da non avere nemmeno la capacità di organizzarsi proprio in quella forma associativa che li legittimerebbe a produrre opinione», ma darebbe a quegli strumenti di apertura anche «una valenza non unicamente argomentativo-collaborativa, ma anche partecipativo-rappresentativa» (Luciani), così però schiacciando la Consulta sulla sua «anima» più politica che giurisdizionale, e assimilandola a una sorta di doppione del Parlamento.

Insomma, nel ricorso della Consulta ai comunicati stampa, come nell'ammissione a Corte di *amici curiae* ed esperti, ci sarebbe l'intenzione di non solo mettere al corrente la società del proprio operato, e di meglio informarsi per poter meglio decidere, ma anche di raccogliere intorno alla Corte il consenso necessario a garantirsi quel bisogno di legittimazione che ossessiona qualunque tribunale costituzionale: cioè a superare «la bickeliana counter-majoritarian difficulty sempre in agguato» nella «difficoltà di giustificare l'annullamento di decisioni degli organi della rappresentanza politica da parte di tribunali costituzionali privi della medesima legittimazione democratica» (Luciani). Si paventa cioè che la ricerca di legittimazione direttamente nell'opinione pubblica, quasi anche solo già nel voler presentare i propri risultati alla società, finisca per avvicinare troppo il comportamento della Corte alle strategie comunicative delle formazioni politiche. Con la conseguenza di cadere nel rischio che «il conformismo rispetto all'opinione maggioritaria accenda un cortocircuito insanabile ed auto-distruttivo per un organo consustanzialmente contro-maggioritario» (Salazar), che «inciderebbe non solo sulla terzietà ed imparzialità della Corte, ma al tempo stesso favorirebbe la marginalizzazione di opinioni minoritarie, altrettanto rilevanti per la collettività e più rispettose della Costituzione dell'opinione maggioritaria» (Angioletta Sperti). Ma in fondo, già nel 2009, Leopoldo Elia osservava che «come tutte le grandi istituzioni la Corte costituzionale italiana, che è stata forse il miglior prodotto della Costituzione del 1947, ha bisogno tuttavia di una continua rilegittimazione». Forse, insomma, nel maggio 2020 azzeccarono davvero il titolo giusto gli organizzatori del seminario «Invito a Corte ma... *con juicio*». Perché «*con juicio*» è pur sempre saggia avvertenza. A condizione, però, che «*adelante*» prosegua l'apertura alla trasparenza della Corte.

Il diritto civile e la procedura civile

di *Francesco Cortesi*

Lo scritto passa in rassegna le più rilevanti pronunce della Corte costituzionale dell'ultimo triennio nelle materie del diritto civile e della procedura civile. Per consentirne un'esposizione sistematica, le decisioni sono raggruppate in base agli argomenti di pertinenza, con particolare riferimento ai temi che, negli ultimi anni, hanno presentato profili di maggiore problematicità interpretativa e applicativa, dai cd. temi eticamente sensibili alla ragionevole durata del processo, dagli strumenti di deflazione del contenzioso alla responsabilità civile dei magistrati.

1. Introduzione / 2. *Diritto civile*: lo stato e la capacità delle persone / 3. Il matrimonio e la famiglia / 4. La proprietà edilizia / 5. Le obbligazioni contrattuali / 6. La tutela del credito e il fallimento / 7. La responsabilità civile dei magistrati / 8. *Procedura civile*: la disciplina del rito applicabile / 9. Le notificazioni / 10. Le impugnazioni / 11. Le spese / 12. Il processo esecutivo / 13. Le soluzioni alternative alla disputa / 14. La ragionevole durata del processo civile e il diritto all'equo indennizzo / 15. Conclusioni

1. Introduzione

Una sintetica illustrazione dell'andamento della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo triennio sui temi del diritto e della procedura civile sconta necessariamente il rischio di una trattazione disorganica e frammentaria, tanto variegato è il panorama degli argomenti che si presenta al lettore.

Sul piano del diritto sostanziale occorre, infatti, tener conto degli ampi confini della materia, che vede coinvolti istituti eterogenei e connessi alla trama di ambiti assai diversi del vivere civile – i rapporti sociali e familiari, la proprietà, le relazioni commerciali; dal canto suo, il sistema processuale è stato interessato, negli ultimi anni, da numerosi interventi di riforma (spesso incompleti, talvolta anche contraddittori), che hanno condotto i giudici comuni a riproporre all'attenzione della Corte fattispecie che erano già state scrutinate in tempi non remoti, ma in relazione alle quali non si erano, evidentemente, dissipati tutti i dubbi di legittimità.

In questo quadro, dunque, non si può fare a meno di ricorrere a un'esposizione sistematica delle decisioni più rilevanti, raggruppate per argomenti in modo sostanzialmente corrispondente ai principali istituti del codice civile – o, quantomeno, a quelli che hanno evidenziato profili applicativi di maggior rilievo – e alle aree tematiche del processo.

Ne deriverà, inevitabilmente, una certa disarmonia nella rappresentazione dei dati; ma, lo si auspica, anche l'emersione di tratti comuni delle decisioni, dai quali sono ben illustrate le preoccupazioni che hanno caratterizzato (per vero non solo in questo ambito) l'operato del Giudice delle leggi negli anni più recenti.

Così, ad esempio, la rinnovata attenzione della Corte per i diritti fondamentali dei soggetti più deboli (quali i disabili, i minori, i richiedenti asilo) caratterizza e orienta molte delle decisioni in materia di rapporti personali e familiari, ma si estende anche all'affronto di questioni inerenti ai diritti e alle garanzie di contenuto patrimoniale; nello scrutinio di ragionevolezza delle norme, richiesto con frequenza

dai giudici comuni, vi è una costante attenzione agli ambiti normativi caratterizzati dalla discrezionalità del legislatore; vengono poi analiticamente considerati tutti i diversi interessi coinvolti – specie con riferimento ai cd. temi eticamente sensibili – onde poter procedere a un loro adeguato bilanciamento; nella materia processuale, infine, la Corte procede a una costante verifica del rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, in particolare nell'ottica della progressiva armonizzazione degli ordinamenti, da tempo avviata per iniziativa dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa.

2. *Diritto civile*: lo stato e la capacità delle persone

L'attività interpretativa della Corte nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali – caratterizzata soprattutto, nell'ultimo ventennio, da un'espansione dei cd. diritti sociali[1] – ha evidenziato profili di rilievo con riferimento alle persone affette da disabilità.

In più occasioni la Corte si è occupata del tema delle disabilità, e in particolare dell'esigenza di consentire la socializzazione e la partecipazione consapevole delle persone disabili – interpretando l'articolo 38 Cost. alla luce del principio personalista, di cui all'art. 2, e del principio di eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, comma 2 –, con l'effetto di una materiale estensione della tutela dei relativi diritti a tutti gli ambiti della vita sociale[2].

Si colloca certamente in tale percorso la sentenza n. 258 del 2017[3], con la quale la Corte ha dichiarato illegittimo – per violazione degli artt. 2 e 3, primo e secondo comma, Cost. – l'art. 10 della legge n. 91/1992, nella parte in cui non prevede che, ai fini della trascrizione del decreto di concessione della cittadinanza italiana, sia esonerata dal giuramento di fedeltà alla Repubblica la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di grave e accertata condizione di disabilità.

La questione era stata sollevata in relazione alla vicenda di una persona straniera disabile che aveva chiesto (per il tramite del proprio amministratore di sostegno) la trascrizione del decreto di concessione della cittadinanza in assenza del prescritto giuramento, non essendo in grado di prestarlo in quanto incapace di leggere e scrivere, e disorientata nel tempo e nello spazio.

La Corte ha osservato in premessa che il dovere di fedeltà alla Repubblica, *ex* art. 54 Cost., «trova concreta espressione per lo straniero nella prestazione del giuramento, manifestazione solenne di adesione ai valori repubblicani»; la natura del giuramento, pertanto, «richiama direttamente i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale».

E tuttavia, gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale che il giuramento incorpora impegnano la Repubblica a favorire l'inserimento del disabile nella società, che in questo caso, soddisfatte le altre condizioni previste, sarebbe impedito dall'imposizione normativa del giuramento a una persona che, in ragione di patologie psichiche di particolare gravità, è incapace di prestarlo.

In questo senso, ha affermato la Corte, verrebbe a determinarsi una forma di emarginazione sociale, che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale; ne potrebbe derivare, poi, un'ulteriore forma di emarginazione rispetto agli altri familiari che tale cittadinanza abbiano, invece, potuto conseguire.

In linea con tale decisione, la sentenza n. 114 del 2019 ha affrontato una questione relativa alla capacità di agire delle persone disabili che siano beneficiarie di amministrazione di sostegno, affermando, con pronunzia interpretativa di rigetto, che a costoro deve ritenersi consentito di disporre del proprio patrimonio mediante donazione, seppur con le forme abilitative richieste[4].

La questione era stata sollevata sul presupposto che la regola generale stabilita dall'art. 774 cc – ove è previsto che non possano «fare donazione coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni» – non patirebbe eccezione nell'ambito dell'amministrazione di sostegno, poiché la relativa procedura

1. *Cfr*. D. Ferri, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo* Human Rights Model of Disability: *"convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, par. 1 (pp. 523-527).

2. *Cfr*. *ibid*., nonché U. De Siervo, *Libertà negative e positive*, in R. Belli (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 35.

3. L'ordinanza n. 105 del 2020 ha poi dichiarato manifestamente inammissibile, per sopravvenuta carenza di oggetto, una successiva questione sollevata sempre con riferimento all'art. 10 della legge n. 91/1992.

4. Osserva G. Bonilini, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9/2019, p. 751, che tale decisione pone un punto, fermo e definitivo, sull'interrogativo circa i confini della capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno, ma che, al contempo, un'interpretazione sistematica delle norme poste a disciplina dell'istituto avrebbe ben potuto condurre al medesimo risultato interpretativo.

comporta pur sempre (in base al disposto di cui all'art. 1 l. 9 gennaio 2004, n. 6) una privazione, ancorché minima, della capacità di agire del beneficiario.

Anche a questo proposito, la Corte ha sottolineato la necessità di interpretare il sistema delineato dal codice civile alla luce del principio personalista di cui all'art. 2 Cost., che tutela la persona non solo nella sua dimensione individuale, ma anche nell'ambito dei rapporti in cui si sviluppa la sua personalità: rapporti che «richiedono il rispetto reciproco dei diritti, ma che si alimentano anche grazie a gesti di solidarietà».

Lo stesso principio impone di leggere l'art. 2 congiuntamente all'art. 3 Cost.; il comma 1, infatti, garantisce il principio di eguaglianza a prescindere dalle «condizioni personali», tra le quali si colloca indubbiamente la condizione di disabilità di cui i beneficiari di amministrazione di sostegno sono portatori, sia pure in forme e gradi diversi; e il comma 2 affida alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono la libertà e l'eguaglianza nonché il pieno sviluppo della persona, fra i quali va compresa la condizione di disabilità.

Su tali basi, la sentenza ha escluso che il beneficiario di amministrazione di sostegno possa essere privato della capacità di donare, salvi i limiti che il giudice tutelare ritenga di apporre tramite l'estensione di divieti previsti ad altri fini, con esplicita clausola ai sensi dell'art. 411, comma 4, primo periodo, cc.

Secondo la Corte, la compressione, senza un'obiettiva necessità, «della libertà della persona di donare gratuitamente il proprio tempo, le proprie energie e, come nel caso in oggetto, ciò che le appartiene, costituisce un ostacolo ingiustificato allo sviluppo della sua personalità e una violazione della dignità umana».

In materia di *status* delle persone, la sentenza n. 186 del 2020 ha poi stabilito l'illegittimità del divieto di iscrizione anagrafica degli stranieri richiedenti asilo, introdotto dal dl n. 113/2018 (cd. "decreto sicurezza")[5].

La questione era stata sollevata da diversi tribunali nell'ambito di giudizi, cautelari o sommari, promossi contro il rifiuto opposto dal comune all'iscrizione dei richiedenti asilo nell'anagrafe della popolazione residente, del quale venivano denunziate – tra l'altro – l'invalidità e il carattere discriminatorio.

La Corte ha rilevato anzitutto l'irragionevolezza intrinseca della disposizione censurata, in ragione della sua incoerenza rispetto alle finalità perseguite dallo stesso "decreto sicurezza".

La *voluntas legis*, in tal senso, appariva infatti diretta a liberare le amministrazioni comunali, sul cui territorio sono situati i centri di accoglienza dei richiedenti, dall'onere di far fronte agli adempimenti in materia di iscrizione anagrafica, esclusa sulla base della precaria permanenza sul territorio dei richiedenti; mentre la norma in esame, impedendo l'iscrizione, «finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio, escludendo da essa una categoria di persone, gli stranieri richiedenti asilo, regolarmente soggiornanti nel territorio italiano».

Una tale esclusione, che concerne persone residenti nel territorio comunale, non appare giustificabile proprio in quanto «accresce, anziché ridurre, i problemi connessi al monitoraggio degli stranieri che soggiornano regolarmente nel territorio statale» per tutto il tempo necessario alla decisione sulla loro richiesta di asilo, e perciò complica la loro stessa individuazione; inoltre, il diniego di iscrizione sottrae i richiedenti asilo alla diretta conoscibilità da parte dei comuni (anche a fini sanitari), poiché l'obbligo di comunicare il domicilio sussiste solo verso la questura competente. Né, sul punto, assume rilievo il dato della precarietà della permanenza legale, poiché il permesso dura sei mesi ed è rinnovabile fino al conseguimento della cittadinanza.

La Corte ha inoltre ritenuto fondata la questione sotto il profilo dell'irragionevole disparità di trattamento che si determina tra stranieri richiedenti asilo e altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che con i cittadini italiani.

Premesso, infatti, che «il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare [i] diritti fondamentali»[6], e che al legislatore non è consentito introdurre regimi differenziati circa il trattamento da riservare ai singoli consociati se non «in presenza di una "causa normativa" non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria», la sentenza osserva che il diniego di iscrizione anagrafica a soggetti che hanno dimora abituale nel territorio italiano conduce all'applicazione di un trattamento differenziato (*in pejus*, in quanto costituisce «una "minorazione" sociale») in assenza di ragionevole giustificazione: la registrazione anagrafica è infatti una mera conseguenza del fatto oggettivo della legittima dimora abituale in un determinato luogo, per cui non può rilevare il fatto che il richiedente sia un cittadino, uno straniero o un richiedente asilo, comunque regolarmente insediato.

5. La questione sollevata aveva ad oggetto l'art. 4, comma 1-*bis*, d.lgs n. 142/2015, come introdotto dall'art. 13, comma 1, lett. *a*, n. 2, dl n. 113/2018, convertito con modificazioni nella l. n. 132/2018; la sentenza ha affermato, in via consequenziale, anche l'illegittimità delle restanti disposizioni di tale ultimo articolo.

6. È richiamata, al riguardo, la sentenza n. 120 del 1967.

3. Il matrimonio e la famiglia

In ambito matrimoniale e familiare, gli interventi di maggior rilievo della Corte si appuntano sul tema delle cd. «unioni civili», e rispondono a richieste provenienti dai giudici comuni formulate, per lo più, nell'ottica del perseguimento di una tutela effettiva degli interessi dei conviventi.

In tale ottica, la Corte si è preoccupata di individuare un punto di equilibrio fra esigenze spesso contrapposte – quali, ad esempio, quelle connesse agli interessi dei figli minori, ove rapportate al cd. diritto alla progettualità familiare –, non di rado correlate alle delicate questioni di ordine etico e morale che si prospettano, sulle quali, come è stato da più parti sottolineato, non vi è un consenso generale[7].

Il terreno maggiormente percorso è quello delle unioni civili fra persone dello stesso sesso, sul quale la disciplina specifica del rapporto fra i *partner* interseca profili inerenti a eventuali rapporti di filiazione.

Con la sentenza n. 212 del 2018, la Corte ha ritenuto infondate le questioni di legittimità dell'art. 3, lett. *c*, n. 2, d.lgs n. 5/2017, avente ad oggetto l'«Adeguamento delle disposizioni dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni ed annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili»; tale norma ha inserito il comma 3-*bis* nell'art. 20 dPR n. 223/1989, prevedendo che per le parti dell'unione civile le schede devono essere intestate al cognome posseduto in precedenza.

Secondo il rimettente, chiamato a decidere sulla richiesta di due persone unite civilmente che intendevano mantenere quale cognome comune quello di uno di esse, la norma censurata avrebbe negato l'originario contenuto precettivo dell'art. 1, comma 10, l. n. 76/2016, volto a riconoscere il diritto delle parti di assumere a tutti gli effetti un cognome comune, consentendo a una di esse di modificare il cognome originario; di qui la violazione dell'art. 2 Cost., per lesione dei diritti al nome, all'identità e alla dignità personale; dell'art. 3 Cost., per l'irragionevolezza di tale intervento del pubblico potere; dell'art. 22 Cost., poiché, con l'eliminazione della valenza anagrafica del cognome comune, la parte dell'unione civile verrebbe privata di un cognome già acquisito; dell'art. 76 Cost., per carenza di delega; e degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., poiché sarebbe pregiudicato il diritto al nome e al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 della Cedu e dagli artt. 1 e 7 della Cdfue.

Ritenuta l'inammissibilità della questione *ex* art. 22, la Corte ha respinto le altre, osservando anzitutto che non ha fondamento costituzionale l'assunto secondo cui il diritto al nome, quale elemento costitutivo dell'identità personale, debba concretizzarsi nel cognome comune delle parti dell'unione, «anche perché la ipotizzata valenza anagrafica del cognome comune sarebbe suscettibile di produrre effetti pregiudizievoli sulla sfera personale e giuridica dei figli di quella delle parti che avesse assunto tale cognome in sostituzione del proprio, in quanto, a seguito dello scioglimento dell'unione civile, i figli minori rimarrebbero privi di uno degli elementi che identificava il relativo nucleo familiare».

Del resto, ha osservato ancora la Corte, il cognome d'uso assunto dalla moglie a seguito di matrimonio non comporta alcuna variazione anagrafica del cognome originario; la natura paritaria e flessibile della disciplina del cognome comune da utilizzare durante l'unione civile e la facoltà di stabilirne la collocazione accanto a quello originario – anche in mancanza di modifiche della scheda anagrafica – costituiscono garanzia adeguata dell'identità della coppia unita civilmente, e della sua visibilità nella sfera delle relazioni sociali.

Il tema della riconoscibilità del figlio da parte del cd. "genitore intenzionale" – che non ha contribuito biologicamente alla gestazione, ma ha prestato il consenso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (pma) – è stato affrontato dalla sentenza n. 237 del 2019, con la quale è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale della «norma che si desume» dagli artt. 250 e 449 cc.; 29, comma 2, e 44, comma 1, dPR n. 396/2000; 5 e 8 l. n. 40/2004, nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 della legge n. 218/1995.

La fattispecie oggetto del giudizio principale concerneva due donne – l'una di nazionalità statunitense, l'altra italiana – le quali, dopo il concepimento di un figlio tramite il ricorso a tecniche di pma in Danimarca, ne avevano richiesta l'iscrizione ai registri dello stato civile italiano, in quanto il figlio era nato in Italia e a seguito di consenso alla fecondazione assistita prestato da madre italiana.

Il giudice *a quo*, ravvisato il carattere transazionale della vertenza per essere il minore cittadino dello

7. *Cfr*. ad esempio, G.M. Flick, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, pp. 9-10; B. Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2019, pp. 197 ss. Di valutazione delle intenzioni del legislatore «quale interprete della collettività nazionale», del resto, parla espressamente anche la sentenza n. 221 del 2019, di cui *infra*.

Stato americano del Wisconsin, aveva ritenuto applicabile al rapporto di filiazione, ai sensi dell'art. 33 l. n. 218/1995, la legge di tale ultimo Stato, che consentiva di ritenere legittimo il figlio concepito a seguito di pma anche in capo al genitore intenzionale; lo stesso giudice aveva, però, ritenuto che il combinato disposto delle disposizioni più sopra menzionate costituisse «norma di applicazione necessaria», nonostante il richiamo alla legge straniera, fungendo così di ostacolo al riconoscimento in base al diritto internazionale privato. Secondo il giudice rimettente, dunque, sussisteva impedimento alla formazione stessa dell'atto di nascita.

La Corte ha, tuttavia, dichiarato inammissibile la questione per insufficiente motivazione sulla rilevanza.

Dopo aver premesso, infatti, che le norme di applicazione necessaria, sono le «norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera» (art. 17 l. n. 218/1995), la Corte ha osservato che l'ordinanza di rimessione non chiariva sufficientemente se la "norma desunta" oggetto di censura fosse la stessa norma interna sulla eterogenitorialità, necessariamente applicabile in sede di formazione dell'atto di nascita di un minore cittadino straniero, ovvero una diversa norma sulla "azione amministrativa", che regola l'attività dell'ufficiale di stato civile, impedendogli di formare l'atto di nascita di un minore straniero in cui gli si riconosca uno *status* previsto dalla sua legge nazionale, ma non da quella italiana.

Inoltre, ha rilevato che il rimettente non aveva in alcun modo preso in esame le disposizioni del diritto internazionale privato maggiormente attinenti al tema, con le quali il legislatore ha individuato le norme di applicazione necessaria nella specifica materia della filiazione, vale a dire gli artt. 33, comma 4, e 36-*bis* l. n. 218/1995.

L'accesso a tecniche di pma da parte di genitori dello stesso sesso è stato affrontato con maggiore profondità nella sentenza n. 221 del 2019, che ha rigettato le questioni di costituzionalità delle previsioni della legge n. 40/2004 che vietano l'accesso alla pma alle coppie omosessuali femminili[8].

In entrambi i casi, il giudice rimettente era stato adito da una coppia di donne, parti di una unione civile, che intendevano superare con provvedimento d'urgenza il diniego loro opposto dalle aziende sanitarie di riferimento.

Nel motivare la decisione, la Corte ha individuato il nucleo degli interessi al cui bilanciamento è volto lo scrutinio di costituzionalità, ricordando che la legge n. 40/2004 pone «soluzioni di segno restrittivo» al quesito circa l'esistenza di un "diritto a procreare", «declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale», che incontra un limite nella necessaria verifica di compatibilità fra il «desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie [che] meriti di essere soddisfatto sempre e comunque» e la «prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato»[9].

La legge citata, infatti, consente il ricorso alla pma solo al fine di favorire una soluzione a problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità, e quindi nel contesto di un'unione formata da un uomo e una donna, e con l'assicurazione del mantenimento di un legame biologico fra il nascituro e i futuri genitori (donde il divieto della cd. fecondazione eterologa); e tale intento del legislatore è stato sostanzialmente riconosciuto come legittimo dalla Corte nei suoi precedenti interventi (fra i quali, ad esempio, le sentenze nn. 162 del 2014 e 96 del 2015), che si sono limitati a rimuovere «quelle che apparivano sostanzialmente come distonie, interne o esterne, della disciplina delineata dal legislatore, senza incidere – o incidendo solo in modo marginale – sulle coordinate di fondo di quest'ultima».

Poste tali premesse, la Corte ha ritenuto che l'esclusione dalla pma delle coppie formate da due donne non dia luogo ad alcuna discriminazione basata sull'orientamento sessuale, poiché l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive, così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata, trattandosi di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti.

Ha escluso, ancora, che ne risultino violati gli artt. 31, comma 2 – che riguarda la maternità, e non l'aspirazione a diventare genitore[10] –, e 32 Cost., la

8. Si trattava, segnatamente, degli artt. 1, commi 1 e 2, 2, 4, 5 e 12, commi 2, 9 e 10.

9. Come osserva B. Liberali, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile diritto a procreare?*, in *Studium juris*, n. 5/2020, p. 538, al cd. diritto procreativo la Corte aveva già fatto riferimento, nella specifica materia della fecondazione assistita, con la sentenza n. 151 del 2009, affermando che le «esigenze di procreazione» devono essere bilanciate non solo con la tutela della salute della donna, ma anche con quella dell'embrione, giungendo così a rappresentare non un obbligo di risultato (ossia l'avvio, la prosecuzione della gravidanza e la nascita di un bambino), ma a poter essere ragionevolmente declinate nel senso di più generiche (ma pur sempre) «concrete aspettative di gravidanza».

10. Su questa distinzione si veda la nota che precede.

cui tutela «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale».

Ha poi ritenuto che le disposizioni censurate non comportino alcuna disparità di trattamento in base alle capacità economiche dei soggetti che aspirano alla genitorialità, per il sol fatto – evocato nelle ordinanze di rimessione – che il divieto posto dal legislatore italiano sarebbe eludibile mediante una richiesta di pma in uno Stato estero che ne consente il ricorso alle coppie omosessuali.

Infine, quanto alla possibile violazione del diritto a costituire una famiglia, la Corte ha osservato che la Costituzione non pone una nozione di «famiglia» inscindibilmente correlata alla presenza di figli e, d'altra parte, la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori non implica che il diritto a procreare possa esplicarsi senza limiti, quando gli stessi sono fissati da una scelta discrezionale del legislatore adottata «in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata».

In linea con tale ultima decisione, la Corte ha poi ritenuto inammissibile, con la sentenza n. 230 del 2020, la questione inerente all'impossibilità, per le coppie di donne omosessuali unite civilmente che abbiano fatto ricorso alla pma in uno Stato estero, di essere entrambe indicate quali genitori nell'atto di nascita formato in Italia, essendo tale indicazione loro preclusa dal sistema normativo vigente.

Questa decisione ha affermato che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di pma è certamente legata anche al consenso prestato dai soggetti che vi hanno fatto accesso, cui consegue una corrispondente assunzione di responsabilità, ma che essa deve pur sempre contenersi nel perimetro tracciato dalla legge n. 40 del 2014, che limita l'accesso alla pma alle coppie di sesso diverso. La Corte ha ribadito la legittimità costituzionale di siffatta scelta legislativa, riaffermando che l'aspirazione della madre intenzionale a essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona, che la nozione di famiglia posta dall'art. 30 Cost. non è inscindibilmente correlata alla presenza di figli, e che la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori non implica che esso possa esplicarsi senza limiti, essendo necessario un bilanciamento dello stesso con altri interessi costituzionalmente protetti, in specie nell'ambito della pma.

E tuttavia, nella stessa decisione, la Corte ha inteso precisare che un'estensione della genitorialità, ancorché non costituzionalmente imposta, potrebbe essere «perseguibile per via normativa», attenendo «all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre 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», e ciò sia con riguardo alle aspirazioni genitoriali, sia con riguardo al profilo di una «diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale».

Sul tema della filiazione, da ultimo, dev'essere segnalata la sentenza n. 272 del 2017, che ha rigettato la questione relativa all'art. 263 cc nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso[11].

La vicenda traeva origine da una fattispecie di maternità surrogata, realizzata da una coppia all'estero mediante ovodonazione, cui faceva seguito la trascrizione dell'atto di nascita del figlio, riconosciuto dai genitori come naturale. La successiva emersione della verità in sede di indagini da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni aveva determinato l'avvio del procedimento di adottabilità del minore, interrotto alla scoperta dell'esistenza di un legame biologico con il padre committente; lo stesso Tribunale per i minorenni aveva, in ogni caso, autorizzato l'impugnazione del riconoscimento, poi accolta e oggetto di gravame in appello, ove aveva luogo l'incidente di costituzionalità.

Nel rigettare la questione, la Corte ha rilevato che, pur nel contesto di «accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione», l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento, né l'ordinamento impone che nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis* detto accertamento sia destinato a prevalere su tutti gli altri interessi coinvolti.

Occorre, invece, bilanciare le esigenze di accertamento della verità e l'interesse concreto del minore (incluso quello alla stabilità dello *status* acquisito) in

11. La decisione si pone in un piano di continuità con altre, relative alle azioni demolitorie dello *status filiationis*, con le quali la Corte aveva affermato che il giudice non deve limitarsi alla sola verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, ma eseguire altresì una prognosi relativa all'eventuale pregiudizio che la variazione di *status* avrebbe potuto arrecare all'interesse del minore coinvolto, interesse del quale viene dunque riconosciuta una certa "immanenza" all'esercizio di tali azioni – in tal senso, vds. S. Agosta, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di* obiter dicta *da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, p. 4.

tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, poiché in alcuni casi la valutazione comparativa tra l'esigenza di verità della filiazione e l'interesse del minore è fatta direttamente dal legislatore, talvolta privilegiando l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* già acquisito (come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa), talaltra imponendo, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata, senza che questo comporti la cancellazione dell'interesse suddetto.

Al riguardo, tuttavia, la sentenza precisa che dev'essere «escluso ogni automatismo», comportando il bilanciamento in questione «un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»; enuclea, dunque, la regola di giudizio da applicare, che deve tenere conto di «variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso»[12], fra le quali, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, indica la durata del rapporto instauratosi col minore, le modalità del concepimento e della gestazione e la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari.

Quest'ultima regola di giudizio è stata peraltro richiamata dalla Corte nella sentenza n. 127 del 2020, con la quale è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cc, nella parte in cui non esclude la legittimazione a impugnare il riconoscimento del figlio in capo a colui che abbia compiuto tale atto nella consapevolezza della sua non veridicità.

4. La proprietà edilizia

La disciplina della proprietà edilizia è stata essenzialmente interessata da alcune decisioni rese dalla Corte con riferimento a leggi sull'urbanistica.

Si tratta, per lo più, di pronunce concernenti il riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni (queste ultime munite di potestà legislativa concorrente nella materia «governo del territorio»), e che, nel regolare aspetti inerenti allo *jus aedificandi*, hanno finito per incidere sull'interpretazione delle previsioni codicistiche in materia, le quali, com'è noto, sono integrate dagli strumenti urbanistici e dai regolamenti locali.

Le pronunzie di maggior rilevanza hanno affrontato il tema della compatibilità fra la disciplina della proprietà edilizia e le disposizioni adottate dalle Regioni a seguito dell'adozione del cd. "piano casa". Quest'ultimo ha costituito lo strumento di maggior rilievo nell'adozione di politiche per il rilancio dell'economia mediante incentivi all'attività edilizia, i cui contenuti e obiettivi sono stati fissati con l'«Intesa», raggiunta in sede di Conferenza unificata, il 1° aprile 2009, in applicazione dell'art. 11 dl n. 112/2008.

In relazione a tale Intesa, si sono susseguiti interventi normativi delle Regioni volti a introdurre misure di agevolazione dell'attività edificatoria, anche mediante l'attenuazione (o l'eliminazione) di vincoli già imposti da leggi dello Stato o dagli strumenti urbanistici locali; e proprio in tal senso si è reso necessario, in più occasioni, lo scrutinio di costituzionalità.

Per prima, la sentenza n. 73 del 2017 ha dichiarato l'illegittimità della legge della Regione Basilicata sul "Piano casa" nella parte in cui consentiva la realizzazione di nuove costruzioni (ovvero l'ultimazione di interventi già avviati) anche in deroga alle previsioni dei regolamenti locali in punto alla volumetria e al mutamento della destinazione d'uso degli immobili.

La Corte – nel ritenere che le norme impugnate, quantunque denominate "di interpretazione autentica", avessero natura retroattiva[13] – ne ha ravvisato un contrasto con l'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, e ciò sia perché mettevano in discussione la certezza del diritto «in una materia, quella urbanistica, rispetto alla quale assume una peculiare rilevanza l'affidamento che la collettività ripone nella sicurezza giuridica», sia perché consentivano di regolarizzare *ex post*, rendendole legittime, opere che, al momento della loro realizzazione, contrastavano con gli strumenti urbanistici di riferimento, «dando corpo, in definitiva, ad una surrettizia ipotesi di sanatoria».

Con argomentazioni sostanzialmente coincidenti, la Corte ha poi ritenuto illegittima la legge adottata dalla Regione Puglia, nella parte in cui consentiva deroghe volumetriche a interventi di ristrutturazione su edifici oltre i limiti previsti dall'originaria disciplina; sul punto, la sentenza n. 70 del 2020 ha poi rilevato che la sostanziale sanatoria così introdotta dalla legge regionale, ponendosi in contrasto con gli artt. 36 e 37

12. Parla di «variabili tanto di fatto che di diritto» S. Agosta, *op. ult. cit.*, p. 9.

13. Le disposizioni oggetto di scrutinio, impugnate dal Governo, intervenivano infatti sulla previgente disciplina regionale del "Piano casa" al dichiarato fine di interpretarla, in specie consentendo l'applicazione delle deroghe ivi previste anche agli edifici residenziali «in fase di realizzazione in forza di titolo abilitativo in corso di validità».

del testo unico dell'edilizia, configura altresì una violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., poiché spettano alla legislazione statale le scelte di principio sul versante della sanatoria amministrativa.

Ancora, la sentenza n. 86 del 2019 ha ritenuto illegittime alcune previsioni del "Piano casa" pugliese, in quanto, consentendo la deroga ai piani paesaggistici regionali, invadevano la materia della tutela dell'ambiente, anch'essa riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

In tre occasioni, infine, la Corte si è occupata della legge veneta sul "Piano casa", nella parte in cui consente deroghe alla disciplina delle altezze e delle distanze fra fabbricati, come fissata dal codice civile – e dai regolamenti edilizi in esso richiamati – e da altre leggi dello Stato.

Con la sentenza n. 41 del 2017 è stata dichiarata l'illegittimità parziale della previsione che consente deroghe alla disciplina statale inerente alle distanze.

A motivo della decisione, la Corte ha premesso che tale disciplina rientra nella materia dell'ordinamento civile e che, tuttavia, ove i fabbricati insistano su un territorio che può avere, rispetto ad altri – per ragioni naturali e storiche – specifiche caratteristiche, la disciplina che li riguarda – e in particolare quella dei loro rapporti nel territorio stesso – esorbita dai limiti propri dei rapporti interprivatistici e tocca anche interessi pubblici, la cui cura deve ritenersi affidata anche alle Regioni, perché attratta all'ambito di competenza concorrente del governo del territorio[14].

Il punto di equilibrio fra tali distinte competenze va rinvenuto nell'esigenza della Regione di conformare in modo omogeneo l'assetto urbanistico di una determinata zona[15]; in tal senso non è preclusa al legislatore regionale la fissazione di distanze in deroga a quelle stabilite dalla normativa statale, sicché la deroga non può mai riguardare singole costruzioni, individualmente e isolatamente considerate.

Pertanto, la Corte ha ritenuto illegittima la norma in esame nella parte in cui consente deroghe alla disciplina sulle distanze al di là di quanto stabilito «nel contesto dei piani urbanistici attuativi, in quanto strumenti funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio».

Le due pronunzie più recenti hanno invece riguardato la legge veneta nella parte in cui consente interventi di ampliamento e ricostruzione di edifici in deroga alle disposizioni in materia di altezze previste dal dm n. 1444/1968 e ss.mm., nonché alle previsioni in materia di distanze minime fra edifici contenute negli strumenti urbanistici e nei regolamenti locali.

La questione sollevata in relazione al primo profilo è stata dichiarata inammissibile dalla Corte con sentenza n. 30 del 2020, sul rilievo di un difetto di motivazione dell'ordinanza di rimessione; ben maggiore è invece la portata della seconda decisione – resa con sentenza n. 119 del 2020 – nel senso della non fondatezza della questione sollevata.

Discostandosi dagli assunti del giudice rimettente, infatti, la Corte ha ritenuto che l'intervento normativo regionale che deroga alle distanze minime previste dalle fonti locali non invada la materia «ordinamento civile»; infatti la disciplina delle distanze contenuta nei regolamenti edilizi, integrando le disposizioni codicistiche che la richiamano, «attiene in via primaria e diretta ai rapporti tra proprietari di fondi finitimi», ma non è estranea a una valutazione delle esigenze regionali di conformazione omogenea di una determinata zona del territorio (delle quali si è detto in precedenza).

Ciò posto, la Corte ha ritenuto che la disposizione derogatoria contenuta nel "Piano casa" veneto miri a consentire, secondo l'impianto originale della legge stessa, gli interventi di rivitalizzazione del patrimonio edilizio esistente, e cioè a realizzare un obiettivo generale di interesse pubblico, perseguito con disposizioni incentivanti di carattere straordinario, limitate nel tempo e operanti per zone territoriali omogenee; donde la sua esclusiva riconducibilità alla materia «governo del territorio», a prescindere dai profili di concreta incidenza su disposizioni integrative del codice civile.

5. Le obbligazioni contrattuali

Seppure in numero non elevato, nell'ultimo triennio vi sono decisioni della Corte che impattano anche la disciplina delle obbligazioni contrattuali, in specie laddove essa era stata oggetto di interventi legislativi modificativi o integrativi dell'originario impianto codicistico.

In tema di appalto, la sentenza n. 254 del 2017 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 29, comma 2, d.lgs n. 276/2003, censurato, in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost., nella parte in cui non estende la garanzia della responsabilità solidale del committente per i crediti retributivi e contributivi

14. Il principio, affermato per la prima volta con la sentenza n. 232 del 2005, ha poi trovato conferma in numerose decisioni successive, tra cui le sentenze nn. 134 del 2014, 6 del 2013, 114 del 2012.

15. Tale punto di equilibrio corrisponde, peraltro, al contenuto dell'ultimo comma dell'art. 9 dm n. 1444/1968, che la giurisprudenza della Corte (anche nelle decisioni più sopra menzionate) ha ritenuto «dotato di efficacia precettiva e inderogabile».

dei dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore anche ai dipendenti del subfornitore.

Secondo la Corte, la norma impugnata dev'essere interpretata nel senso della sua applicazione anche al caso di subfornitura, trattandosi di rapporto riconducibile, *in parte qua*, «alla cornice concettuale e disciplinatoria dell'appalto e del subappalto».

Il committente deve pertanto intendersi obbligato in solido (anche) con il subfornitore relativamente ai crediti lavorativi, contributivi e assicurativi dei dipendenti di questi; infatti, la *ratio* della responsabilità solidale del committente è evitare che i meccanismi di decentramento produttivo e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale, cosicché sarebbe contrario all'art. 3 Cost. escluderla nei confronti dei dipendenti del subfornitore, nel contesto di un rapporto che realizza comunque un livello di decentramento.

Attiene al tipo commerciale della vendita di immobile da costruire la sentenza n. 32 del 2018, con la quale la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità degli artt. 1, comma 1, lett. *d*, 5 e 6 d.lgs n. 122/2005.

Tali norme configurano infatti, nel loro complesso, una disciplina a protezione dei diritti patrimoniali degli acquirenti, in particolare mediante l'approntamento, in loro favore, di una garanzia fideiussoria. L'operatività di detta garanzia è tuttavia circoscritta all'ipotesi di acquisto di immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che non siano ancora stati edificati (o non siano ultimati, versando in uno stadio che ancora non consenta il rilascio del certificato di agibilità); nessuna garanzia è dunque riconosciuta in favore degli acquirenti di immobili per i quali non sia stato nemmeno richiesto il permesso di costruire (acquisti cd. "sulla carta")[16].

Detta ultima fattispecie, secondo la Corte, non può essere validamente evocata quale *tertium comparationis*, non essendo omogenea alle ipotesi contemplate dal legislatore.

La garanzia in questione è infatti specificamente funzionale all'affidamento che l'acquirente ripone nell'effettiva realizzazione (o nel completamento) della costruzione dell'immobile promesso in vendita, affidamento indotto dall'intervenuto rilascio del permesso di costruire (o quantomeno dalla presentazione della relativa richiesta); si tratta, infatti, di una circostanza che «aggiunge una *qualitas* alla cosa futura» sotto l'aspetto urbanistico, e «costituisce di per sé un fattore rassicurante ed un indiretto incentivo all'acquisto per il promittente acquirente», la cui mancanza rende non irragionevole la scelta discrezionale del legislatore di non prevedere identico livello di tutela.

Infine, in tema di contratto di trasporto, la sentenza n. 226 del 2019 (successivamente confermata dall'ordinanza n. 93 del 2020) ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art. 1-*bis*, comma 2, lett. *e*, dl n. 103/2010 (convertito con modificazioni nella l. n. 127/2010, che ha interessato la previsione censurata), che, con riferimento all'attività di autotrasporto di merci per conto di terzi, introduce un'azione diretta del subvettore nei confronti di tutti coloro che hanno ordinato il trasporto.

La questione era stata sollevata con riferimento all'art. 77, comma 2, Cost., per mancanza di nesso funzionale fra decreto-legge e legge di conversione.

Al riguardo, la Corte ha ribadito il principio in base al quale un difetto di omogeneità, in violazione dell'art. 77, si determina solo quando le disposizioni aggiunte in sede di conversione siano totalmente «estranee» o addirittura «intruse», cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione[17]. Una tale evenienza non è stata ravvisata nella specie, poiché la previsione inserita in sede di conversione «condivide con il decreto-legge originario la "comune natura" di misura finalizzata alla risoluzione di una situazione di crisi».

6. La tutela del credito e il fallimento

Al tema della tutela del credito sono riconducibili alcune pronunzie che ineriscono alla disciplina dei privilegi e delle garanzie; e, come si è accennato in premessa, anche a tale riguardo la Corte ha dimostrato particolare attenzione ai profili di effettività della tutela, intervenendo per lo più su fattispecie delle quali era denunziata l'intrinseca irragionevolezza, con le inevitabili ricadute sul piano processuale laddove le garanzie del credito consentano anche l'accesso a specifiche azioni esecutive.

Con la sentenza n. 176 del 2017, la Corte ha deciso due questioni di legittimità relative al privilegio sussidiario sugli immobili riconosciuto ai crediti tributari

16. Il riferimento testuale, nell'ordinanza di rimessione, è ai «contratti di acquisto di immobili per i quali non sia stata ancora depositata domanda di permesso di costruire, anche nelle ipotesi in cui il mancato ottenimento di tale permesso sia previsto quale condizione risolutiva della stessa pattuizione».

17. Si vedano, in tal senso ed esemplificativamente, le sentenze nn. 169 del 2017, 145 del 2015 e 251 del 2014.

dello Stato[18] dall'art. 2776, comma 3, cc, nel testo risultante dalle modifiche intervenute nel 2011[19].

Sotto il primo profilo denunziato, riferito agli artt. 3 e 111 Cost., la Corte ha escluso qualsivoglia violazione del principio di ragionevolezza e non discriminazione, ovvero della "parità delle armi" nel processo, poiché la norma censurata introduce un privilegio (seppur valevole solo in via sussidiaria) su crediti dello Stato già privilegiati in ragione della causa che li connota, e dunque una "causa legittima di prelazione" che giustifica la deroga alla *par condicio creditorum ex* art. 2741 cc.

Al medesimo riguardo, peraltro, la Corte ha precisato che la disposizione «armonizza e razionalizza il regime dei crediti tributari, già muniti di privilegio generale sui beni mobili, che rimangano in tutto o in parte insoddisfatti, giacché estende ai crediti per tributi erariali diretti il privilegio sussidiario già accordato».

È stata invece accolta la censura per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 Cedu, relativa alla parte della disposizione che dà immediata applicazione al privilegio sussidiario sul prezzo degli immobili del debitore esecutato, attribuito ai crediti dello Stato per imposte dirette, anche con riguardo a crediti anteriori ma fatti valere, in concorso con altri, in un momento successivo.

Secondo la Corte, infatti, a tale disposizione sono riconducibili «effetti di indebita ingerenza sullo svolgimento del processo esecutivo, e di orientamento della soddisfazione dei crediti tributari in favore dello Stato a detrimento del legittimo affidamento nella soddisfazione dei propri crediti riposto dagli altri creditori, senza che sussistano motivi imperativi di interesse generale che lo giustifichino»[20].

La sentenza n. 271 del 2017 ha invece ritenuto non fondata la questione di legittimità degli artt. 2877, comma 2, e 2884 cc, censurati, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui consentirebbero l'eseguibilità della riduzione di ipoteca solo sulla base di sentenza passata in giudicato, così impedendo al giudice di ordinarla con provvedimento cautelare d'urgenza.

Al riguardo, la Corte ha evidenziato che le norme censurate erano invece interpretabili – e per vero già interpretate da buona parte della giurisprudenza di merito[21] – in conformità ai parametri evocati dall'ordinanza di rimessione.

È stata, infine, ritenuta infondata la questione di legittimità dell'art. 2751-*bis*, n. 2, cc, come modificato dall'art. 1, comma 474, l. n. 205/2017, oggetto di duplice censura con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost. nella parte in cui estende anche al credito per rivalsa Iva il privilegio generale attribuito al credito per le retribuzioni dei professionisti.

La sentenza n. 1 del 2020, infatti, ha affermato, da un lato, che la norma non determina alcuna disparità di trattamento rispetto ai crediti retributivi di «ogni altro prestatore d'opera», poiché, con interpretazione adeguatrice, va riferita all'intera categoria dei lavoratori autonomi[22]; e, dall'altro lato, che non sussiste alcun vizio neppure sotto il profilo dell'estensione al credito di rivalsa Iva del privilegio generale attribuito alle retribuzioni dei professionisti, giustificandosi tale estensione (diversamente da quanto è previsto per i crediti retributivi di agenti, coltivatori diretti, artigiani e cooperative) con l'esigenza di salvaguardare il compenso dei lavoratori autonomi (art. 35, comma 1, Cost.), poiché il relativo inadempimento comporta, in sostanza, una decurtazione della loro retribuzione.

Il tema degli effetti dei privilegi e delle garanzie sulla *par condicio creditorum* evoca riflessioni sulla disciplina delle procedure concorsuali, anch'essa interessata da alcune pronunzie di rilievo.

Con la sentenza n. 255 del 2017 è stata ritenuta non fondata la questione relativa all'art. 147, comma 5, l.fall., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui, nell'ipotesi di fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali, non ne consentirebbe l'estensione ad altri soci di fatto, siano essi persone fisiche o società[23].

---

18. Il riferimento normativo è quello ai crediti di cui all'art. 2752, comma 1, cc, ovvero i crediti per imposte e sanzioni dovute secondo le norme in materia di Irpef, Irpeg, Ires, Irap e Ilor.

19. Si tratta della modifica apportata dall'art. 23, comma 39, dl n. 98/2011 (conv., con modif., nella l. n. 111/2011).

20. La decisione è stata talora criticata in dottrina; nota, ad esempio, V. Mastroiacovo, *Modifiche alle modalità attuative dei privilegi per crediti tributari e tutela dell'affidamento: spunti critici (Corte cost., 13 luglio 2017 n. 176)*, in *Giur. cost.*, n. 5/2017, p. 2074, che la mancanza di un interesse generale a giustificazione della soddisfazione dei crediti tributari in favore dello Stato, a detrimento del legittimo affidamento nella soddisfazione dei propri crediti riposto dagli altri creditori, finisce per tradursi in una «esasperazione garantista della contrapposizione degli interessi (da un lato dello Stato e dall'altro dei soggetti diversi dallo Stato)» destinata a ripercuotersi sulla concezione stessa di tributo, e ad alimentarne l'odiosità.

21. Vds., ad esempio, Corte appello Milano, sez. I, 14 ottobre 2008; Trib. Bari, 17 novembre 2005.

22. La motivazione richiama sul punto la precedente sentenza n. 1 del 1998, che ha dichiarato l'illegittimità della disposizione di privilegio nella parte in cui essa è limitata ai soli professionisti intellettuali.

23. Analoghe questioni, precedentemente sollevate, erano state dichiarate inammissibili dalla Corte con le sentenze nn. 276 del 2014 e 15 del 2016.

Con pronunzia interpretativa di rigetto, la Corte ha richiamato le «sopravvenute e risolutive pronunce della Corte di Cassazione[24]» che hanno inteso in senso evolutivo la portata del riferimento, nella disposizione censurata, all'imprenditore individuale, «includendovi fattispecie non ancora prospettabili alla data della sua emanazione», e perciò equiparato la società di capitali all'impresa individuale ai fini della estensibilità del fallimento agli eventuali rispettivi soci di fatto.

La Corte è stata investita anche della questione di legittimità dell'art. 10 l.fall., nella parte in cui non consente la dichiarazione di fallimento anche oltre il termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, qualora il rispetto di tale termine sia impedito dalla proposizione di una domanda di concordato preventivo, e il conseguente procedimento si sia concluso dopo la scadenza del termine annuale con esito negativo.

La questione è stata tuttavia dichiarata inammissibile, con la sentenza n. 9 del 2017, per difetto di motivazione sul presupposto logico-giuridico della sua non manifesta infondatezza; l'ordinanza di rimessione, infatti, non ha tenuto in debita considerazione l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che esclude la legittimazione dell'impresa cancellata ad attivare, nell'anno successivo alla cancellazione, una procedura di concordato che andrebbe ad affiancarsi a eventuali contrapposte istanze di fallimento[25].

Infine, la sentenza n. 245 del 2019 ha posto fine al risalente dibattito relativo alla disparità di trattamento, in termini di falcidia Iva, tra i soggetti fallibili *ex* art. 1 l.fall. e soggetti non fallibili, in quanto assoggettati alle procedure di composizione della crisi per sovraindebitamento di cui alla l. n. 3/2012.

Accogliendo la questione, la Corte ha così consentito la possibilità di stralciare parte del debito Iva anche nelle cd. procedure concorsuali minori, cui accedono – ad esempio – le persone fisiche, i professionisti, i consumatori, i soci illimitatamente responsabili per debiti personali, le ditte individuali e le cd. "società sotto soglia".

In tal senso, peraltro, la decisione ha in certa misura anticipato la riforma già prevista dal d.lgs n. 14/2019 (codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), destinata a entrare in vigore dal 1° settembre 2021[26], ove risulta espunto dalla disciplina del sovraindebitamento il divieto di falcidia Iva e ritenute operate e non versate.

7. La responsabilità civile dei magistrati

Una considerazione distinta meritano poi le pronunzie che hanno riguardato i profili applicativi della l. n. 18 del 2015, che ha modificato la previgente disciplina della responsabilità civile dei magistrati.

La legge di modifica è stata posta all'attenzione della Corte anzitutto nella parte in cui (art. 3, comma 2), ha eliminato il cd. filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria proposta nei confronti dello Stato.

A fondamento delle censure più rilevanti (fra le altre, tutte dichiarate inammissibili), è stato denunziato il contrasto della norma con il principio di ragionevole durata del processo; il filtro, infatti, risponderebbe al comune interesse del cittadino leso e dello Stato potenzialmente responsabile a che l'eventuale inammissibilità della domanda risarcitoria sia dichiarata al più presto e con procedura snella.

Ancora, si è invocato un contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento e della irragionevolezza; l'abolizione del "filtro", infatti, confliggerebbe con il sempre più diffuso ricorso del legislatore a meccanismi consimili (quali, ad esempio, le "pronunce semplificate di inammissibilità" in rapporto alle impugnazioni ordinarie).

Il parametro di cui all'art. 111 Cost. è stato inoltre evocato in relazione al fatto che l'eliminazione del "filtro" incide su un meccanismo processuale funzionale alla tutela della serenità di giudizio del giudice, scongiurando il pericolo della cd. "giurisprudenza difensiva".

Infine, l'illegittimità è stata denunziata in riferimento agli artt. 101 e 104 Cost. – perché la presenza di un "filtro", che ponga il giudice al riparo da domande temerarie o intimidatorie, dovrebbe ritenersi indispensabile per la salvaguardia dei corrispondenti valori – e all'art. 25 Cost., perché in mancanza di tale meccanismo (che marcava una distinzione fra esame dei profili di ammissibilità e di quelli di merito dell'azione) il magistrato sarebbe incentivato a esercitare la facoltà di intervento nel giudizio risarcitorio, facendo così scattare l'obbligo della sua astensione nel processo originario, ai sensi dell'art. 51, comma 1, n. 3, cpc.

Con la sentenza n. 164 del 2017 la Corte ha ritenuto tutte le questioni non fondate.

In tal senso, ha anzitutto richiamato la giurisprudenza della Cgue in relazione alla "giustiziabilità" della pretesa risarcitoria del soggetto danneggiato per mezzo di un provvedimento giurisdizionale, dal cui

24. La sentenza richiama, in particolare, Cass., sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, e Cass., sez. I, 20 maggio 2016, n. 10507.

25. Vds. Cass., sez. VI, 20 ottobre 2015, n. 21286.

26. L'originaria previsione di entrata in vigore a far data dal 15 agosto 2000 è stata così differita (salvo che per alcune disposizioni) dal dl n. 23/2020.

esame è possibile enucleare l'operatività di due principi: il principio di equivalenza, in base al quale i rimedi accordati dagli Stati non possono essere «meno favorevoli» di quelle riguardanti analoghi reclami di natura interna, vale a dire delle altre "normali" azioni risarcitorie esercitabili dai cittadini nei confronti dello Stato in altre e diverse materie; e il principio di effettività, secondo il quale i meccanismi procedurali del diritto nazionale non devono essere congegnati in modo da rendere praticamente impossibile, o eccessivamente difficile, ottenere il risarcimento [27].

Ciò posto, la Corte ha osservato che le scelte del legislatore, scaturite dal bilanciamento fra diritto risarcitorio del danneggiato e salvaguardia delle funzioni giudiziarie, si pongono in continuità con detti principi e non evidenziano alcun profilo di irragionevolezza; l'abolizione del "filtro", infatti, non incide sull'essenziale separazione fra gli ambiti di responsabilità dello Stato e del magistrato, questi ultimi caratterizzati da presupposti autonomi e più restrittivi.

Infine, la Corte ha evidenziato che gli istituti processuali evocati quali *tertia comparationis* sono in realtà del tutto eterogenei rispetto al modello di giudizio in questione, sì da non consentire che possa invocarsi alcuna disparità di trattamento; e che inoltre, secondo il diritto vivente, la pendenza di una causa contro lo Stato non costituisce ragione di astensione obbligatoria del giudice autore del provvedimento asseritamente dannoso, neppure ove questi sia intervenuto nel processo[28].

Un giudizio successivo ha invece riguardato l'inclusione, fra le ipotesi di colpa grave idonea a configurare la responsabilità del magistrato, della «manifesta violazione del diritto dell'Unione Europea» (art. 2, comma 1, lett. *c*, l. n. 218/2015); la relativa previsione, in base alla giurisprudenza Cgue, doveva intendersi comprensiva anche del caso di contrasto fra provvedimento giudiziario e interpretazione espressa dalla stessa Cgue sulla vincolatività delle decisioni della Commissione europea per il giudice nazionale, e ciò anche agli effetti dell'insorgenza, in caso di mancato adeguamento, di una responsabilità dello Stato per danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Il dubbio di costituzionalità prospettava l'assoggettamento del giudice alle determinazioni assunte da autorità amministrative europee, con conseguente violazione dei principi di cui agli artt. 101 e 104 Cost., e con compromissione, altresì, del diritto di accesso del cittadino a un giudice indipendente e imparziale, desumibile dall'art. 24 Cost.

Con la sentenza n. 142 del 2018 la Corte ha ritenuto le questioni infondate.

Sul punto, la giurisprudenza della Cgue afferma costantemente che il soggetto legittimato a impugnare una decisione della Commissione, il quale abbia lasciato inutilmente decorrere il relativo termine perentorio, non può poi contestare la validità della decisione davanti ai giudici nazionali; richiamato tale consolidato orientamento, la Corte ha rilevato che questa preclusione non implica alcuna subordinazione della funzione giurisdizionale nazionale a quella amministrativa europea, ma discende «da una elementare esigenza di certezza del diritto (evitare che atti dell'Unione, produttivi di effetti giuridici, possano essere messi in discussione all'infinito)».

8. *Procedura civile*: la disciplina del rito applicabile

Passando agli argomenti di carattere processuale, la disamina delle pronunce di maggior rilievo non può che avere inizio da quelle concernenti il tema del rito applicabile.

Il ruolo essenziale svolto dalla predeterminazione delle regole del rito nell'ambito del principio del cd. giusto processo[29] ha condotto la Corte all'esame di diverse fattispecie, tutte interessate, nei tempi più recenti, da ripetuti interventi di riforma; il sindacato di legittimità, per la maggior parte dei casi, ha riguardato le scelte discrezionali esercitate dal legislatore nell'adozione di modelli processuali finalizzati al perseguimento degli obiettivi di semplificazione, tramite la riduzione dei tempi del procedimento, lo snellimento dell'attività istruttoria, la prescrizione di modelli decisionali accelerati.

In tale quadro, ad esempio, la Corte è stata chiamata a verificare la legittimità dell'art. 426, comma 1, cpc, nella parte in cui prevede che il giudice, «quando rileva che una causa promossa nelle forme

27. La novella del 2015 ha costituito, almeno in parte, il frutto di sollecitazioni della Corte di giustizia europea, come diversi autori inferiscono dal contenuto dell'art. 1 della legge, ove testualmente è affermato che la riforma è stata approvata «anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea» (fra tutti vds., ad esempio, R.G. Rodio, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 15). Ciò giustifica il precipuo riferimento alla giurisprudenza della Cgue da parte della Corte nello scrutinio delle questioni.

28. È citata Cass., sez. unite, 23 giugno 2015, n. 13018.

29. In tema vds. G. Costantino, *Sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione: contro la pubblicità ingannevole*, in questa *Rivista online*, 11 dicembre 2019, par. 4, www.questionegiustizia.it/articolo/sulle-proposte-di-riforma-del-processo-civile-di-cognizione-contro-la-pubblicita-ingannevole_11-12-2019.php.

ordinarie riguarda uno dei rapporti previsti dall'articolo 409, fissa con ordinanza l'udienza di cui all'articolo 420 e il termine perentorio entro il quale le parti dovranno provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi».

La questione è stata sollevata sulla base della premessa che tale norma è ormai costantemente interpretata nel senso di consentire che la citazione possa produrre gli effetti del ricorso solo ove depositata in cancelleria entro il termine di cui all'art. 641 cpc, non essendo sufficiente che, entro tale data, sia stata notificata alla controparte[30]; ne risulterebbe così impedita la produzione degli effetti sostanziali e processuali della domanda in conformità alla disciplina del rito ordinario, seguito fino al mutamento, con conseguente violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Con la sentenza n. 45 del 2018 la Corte ha ritenuto la questione inammissibile, perché destinata a incidere su un ambito riservato alla discrezionalità del legislatore.

La scelta di dar corso a «una sanatoria piena, e non dimidiata, dell'atto irrituale, per raggiungimento dello scopo» risponde infatti, secondo la Corte, a una valutazione di opportunità, e di maggior coerenza di sistema, ma non per questo «ad una esigenza di *reductio ad legitimitatem* della disciplina attuale, posto che tale disciplina (a sua volta coerente ad un principio di tipicità e non fungibilità delle forme degli atti) non raggiunge quella soglia di manifesta irragionevolezza che consente il sindacato di legittimità costituzionale sulle norme processuali»[31].

Anche il cd. decreto "semplificazione riti" (n. 150/2011) ha costituito oggetto di censura, nella parte inerente alla sindacabilità dei provvedimenti sommari; in particolare, la questione di legittimità ha investito gli artt. 5, comma 1, 6, comma 1, e 32, comma 3.

La prima norma afferma la non impugnabilità dell'ordinanza con la quale il giudice decide sulla sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, mentre le restanti ne richiamano il contenuto con riferimento, rispettivamente, alla materia delle opposizioni a ordinanza-ingiunzione e alle opposizioni alle ingiunzioni per il pagamento dei crediti patrimoniali degli enti pubblici.

Il dubbio di costituzionalità è stato riferito all'art. 76, perché il diniego di sindacato di provvedimenti cautelari contrastava con la delega legislativa, che prevedeva al riguardo la necessità di un regime normativo differenziato, e all'art. 3 Cost., attesa la disparità di trattamento che ne deriva con riferimento alla disciplina del processo cautelare uniforme.

La Corte ha ritenuto le questioni infondate con la sentenza n. 189 del 2018.

La violazione dell'art. 76 è infatti stata esclusa perché la delega – i cui criteri direttivi sono finalizzati alla semplificazione dei procedimenti civili di cognizione – risulta attuata mediante la riserva al giudice della cognizione di decidere definitivamente sulla cautela unitamente al merito, «operando nell'ambito della fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi».

Quanto, poi, alla dedotta violazione dell'art. 3, la Corte ha ritenuto l'eterogeneità dei *tertia comparationis* evocati, corrispondenti ai provvedimenti cautelari per i quali vale la clausola generale di reclamabilità, avuto riguardo alla peculiarità delle controversie in relazione alle quali la norma censurata dispone la non impugnabilità delle ordinanze che decidono sulla sospensione del provvedimento impugnato.

Con riguardo alla disciplina specifica dei riti, la sentenza n. 79 del 2020 ha interessato profili inerenti al giudizio per intimazione di sfratto, in termini che intersecano anche la disciplina sostanziale del contratto di locazione.

La questione, in particolare, ha riguardato l'art. 55 della legge n. 392/1978, nella parte in cui non consente di impedire la caducazione del contratto laddove, decorso il cd. termine di grazia, a carico del conduttore residui il pagamento delle spese processuali; ovvero quando, al momento della decisione, il rimedio risolutorio determini un sacrificio sproporzionato dell'interesse abitativo del conduttore, tenuto conto dell'entità del debito residuo per canoni scaduti, oneri accessori o interessi, e avuto riguardo alle reciproche posizioni delle parti.

Di una prima censura – formulata in riferimento all'art. 3 Cost. – la Corte ha ritenuto l'infondatezza.

Premesso, infatti, che con la previsione del rito locatizio il legislatore, in presenza di una finalità meritevole di tutela, ha approntato una disciplina speciale *in bonam partem* per il conduttore, la sentenza ha ritenuto non irragionevole la mancata estensione di tale regime a ipotesi ulteriori, specie nella materia processuale, caratterizzata da discrezionalità legislativa particolarmente ampia.

30. La decisione in esame richiama, in effetti, le decisioni della Corte di cassazione che da tempo si attestano in tal senso (fra le altre, è menzionata anche Cass., sez. unite, 23 settembre 2013, n. 21675).

31. La decisione della Corte è stata salutata positivamente dalla prevalente dottrina, che ha concordato sul rilievo dell'esistenza di «notevoli motivi di opportunità a favore dell'espansione del modello della sanatoria retroattiva» (*cfr*. R. Caponi, *Sanatoria retroattiva delle nullità processuali, rimessioni in termini e giusto processo civile*, in *Giur. cost*., n. 2/2018, p. 546), escludendo tuttavia, al contempo, che in tale modello si profili un aspetto della garanzia costituzionale del giusto processo.

La Corte ha poi ritenuto infondata anche la censura formulata in riferimento all'art. 111 Cost., ritenendo che al legislatore sia consentito differenziare i modi della tutela giurisdizionale onde adeguarli al conseguimento di determinate finalità, tra le quali assume rilevanza quella di definire il giudizio evitando abusi del diritto di difesa da parte del conduttore moroso che protragga eccessivamente il godimento del bene locato.

Il rito del lavoro, infine, è stato interessato dalla sentenza n. 212 del 2020, che ha dichiarato l'illegittimità – per contrasto con l'art. 3 Cost. – dell'art. 6 l. n. 604/1966[32] nella parte in cui non prevede che l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento sia inefficace ove non seguita, entro i successivi centottanta giorni, oltre che dagli adempimenti ivi indicati, anche dal deposito del ricorso cautelare *ante causam*.

Il giudizio principale era stato promosso da un lavoratore con ricorso d'urgenza avverso il trasferimento in altra regione disposto nei suoi confronti dal datore di lavoro[33]; il termine di 180 giorni, previsto per impedire la decadenza dall'impugnazione, era stato rispettato con l'avvio del giudizio sommario ma non nell'introduzione di quello di merito.

La Corte ha osservato in premessa che al lavoratore sono riconosciute tre strade alternative per la conservazione degli effetti dell'impugnazione stragiudiziale: il ricorso di merito a cognizione piena[34], la domanda volta all'attivazione della procedura di conciliazione oppure la richiesta di costituzione di un collegio arbitrale.

Tratto comune a ciascuna delle strade percorribili è la sua rispondenza allo scopo, perseguito dal legislatore con la norma censurata, di far emergere tempestivamente il contenzioso sull'impugnativa dell'atto datoriale, onde «superare l'incertezza gravante sul datore di lavoro e suscettibile di incidere in modo significativo sull'organizzazione e sulla gestione dell'impresa».

Ciò posto, la Corte ha osservato che la mancata inclusione degli atti introduttivi del giudizio cautelare fra gli atti idonei a tale scopo è contraria al principio di eguaglianza, ove raffrontata con l'idoneità riconosciuta, invece, a quelli che attivano la procedura conciliativa o arbitrale, nonché al principio di ragionevolezza, in riferimento alla finalità sottesa alla previsione stessa di un termine di decadenza, poiché la domanda di tutela cautelare è «idonea a far emergere il contenzioso insito nell'impugnazione dell'atto datoriale».

Sotto il primo profilo, infatti, la tutela cautelare – riconducibile all'esercizio della giurisdizione e alla garanzia del giusto processo – non può avere un trattamento deteriore rispetto ai sistemi alternativi di composizione della lite, specie ove si consideri che essa è significativa di un'iniziativa del lavoratore alla quale il datore non può sottrarsi (né rilevando il fatto che la "strumentalità attenuata" dei provvedimenti cautelari non sarebbe mai idonea a determinare la certezza sul rapporto giuridico sottostante, potendo ciascuna delle parti introdurre il successivo giudizio di merito ove residuino incertezze).

Quanto alla violazione del principio di ragionevolezza, poi, il contenzioso conseguente all'impugnazione dell'atto emerge in piena luce con l'avvio del processo cautelare, realizzando così appieno lo scopo della norma in termini che rendono del tutto sproporzionata la successiva perdita di efficacia di tale impugnazione per il mancato avvio del giudizio ordinario come attività processuale ulteriore.

9. Le notificazioni

Le decisioni in tema di notificazioni (così come quelle inerenti alle impugnazioni, di cui al prossimo paragrafo) concernono per lo più il parametro dell'art. 24 Cost.; le riflessioni della Corte, a tale proposito, si articolano tenendo fermo il rilievo dell'ampia discrezionalità del legislatore nella materia processuale, e sono perciò volte a una rigorosa verifica circa l'effettiva copertura costituzionale delle garanzie che, nella prospettazione dei giudici comuni che hanno sollevato le questioni, costituiscono estrinsecazione del diritto di difesa.

In tema di notificazioni, la decisione di maggior rilievo è costituita dalla sentenza n. 75 del 2019, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., dell'art. 16-*septies* dl n. 179/2012[35], nella parte in cui prevede l'applicabilità dell'art. 147 cpc anche alla notifica eseguita

32. Come modificato dall'art. 1, comma 38, l. 28 giugno 2012, n. 92 («Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita»).

33. Ai sensi dell'art. 32, comma 3, lett. *c*, l. n. 183/2010, le disposizioni di cui all'art. 6 l. n. 604/1966 si applicano anche «al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento».

34. Al riguardo, la Corte specifica espressamente che, per i fini che qui occupano, costituisce ricorso ordinario (in base al consolidato orientamento giurisprudenziale) anche quello introdotto dall'art. 1, comma 48, l. n. 92/2012, per l'impugnazione di quei licenziamenti che ricadono nella fattispecie di cui al precedente comma 47, benché si tratti di ricorso avente un contenuto più essenziale.

35. Disposizione inserita dall'art. 45-*bis*, comma 2, lett. *b*, dl n. 90/2014 (conv., con modif., in l. n. 114/2014).

con modalità telematiche, e pertanto considera che la notifica eseguita dopo le ore 21 si perfezioni (per il notificante) soltanto alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della relativa ricevuta.

Secondo la Corte, la *fictio iuris* che comporta il differimento al giorno seguente degli effetti della notifica eseguita dal mittente dopo le ore 21 è giustificata nei confronti del destinatario, poiché il divieto di notifica telematica dopo tale ora mira a tutelare il suo diritto al riposo in una fascia oraria nella quale egli sarebbe altrimenti costretto a un continuo controllo della casella di posta elettronica.

Lo stesso differimento appare tuttavia irragionevole nei confronti del mittente; esso, infatti, comporta un immotivato pregiudizio al pieno esercizio del diritto di difesa (segnatamente, nella fruizione completa dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio, anche nella sua essenziale declinazione di diritto a impugnare), poiché gli impedisce di utilizzare appieno il termine utile per approntare la propria difesa, che, nel caso di impugnazione, scade allo spirare della mezzanotte dell'ultimo giorno.

Tale ultimo impedimento, infatti, non è in alcun modo funzionale alla tutela del diritto al riposo del destinatario, e opererebbe quantunque il mezzo tecnologico consenta il pieno utilizzo del termine.

Inoltre, la Corte ha ritenuto irrazionale la restrizione delle potenzialità che caratterizzano e diversificano il sistema telematico rispetto al sistema tradizionale di notificazione, legato all'apertura degli uffici; in tal modo, infatti, si finirebbe con il recidere l'affidamento che lo stesso legislatore ha ingenerato nel notificante immettendo il sistema telematico nel circuito del processo.

L'illegittimità della norma censurata è stata così superata, con la sentenza di accoglimento, mediante applicazione della regola generale di «scindibilità soggettiva degli effetti della notificazione anche alla notifica effettuata con modalità telematiche»[36].

Con la sentenza n. 175 del 2018 (poi successivamente confermata dalle ordinanze nn. 104 del 2019 e 2 del 2020) la Corte ha invece ritenuto non fondata la questione di legittimità della cd. "notificazione diretta" da parte dell'agente di riscossione, di cui all'art. 14 l. n. 890/1982 e all'art. 1, comma 161, l. n. 296/2006, censurati nella parte in cui non prevedono che la notifica della cartella di pagamento tramite il servizio postale avvenga con l'osservanza delle forme della notificazione a mezzo posta, di cui all'art. 7 l. n. 890/1982.

Secondo la Corte, tale forma di notificazione non comporta alcun privilegio in favore dell'agente della riscossione, così da non violare l'art. 3 Cost., trovando giustificazione nella natura «sostanzialmente pubblicistica della sua posizione e della sua attività», anche a seguito della riforma del sistema nazionale di riscossione.

D'altro canto, gli scostamenti che le norme censurate presentano rispetto al regime ordinario della notificazione a mezzo del servizio postale (che costituiscono il *proprium* della semplificazione insita nella notificazione "diretta"), pur segnando un arretramento del diritto di difesa del destinatario dell'atto, non superano il limite di compatibilità con i parametri di cui agli artt. 24 e 111 Cost.; non ne riceve infatti pregiudizio il diritto del destinatario della notifica a essere posto in condizione di conoscere il tipo di atto e il suo contenuto, con l'ordinaria diligenza e senza necessità di effettuare ricerche di particolare complessità.

10. Le impugnazioni

In tema di impugnazioni, la giurisprudenza della Corte si è incentrata sulla questione relativa alla misura ripristinatoria della riapertura del processo, con specifico riferimento al mancato inserimento, fra i motivi di revocazione della sentenza di cui agli artt. 395 e 396 cpc, del caso in cui detto rimedio si renda necessario «per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

La questione è stata ritenuta non fondata con la sentenza n. 123 del 2017[37], ove è affermato che «nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo su richiesta dei

36. La dottrina non ha mancato di formulare apprezzamenti per la decisione, osservando che essa «disvela importanti riflessi sistematici, nella misura in cui il giudice delle leggi invita a valorizzare le regole del processo telematico non come fini a sé stesse, e avulse dal sistema ordinamentale del processo, bensì in termini di piena strumentalità rispetto alle esigenze processuali delle parti», e dunque indica la necessità che le norme processuali dettate in questo ambito siano interpretate alla luce delle «esigenze di tutela di cui si ergono a presidio, rifuggendo alla tentazione di interpretare ogni violazione formale in un vizio procedimentale da tradurre in una decisione di mero rito» (Così A. Merone, *La Consulta rimedia all'irragionevole* vulnus *alle potenzialità del sistema telematico: valida per il mittente la notifica effettuata a mezzo PEC tra le ore 21.00 e le 24.00*, in *Studium juris*, n. 3/2020, p. 279).

37. La decisione, quantunque riferita a un giudizio amministrativo (l'ordinanza di rimessione è dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato), contiene statuizioni direttamente riferibili alle norme codicistiche citate.

soggetti che hanno adito vittoriosamente la Corte EDU, allorquando ciò sia necessario per conformarsi alla sentenza definitiva di quest'ultima»; la Corte di Strasburgo si è infatti «limitata a incoraggiare l'introduzione della predetta misura, rimettendo, tuttavia, la relativa decisione agli Stati contraenti».

Tale diversità discende dal rilievo delle differenze fra i processi civili ed amministrativi e quelli penali: oltre al fatto che nei primi non è in gioco la libertà personale, gli stessi si caratterizzano, poi, per l'esigenza di tutelare i soggetti, diversi dal ricorrente a Strasburgo e dallo Stato, che, pur avendo preso parte al giudizio interno, non sono parti necessarie del giudizio convenzionale, sicché nei loro confronti va rispettata la certezza del diritto garantita dalla *res iudicata*.

Detta ultima esigenza, in particolare, importa una ponderazione – alla luce dell'art. 24 Cost. – fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, che spetta in via prioritaria al legislatore; anche se, ha evidenziato in proposito la Corte, una tale opera «sarebbe certamente resa più agevole da una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi, per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della stessa Corte EDU».

Con l'ordinanza n. 19 del 2018 e la sentenza n. 93 del 2018, la Corte ha confermato tale impostazione[38]; e anche nella seconda di tali decisioni, in particolare, la Corte ha ribadito l'auspicio di un sistematico coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale, ovvero di un intervento del legislatore che permetta di conciliare il diritto di azione delle parti vittoriose a Strasburgo con quello di difesa dei terzi.

Infine, la sentenza n. 58 del 2020 ha ritenuto non fondata la censura di illegittimità dell'art 354 cpc, in riferimento a diversi parametri, «nella parte in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di un'erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti».

Secondo la Corte, la tassatività delle ipotesi di remissione al primo giudice costituisce espressione della discrezionalità del legislatore in ambito processuale, in termini che superano il vaglio di non manifesta irragionevolezza; né, del resto, il principio del *simultaneus processus* gode di garanzia costituzionale, «trattandosi di un mero espediente tecnico finalizzato, laddove possibile, a realizzare un'economia dei giudizi e a prevenire il conflitto tra giudicati», cosicché il diritto alla difesa e a un giusto processo non ne subiscono pregiudizio, potendo la pretesa sostanziale dell'interessato esser fatta valere «nella competente, pur se distinta, sede giudiziaria con pienezza di contraddittorio e difesa».

11. Le spese

In materia di spese, due rilevanti decisioni hanno anzitutto riguardato i presupposti per l'adozione di statuizioni diverse, o "speciali", rispetto all'ordinario criterio della soccombenza.

Con la sentenza n. 77 del 2018[39], concernente i presupposti per la compensazione delle spese di lite da parte del giudice, la Corte ha anzitutto precisato che deve ritenersi consentito al giudice – il quale dubiti della legittimità costituzionale della sola disposizione che governa le spese di lite, e di cui si debba fare applicazione – di sospendere il giudizio limitatamente alla relativa pronuncia, decidendo per il resto la causa nel merito.

Il legame di accessorietà tra la pronuncia nel merito e quella sulle spese è infatti recessivo rispetto all'operatività del principio della ragionevole durata del processo «coniugato con il *favor* per l'incidente di legittimità costituzionale», il che suggerisce «che non sia ritardata la decisione del merito della causa, rispondendo ciò all'interesse apprezzabile delle parti alla sollecita definizione di quanto possa essere deciso senza fare applicazione della disposizione indubbiata».

Posta tale premessa, la Corte ha poi ritenuto l'illegittimità dell'art. 92, cpv., cpc nella parte in cui non consente al giudice di disporre la compensazione delle spese anche qualora sussistano "altre" gravi ed eccezionali ragioni, analoghe a quelle indicate in modo tassativo dalla disposizione stessa (ossia l'«assoluta novità della questione trattata» e il «mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti»).

In tal senso, ricostruita l'origine storica della norma in scrutinio – con particolare riguardo alla genesi della scelta legislativa di circoscrivere la compensazione, in deroga al principio di soccombenza, alla (generica) ricorrenza di «gravi ed eccezionali ragioni», come previsto dall'art. 92 cpc prima dell'ultimo intervento riformatore –, la Corte ha ritenuto che la

38. Solo la seconda decisione concerne direttamente il processo civile, riferendosi anche la prima a un giudizio amministrativo.

39. Alla quale ha fatto seguito, con declaratoria di inammissibilità per intervenuta illegittimità della norma censurata, l'ordinanza n. 190 del 2018.

successiva introduzione di due sole ipotesi tassative non superi positivamente lo scrutinio di legittimità.

In primo luogo, infatti, una tale limitazione contrasta con i principi di ragionevolezza ed eguaglianza, poiché attribuisce valore tassativo a un novero di ipotesi aventi invece mero carattere paradigmatico e semplice funzione parametrica ed esplicativa, in quanto riconducibili alla stessa *ratio* che giustifica la deroga al principio della soccombenza.

Inoltre essa contrasta con i parametri di cui agli artt. 24 e 111 Cost., «perché la prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite, anche in qualsiasi situazione del tutto imprevista ed imprevedibile, può costituire per la parte una remora ingiustificata a far valere i propri diritti[40]».

La sentenza n. 139 del 2019 ha invece deciso una questione di legittimità dell'art. 96, comma 3, cpc.

Le censure del remittente si appuntavano, nella specie, sulla mancata previsione dell'entità minima e massima dell'importo del quale il giudice può disporre il pagamento a carico della parte istante o resistente con dolo o colpa grave; siffatta omissione, assegnando al giudice un potere ampiamente discrezionale, palesava al rimettente un contrasto con la riserva di legge stabilita dall'art. 23 Cost., nonché con il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

La Corte ha ritenuto inammissibile quest'ultima censura – poiché il parametro evocato riguarda le sole sanzioni penali e quelle amministrative di natura punitiva, non già l'imposizione di prestazioni patrimoniali – e non fondata la prima.

A tale ultimo riguardo, la sentenza ha osservato: che la previsione di determinazione equitativa della somma oggetto di condanna ha sufficiente base legale (tenuto conto dell'ambito processuale che occupa, caratterizzato da ampia discrezionalità del legislatore); che il criterio equitativo si pone come integrazione, e non come alternativa, alle regole di diritto[41]; che nella fattispecie, peraltro, deve intendersi richiamato il criterio di proporzionalità adottato nelle tariffe forensi, e la somma va dunque rapportata alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa.

Infine, la sentenza n. 135 del 2019 ha riguardato il tema del patrocinio a spese dello Stato.

Nell'occasione, la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 143, comma 1, dPR n. 115/2002 (testo unico sulle spese di giustizia) nella parte in cui non prevede che siano anticipati dall'erario gli onorari e le spese spettanti al difensore d'ufficio di genitore irreperibile, nei processi per la dichiarazione di adottabilità di minori in condizioni di abbandono.

Un tale diniego appare infatti irragionevole rispetto alla corrispondente previsione relativa al processo penale, che dispone invece l'anticipazione del compenso al difensore d'ufficio di persona irreperibile; ad avviso della Corte, questa disparità di trattamento «è resa ancor più priva di giustificazione dall'esistenza di significativi profili di omogeneità tra i due citati processi, in relazione alla natura degli interessi in gioco e al ruolo del difensore chiamato ad apprestarvi tutela, e dal fatto che essa non deriva da una scelta definitiva del legislatore, ma dalla sua inerzia nell'emanare la specifica disciplina in materia, richiesta dalla stessa norma censurata».

12. Il processo esecutivo

Diversi profili che variamente intersecano il tema dell'effettività della tutela sono stati interessati da alcune pronunzie concernenti la disciplina del processo esecutivo.

In tema di pignoramento, la sentenza n. 172 del 2019 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale – sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 24, primo e secondo comma, 81 e 111, primo, secondo, sesto e settimo comma, Cost. – dell'art. 549 cpc[42], nella parte in cui, con riferimento al pignoramento presso terzi, stabilisce le forme del nuovo procedimento per l'accertamento dell'obbligo del terzo pignorato in caso di "contestazioni" sulla sua dichiarazione, caratterizzandolo come accertamento sommario davanti allo stesso giudice dell'esecuzione.

La censura, avente ad oggetto la scelta legislativa di un'istruttoria "deformalizzata", è stata disattesa sul rilievo della conformità della norma indubbiata all'obiettivo di assicurare la ragionevole durata del

40. In chiusura, sul punto, la Corte ha peraltro evidenziato, in un'ottica di «riconduzione a legittimità della disposizione censurata», che il legislatore è ritornato alla tecnica normativa della clausola generale delle «gravi ed eccezionali ragioni», novellando la disciplina del processo tributario con la previsione della possibilità di compensare in tutto o in parte le spese del giudizio, oltre che in caso di soccombenza reciproca, anche «qualora sussistano gravi ed eccezionali ragioni» che devono essere espressamente motivate.

41. Più in particolare, la Corte ha specificato al riguardo che l'equità «viene in rilievo come canone di giudizio per la decisione della lite», in termini corrispondenti a quanto previsto dal codice di rito per le decisioni del giudice di pace relative a controversie di minor valore, parametro da ritenersi necessariamente integrato dai «principi regolatori della materia» di cui all'art. 339, terzo comma, cpc.

42. Quest'ultimo nel testo modificato dall'art. 1, comma 20, n. 4, l. n. 228/2012 e come successivamente riformulato dall'art. 13, comma 1, lett. *m-ter*, dl n. 83/2015, conv., con modif., nella l. n. 132/2015.

processo, posto che risultano rispettati i principi fondamentali che lo governano, quali il diritto di difesa – poiché gli accertamenti del giudice vengono compiuti nel contraddittorio – e la sindacabilità del provvedimento che definisce il giudizio (il quale, succintamente motivato, è impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 cpc, e soggetto anche al ricorso straordinario per Cassazione).

Sempre in tema di pignoramento, l'ordinanza n. 91 del 2017 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost., dell'art. 545, comma 4, cpc, nella parte in cui non prevede l'impignorabilità assoluta della parte di retribuzione necessaria a garantire al lavoratore i mezzi indispensabili alle sue esigenze di vita, ovvero, in via subordinata, nella parte in cui non prevede le medesime limitazioni in materia di pignoramento per crediti tributari disposte dall'art. 72-*ter* dPR n. 602/1973.

Al riguardo, richiamando le considerazioni già svolte con la sentenza n. 248 del 2015, la Corte ha precisato che la tutela della certezza dei rapporti giuridici, in quanto collegata agli strumenti di protezione del credito personale, non consente di negare in radice la pignorabilità degli emolumenti, ma soltanto di attenuarla in casi eventuali e particolari, la cui individuazione è riservata alla discrezionalità del legislatore.

Mette conto, inoltre, menzionare la sentenza n. 90 del 2019, resa in tema di compenso agli ausiliari per la vendita immobiliare.

La censura aveva ad oggetto l'art. 161, comma 3, disp. att. cpc – nella parte in cui prevede che il compenso dell'esperto venga calcolato in base al ricavato realizzato dalla vendita del bene, e che, prima della vendita, non possano essere liquidati acconti in misura superiore al 50 per cento del valore di stima – censurato per contrasto, fra l'altro, con il principio di ragionevolezza.

Nel ritenere non fondata tale censura, la Corte ha anzitutto osservato che la finalità della norma è porre rimedio a prassi distorte, che inducono ad attribuire valori di stima spropositati al solo scopo di conseguire compensi più cospicui; ma la repressione di tale fenomeno patologico non esaurisce gli obiettivi del legislatore.

Vi è infatti, e anzitutto, uno scopo di armonizzazione e semplificazione, che si realizza recependo, per il settore delle espropriazioni immobiliari, un criterio di determinazione del compenso dell'esperto già applicato in quelle mobiliari (l'art. 518, comma 3, cpc, come introdotto dall'art. 6, comma 1, l. n. 52/2006).

Inoltre, la finalità di contenimento dei costi e di razionalizzazione non è perseguita con mezzi sproporzionati, e tali da comportare un sacrificio arbitrario del diritto del professionista a essere adeguatamente remunerato per l'opera svolta. Il legislatore, sotto tale profilo, ha esercitato la propria discrezionalità in modo non irragionevole, contemperando tale diritto «con la doverosa considerazione del carattere pubblicistico dell'incarico» e perciò con l'obiettivo «di non gravare la procedura di costi eccessivi, che potrebbero pregiudicare la stessa tutela esecutiva del credito».

La pronunzia conclude indicando la possibilità che un compenso adeguato per l'ausiliario sia determinato dal giudice con ricorso ai parametri normativi e ai criteri ivi indicati[43], poiché l'ordinamento offre «gli strumenti più efficaci per proporzionare il compenso alla difficoltà dell'incarico e alla più vasta gamma dei compiti, senza dar luogo a duplicazioni di sorta e senza svilire l'impegno assicurato dall'ausiliario».

Infine, in tema di esecuzione esattoriale, la sentenza n. 114 del 2018 ha dichiarato illegittimo, per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., l'art. 57, comma 1, lett. *a*, dPR n. 602/ 1973, come sostituito dall'art. 16 d.lgs n. 46/1999, nella parte in cui non prevede che anche in tale ambito siano ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 cpc.

La Corte ha ritenuto che tale omissione, pur non determinando alcun vuoto di tutela nel caso di opposizione riguardante la regolarità formale e la notificazione del titolo esecutivo sotto la giurisdizione del giudice tributario, assume rilievo nei diversi casi in cui questa giurisdizione non sussista (come nel caso di opposizione agli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento), in quanto «confligge frontalmente con i parametri evocati, dovendo essere assicurata in ogni caso una risposta di giustizia a chi si oppone alla riscossione coattiva».

La peculiarità dei crediti tributari non giustifica, infatti, che una tutela non possa essere riconosciuta se non dopo la chiusura della procedura di riscossione, e in termini meramente risarcitori; la possibilità di attivare il sindacato del giudice su atti immediatamente lesivi è coessenziale al diritto di difesa, e non può quindi ritenersi legittimo escludere o limitare (a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti) la tutela giurisdizionale contro gli atti della p.a.

43. La motivazione menziona in proposito l'art. 4 l. n. 319/1990, recante «Compensi spettanti ai periti, ai consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria», che prevede il criterio residuale delle vacazioni.

13. Le soluzioni alternative alla disputa

Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie individuati dal legislatore in forma di percorsi a finalità deflattiva, necessariamente propedeutici all'instaurazione della lite, oggetto di un nutrito dibattito fra gli interpreti e gli addetti ai lavori, hanno interessato anche il Giudice delle leggi fin da epoca immediatamente successiva alla loro introduzione.

Con la sentenza n. 272 del 2012, la Corte aveva dichiarato illegittima, per eccesso di delega, la norma che prevedeva la mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale; il dl n. 69/2013 ha così reintrodotto la mediazione civile quale condizione di procedibilità delle domande giudiziali relative a talune materie.

Tale ultima previsione è stata nuovamente censurata tanto in sé, quanto in relazione al previsto obbligo di pagamento (di importo pari al valore del contributo unificato per la lite) per il caso in cui la parte istante non abbia previamente esperito il relativo tentativo; il dubbio di costituzionalità si è fondato, anzitutto, sul difetto del carattere di urgenza tale da giustificare un intervento con decreto (evincibile, nella prospettazione del rimettente, dal fatto che lo stesso decreto prevedeva l'applicazione differita della condizione di procedibilità); quindi sul rilievo del difetto di coerenza funzionale con la materia del decreto stesso.

Con la sentenza n. 97 del 2019 la Corte ha ritenuto non fondate le questioni; per un verso, infatti, ha rilevato che l'urgenza «non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge»; e, per il restante profilo di censura, che la coerenza funzionale della previsione può ravvisarsi nella «omogeneità finalistica» che caratterizza l'obbligo di mediazione preventiva, che appare comunque funzionale all'unico scopo – sotteso al decreto – «di approntare rimedi urgenti anche là dove ne sia stata procrastinata l'applicabilità».

La Corte ha infine dissipato gli ulteriori dubbi di costituzionalità riferiti al principio di uguaglianza, e segnatamente alle difformità che emergerebbero, nell'ambito del procedimento monitorio, fra la disciplina censurata e quella relativa alle cause per le quali è prevista la negoziazione assistita, incombente non necessario ove il giudizio a cognizione piena venga introdotto con opposizione a decreto ingiuntivo.

Il diverso trattamento è infatti giustificato dalla specialità del procedimento di mediazione, connotato dal ruolo centrale svolto da un soggetto, il mediatore, terzo e imparziale; la stessa neutralità non è invece ravvisabile nella figura dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di negoziazione assistita.

14. La ragionevole durata del processo civile e il diritto all'equo indennizzo

Infine, si è arricchita anche nell'ultimo triennio la già nutrita produzione giurisprudenziale in materia di ragionevole durata del processo civile, in esito a questioni sollevate con riferimento alla l. n. 89/2001 (cd. "legge Pinto"), sulla quale il legislatore è peraltro intervenuto a più riprese fino al 2015.

La sentenza n. 88 del 2018 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 della legge Pinto[44], nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione possa essere proposta, una volta superato il termine di ragionevole durata, in pendenza del procedimento presupposto.

La decisione della Corte si è innestata sul contenuto di una precedente pronunzia (la sentenza n. 30 del 2014) che, pur ritenendo inammissibile la questione per la mancanza di "rime obbligate" cui conformare la richiesta pronuncia additiva, aveva tuttavia rilevato una carenza, in tal senso, nella legislazione nazionale, e rivolto un monito affinché si ponesse rimedio all'eccessivo protrarsi di tale *vulnus*.

E proprio tale riscontrato *vulnus*, ad avviso della Corte, non è stato efficacemente rimosso dal legislatore, poiché «i rimedi preventivi introdotti (...) non sono destinati a operare in tutte le ipotesi (tra cui quelle al vaglio nei giudizi *a quibus*) nelle quali, a quella data, la durata del processo abbia superato la soglia della ragionevolezza, risultando quindi privi di effettività rispetto ad essa».

Secondo la Corte, pertanto, rinviare l'attivazione dell'unico strumento disponibile a un momento successivo alla conclusione del procedimento-presupposto «significa inevitabilmente sovvertire la *ratio* per la quale è concepito, connotando di irragionevolezza la relativa disciplina».

Con la sentenza n. 121 del 2020, la Corte ha deciso – nel senso della non fondatezza – la questione di legittimità inerente all'inammissibilità della domanda di equo indennizzo per il caso di mancato esperimento dei cd. rimedi preventivi (introduzione del giudizio nelle forme del procedimento sommario di cognizione, o corrispondente richiesta di passaggio di rito *ex* art. 183-*bis* cpc, ovvero decisione a seguito di trattazione orale).

La questione era stata formulata con espresso richiamo alla sentenza n. 34 del 2019, che – a dire

44. Come sostituito dall'art. 55, comma 1, lett. *d*, dl n. 83/2012, conv. con modif. in l. n. 134/2012.

del rimettente – concerneva una fattispecie «del tutto analoga»; con tale decisione, infatti, la Corte aveva dichiarato illegittimo l'art. 54, comma 2, dl 25 giugno 2008, n. 112, laddove prevedeva la "improponibilità" della domanda di equa riparazione se, nel giudizio amministrativo presupposto, non fosse stata presentata l'istanza di prelievo di cui all'art. 71, comma 2, del codice del processo amministrativo.

In questo secondo caso, tuttavia, la Corte ha evidenziato la profonda differenza fra la norma censurata e quella (pretesamente) corrispondente nel processo amministrativo[45]; la prima, infatti, «subordina l'ammissibilità della domanda di equo indennizzo per durata non ragionevole del processo, non già alla proposizione di un'istanza con effetto dichiarativo di un interesse già incardinato nel processo e di mera "prenotazione della decisione" – che si riduce ad un adempimento puramente formale – bensì alla proposizione di possibili, e concreti, "modelli procedimentali alternativi", volti ad accelerare il corso del processo, prima che il termine di durata massima sia maturato».

Secondo la Corte, dunque, l'effettivo mutamento dello schema decisorio non dipende direttamente da una richiesta della parte (che non comporta alcun vincolo per il giudicante), ma dalla valutazione dell'opportunità o meno di aderirvi, che spetta esclusivamente al giudice di merito.

Di particolare interesse è, infine, la sentenza n. 12 del 2020, con la quale la Corte ha ritenuto non fondata la questione sollevata in relazione al mancato riconoscimento del diritto a equo indennizzo nelle procedure di liquidazione coatta amministrativa (lca).

La Corte ha escluso la sussistenza del denunziato *vulnus* al principio di uguaglianza, evocato con riferimento alle altre procedure concorsuali, evidenziando che nell'ambito della lca si configura, rispetto a queste, una distinta posizione creditoria.

La lca, infatti, «coinvolge interessi pubblici preminenti (rispetto a quelli prettamente esecutivi)»; inoltre, «la posizione dei creditori non è priva di tutela, a fronte dei ritardi nello svolgimento della procedura, potendosi essi avvalere degli ordinari rimedi riparatori (legge n. 241 del 1990, art. 2-bis, comma 1)».

15. Conclusioni

All'esito di questo percorso espositivo, può essere opportuno domandarsi quali indicazioni ne provengano per il giudice civile, al quale, per primo, spetta – quale dovere posto a pena di inammissibilità della questione[46] – di procedere all'interpretazione conforme alla Costituzione delle norme che governano il contenzioso sottoposto alla sua giurisdizione.

Il panorama delle decisioni esaminate evidenzia, anzitutto, che nei (non rari) casi in cui le questioni hanno prospettato una violazione dell'art. 3 Cost., la Corte ha reso indicazioni nitide con riferimento alle ipotesi di contrasto tanto con il principio di uguaglianza, quanto con il canone di ragionevolezza della norma.

Sotto il primo profilo, in particolare, la Corte si è mostrata assai rigorosa nel valutare l'adeguatezza dei *tertia comparationis* evocati dai giudici rimettenti; l'indicazione che se ne trae è dunque quella di rifuggire ogni tentativo di sovrapporre fattispecie semplicemente "assonanti", e di tenere invece conto di tutti i profili che caratterizzano le norme dedotte come termini di paragone, soprattutto di quelli funzionali e teleologici.

Un identico rigore la Corte ha poi dimostrato nello scrutinio del rispetto del canone di ragionevolezza intrinseca; in tal senso, la raccomandazione che può trarsi per il giudice comune è quella di tenere conto di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti che risultano coinvolti nella previsione normativa scrutinata, e di procedere al relativo bilanciamento verificando che esso non sia stato «realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale[47]».

In diversi casi, come si è osservato, i giudici hanno ravvisato limitazioni al diritto alla difesa, spesso tali da ridondare anche in violazioni del principio del "giusto processo"; su tali profili, le decisioni appaiono concordi nel muovere dal necessario presupposto del preliminare accertamento circa il fatto che la specifica tutela di cui si ipotizza la lesione goda, in sé considerata, di copertura costituzionale, o non

45. Differenza sussistente, per vero, anche rispetto alla previsione di cui all'art. 2, comma 2-*quinquies*, lett. *e* della legge Pinto, a mente del quale «non è riconosciuto alcun indennizzo (...) quando l'imputato non ha depositato istanza di accelerazione del processo penale nei trenta giorni successivi al superamento dei termini» di sua ragionevole durata, nel frattempo dichiarata illegittima con la sentenza n. 169 del 2019.

46. In punto alla necessità di tale incombente, prodromica alla proposizione della questione, la Corte afferma ormai costantemente che le leggi «non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché sia possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionalmente compatibili», e che di fronte a una pluralità di interpretazioni possibili di una disposizione, i giudici sono tenuti a ricercare e preferire quella costituzionalmente adeguata (vds., fra le numerose altre, sent. n. 113 del 2015; ord. n. 15 del 2011)

47. Così, per tutte, la sentenza n. 239 del 2018.

si limiti a costituire una forma specifica di presidio, adottata dal legislatore ordinario nella cornice di un più ampio principio.

Laddove, infine, il giudice denunzi un'invasione degli ambiti di competenza legislativa, la Corte ha significato in modo espresso che il rispetto del riparto costituzionale delle competenze va verificato avendo cura di individuare con precisione la materia oggetto dell'intervento normativo in esame, tenendo conto, soprattutto, della *ratio* e della finalità della disciplina che essa stabilisce, e «tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato»[48].

48. In tal senso, fra le altre, la sentenza n. 116 del 2019.

Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale

di *Pier Luigi Tomaiuoli*

Lo scritto si propone di esaminare alcune delle più significative pronunce della Corte costituzionale rese nell'ultimo lustro nella materia amministrativa, analizzandone, in particolare, i contenuti, le *rationes* e i residui profili problematici. Le sentenze oggetto di esame, che tagliano trasversalmente il moderno diritto amministrativo, mostrano una Corte costituzionale forte, che negli ultimi anni, anche in questa materia, ha riscoperto la sua assoluta centralità nell'architettura costituzionale.

1. Premessa / 2. Il vincolo costituzionale di tutela dell'interesse legittimo, tra istanze risarcitorie e caducatorie / 3. La natura "primariamente" soggettiva della giurisdizione amministrativa / 4. Le pressioni "esterne" sul giudizio amministrativo: dal contrasto del giudicato con le sopravvenute sentenze della Corte Edu alla giurisdizione "dinamica" / 5. La Scia e la tutela del terzo / 6. Conclusioni

1. Premessa

Il diritto amministrativo, come tutti gli operatori del settore sanno, è da sempre pane quotidiano per la Corte costituzionale, e lo è tanto nei giudizi principali quanto in quelli incidentali.

Negli ultimi anni, poi, le importanti riforme sostanziali e processuali che in questa materia si sono incessantemente susseguite hanno originato – complici un legislatore spesso sciatto o distratto e, a volte, un eccesso di "protagonismo" degli interpreti – numerosi problemi ermeneutici, anche di sistema, spesso convogliati, a torto o ragione, in questioni di legittimità costituzionale.

Obiettivo di questo articolo è quello di guardare da vicino ad alcuni degli arresti della Corte costituzionale, esaminandone gli aspetti più rilevanti, le ragioni delle decisioni e le eventuali questioni irrisolte.

La scelta delle sentenze oggetto di approfondimento, per quanto ispirata al criterio del maggiore interesse per gli studiosi del settore, resta inevitabilmente soggettiva e non può che risentire della sensibilità personale dell'Autore.

Per rendere più agevole la lettura, l'esame verrà condotto per aree tematiche, pur nella consapevolezza che esse si prestano a continue sovrapposizioni, in ragione sia della stretta connessione che spesso le avvince sia del frequente ricorrere dei medesimi parametri della Carta fondamentale (artt. 3, 24, 97, 103, 113, 117, primo comma, Cost.), che nel diritto amministrativo fanno da sfondo costante alle questioni di legittimità costituzionale.

Non deve poi stupire che la maggior parte di quest'ultime cada su norme processuali o involva comunque la fase dinamica del processo, poiché a proposito dell'interesse legittimo – che ancora oggi è il cuore pulsante del diritto amministrativo – l'obiettivo primario dei Costituenti è stato quello di assicurare, al pari dei diritti soggettivi, una tutela giurisdizionale effettiva.

2. Il vincolo costituzionale di tutela dell'interesse legittimo, tra istanze risarcitorie e caducatorie

In questo paragrafo l'attenzione cade su due sentenze della Corte che, da angolazioni diverse, toccano il tema, ancora oggi molto discusso, delle possibili declinazioni della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo e, in particolare, dell'azione risarcitoria e dei suoi rapporti con quella di annullamento: si tratta delle sentenze n. 94 del 2017 e n. 160 del 2019.

Con la prima, la Corte ha deciso, nel senso della non fondatezza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3 del codice del processo amministrativo[1], nella parte in cui stabilisce che «[l]a domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo», sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: Cedu).

Secondo il Tar Piemonte rimettente, anche per tale azione risarcitoria e non soltanto per quella diretta a far valere il danno per lesione di diritti soggettivi, il legislatore avrebbe dovuto prevedere l'ordinario termine prescrizionale o altro congruo termine della stessa natura; in ogni caso, non avrebbe dovuto indicare un termine di «soli» centoventi giorni[2].

La norma sospettata d'incostituzionalità – è noto – rappresenta un delicato punto di equilibrio[3], individuato dal legislatore per porre fine a oltre un decennio di tensioni tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato sul tema della cd. pregiudiziale amministrativa, tensioni originate della storica sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite, che ha meritoriamente aperto al risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo.

La Corte osserva che la soluzione individuata dal codice è stata quella di lasciare al danneggiato la scelta tra l'azione di condanna in via autonoma (comma 3) e quella da esperirsi contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento illegittimo o finanche successivamente al passaggio in giudicato della relativa sentenza (comma 5), assoggettando in entrambi i casi la proponibilità della domanda risarcitoria al termine di decadenza di centoventi giorni, sia pure decorrente da momenti differenti.

Il punto di partenza – e in realtà anche di approdo – del ragionamento della Corte è che il codice del processo amministrativo ha quindi introdotto «una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa».

La norma sospettata d'incostituzionalità, cioè, fa parte di un meccanismo complessivo che non riduce, ma incrementa il livello di tutela dell'interesse legittimo, ed è alla luce di tale rilievo di fondo che vanno poi lette le specifiche motivazioni addotte in sentenza per respingere tutte le diverse censure avanzate dal rimettente.

In particolare, non fondata è ritenuta la censura di (manifesta) irragionevolezza, considerate da un lato, l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella configurazione degli istituti processuali (intesi in senso lato, sino a ricomprendere i termini decadenziali e prescrizionali e le altre disposizioni condizionanti l'azione) e, dall'altro, la finalità della norma

1. Allegato 1 al d.lgs 2 luglio 2010, n. 104 («Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo»).

2. Questioni sostanzialmente identiche, sia pur con riferimento al comma 5 dell'art. 30, erano state sollevate dal Tar Sicilia e dal Tar Liguria. La Corte, tuttavia, le aveva dichiarate inammissibili, rispettivamente, con la sentenza n. 280/2012 e con l'ordinanza n. 57/2015.

3. F. Patroni Griffi, *A 20 anni dalla sentenza n. 500-1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, presentazione generale del congresso tenutosi a Palazzo Spada, Roma, 16 dicembre 2019, www.giustizia-amministrativa.it/-/a-20-anni-dalla-sentenza-n-500-1999-attivita-amministrativa-e-risarcimento-del-danno-, il quale osserva che il codice del processo amministrativo «ridisegna l'armamentario delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo e conseguentemente la tipologia delle pronunce di questi. E disciplina esplicitamente, all'art. 30, il rapporto tra azione di annullamento e azione di condanna, con un compromesso che potrà far storcere il naso a qualche purista ma che mi sembra abbia funzionato quanto basta nella pratica». Sulla natura di compromesso della norma in esame si vedano anche F.F. Pagano, *Il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e il termine di decadenza per proporre l'azione autonoma di condanna nel processo amministrativo (nota a Corte cost. n. 94 del 2017)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017 (20 luglio), www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Pagano%20definitivo.pdf ; E.M. Barbieri, *Il danno patrimoniale da provvedimento illegittimo tra prescrizione e decadenza*, in *Nuovo notiziario giuridico*, n. 2/2011, p. 464; M. Nunziata, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, in *Federalismi*, n. 19/2011, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=18915.

di individuare un «coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria[4], secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile)»[5].

E ciò ancor più ove si consideri che «il bilanciamento operato risponde anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa»[6].

Parimenti non fondata è la dedotta censura di violazione del principio di eguaglianza, poiché «[l]a necessità che davanti al giudice amministrativo sia assicurata al cittadino la piena tutela, anche risarcitoria, avverso l'illegittimo esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004) non fa scaturire, come inevitabile corollario, che detta tutela debba essere del tutto analoga all'azione risarcitoria del danno da lesione di diritti soggettivi», essendo evidente che le due situazioni giuridiche soggettive poste a raffronto (diritti soggettivi e interessi legittimi) sono differenti: «entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela»[7].

Ancora non fondata è ritenuta la censura di violazione del diritto di difesa e del principio di generalità ed effettività della tutela giurisdizionale basata sulla presunta brevità del termine assegnato alla parte per

4. Si è criticamente osservato che l'esigenza di certezza, presidiata dall'annullamento, riguarderebbe solo il rapporto giuridico amministrativo "puro", ossia l'assetto d'interessi definito con il provvedimento amministrativo (F.G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/2017, p. 980). In senso contrario, tuttavia, non può essere obliterato che la prospettazione di un'azione risarcitoria ben può indurre l'amministrazione all'annullamento in autotutela (oggi nei più ristretti limiti di cui all'art. 21-*novies* l. n. 241/1990) e alla conseguente rideterminazione dell'assetto d'interessi ormai consolidato. Nella relazione illustrativa al codice del processo amministrativo si afferma, al riguardo: «[s]i è optato per l'autonoma esperibilità della tutela risarcitoria per la lesione delle posizioni di interesse legittimo, prevedendo per l'esercizio di tale azione un termine di decadenza di quattro mesi – sul presupposto che la previsione di termini decadenziali non è estranea alla tutela risarcitoria, vieppiù a fronte di evidenti esigenze di stabilizzazione delle vicende che coinvolgono la pubblica amministrazione – e affermando l'applicazione di principi analoghi a quelli espressi dall'art. 1227 c.c. per quanto riguarda i danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell'azione di annullamento». Tali due aspetti (la previsione di un termine decadenziale e la limitazione dello spettro dei danni risarcibili) rappresentano proprio i punti di maggiore specialità dell'azione risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo introdotta dal cpa: E.M. Barbieri, *Il danno patrimoniale*, *op. cit.*; G. Greco, *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in *Giustamm.it*, n. 12/2010; M. Nunziata, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia?*, *op. cit.* Sull'esigenza di certezza anche con riferimento all'azione risarcitoria vds., tra gli altri, anche A. Caldarera, *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la pregiudiziale amministrativa? Poche battute a margine della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3 e dell'ordinanza del T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 7 settembre 2011, n. 1628*, in *Giustamm.it*, n. 11/2011.

5. Le stesse sezioni unite della Corte di cassazione, nella nota sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, hanno affermato che è «nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione, come si è visto quando ha assoggettato in campo societario al medesimo termine l'azione di impugnazione e quella di risarcimento spettante ai soci non legittimati all'esercizio della prima».

6. E.M. Barbieri, *Il danno patrimoniale*, *op. cit.*: «La strumentalità delle regole processuali credo non vada necessariamente e sempre sacrificata ad astratte premesse dogmatiche, ma dovrebbe piuttosto essere verificata sul terreno concreto dei risultati che si intende conseguire ed assicurare. In particolare, poi, nel caso di rapporti con la pubblica amministrazione mi riesce ancora più difficile pensare che esistano esigenze di certezza relativamente alla sorte del provvedimento e non anche agli effetti conseguenti alla illegittimità di esso, come se la concreta correttezza dei bilanci pubblici sia una variabile secondaria, assoggettabile a termini potenzialmente privi di ogni limite».

7. La tesi contraria (vds., ad esempio, A. Masaracchia, *Una doppia esigenza: effetti giuridici stabili e bilanci Pa più solidi*, in *Guida al diritto*, n. 22/2017, p. 103) si fonda su una sostanziale parificazione, a fini risarcitori, delle due situazioni giuridiche sostanziali, secondo la lettura dell'art. 2043 cc offerta dalla Corte di cassazione con la nota sentenza n. 500 del 22 luglio 1999. Essa, tuttavia, non tiene in considerazione le novità non solo processuali ma anche sostanziali apportate dall'art. 30 cpa. Sul punto A. Travi, *Nota a Corte costituzionale sentenza 4.5.2017, n. 94*, in *Foro it.*, 2017, c. 2592, osserva: «gli argomenti accolti dalla Corte costituzionale rilevano anche più in generale sull'interpretazione del principio di eguaglianza, ai sensi dell'art. 3 Cost. Se è vero, come sembra ragionevole, che questo principio interpella a ricercare una giustificazione effettiva ogni qual volta sia prospettata una disciplina "speciale", la specialità, alla stregua di quanto ritiene la Corte, va riconosciuta immanente rispetto ad ogni situazione riconducibile a un potere amministrativo, perché è sufficiente un riferimento, anche solo indiretto (come è nel caso del diritto al risarcimento del danno in esame), alla distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo»; nonché F. Cortese, *Autonomia dell'azione di condanna e termine di decadenza,* in *Gior. dir. amm.*, n. 5/2017, p. 666: «la disciplina, anche sostanziale, del risarcimento degli interessi legittimi non è una epifania circostanziata dell'art 2043 c.c., ma corrisponde ad un'autonoma e speciale fattispecie, come lo stesso art. 30, comma 3, c.p.a. sembra ormai suggerire anche sul piano testuale. Basti osservare, al riguardo, che la disposizione si esprime proprio in termini di "risarcimento per lesione di interessi legittimi", sicché è assai complesso pensare che in tale espressione si possa riassumere o assorbire automaticamente ciò che la Cassazione aveva elaborato nell'ambito della già richiamata sentenza n. 500/ 1999». Nella stessa direzione, anche G. Greco, *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, *op. cit.*

agire in via risarcitoria, perché, una volta ritenuta legittima la scelta legislativa di assoggettare tale azione a decadenza (a tutela, si è detto, della certezza degli effetti del rapporto giuridico amministrativo e della stabilità dei bilanci delle pubbliche amministrazioni) e non a prescrizione, quella presunta brevità «non può essere desunta, a pena di contraddittorietà logica prima ancora che giuridica, da una comparazione con i termini che generalmente caratterizzano la seconda»; e perché il termine di centoventi giorni è significativamente più lungo di molti dei termini decadenziali previsti dal legislatore sia in ambito privatistico che pubblicistico.

Cadono, infine, le censure di violazione degli artt. 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 6 e 13 della Cedu, anch'esse incentrate, in realtà, sulla menomazione del principio di effettività giurisdizionale, dati la già lumeggiata «legittimità degli scopi perseguiti dalla norma censurata e il ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli scopi medesimi», nonché il rilievo che il termine di centoventi giorni, «di per sé ed in assenza di problemi legati alla conoscibilità dell'evento dannoso, non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione».

A ciò si aggiunge l'osservazione che il principio di equivalenza imposto da quest'ultimo è rispettato, poiché la disposizione censurata riguarda i titolari di posizioni giuridiche fondate sia sul diritto eurounitario sia su quello interno.

Con la sentenza n. 160 del 2019 la Corte è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della scelta del legislatore di riservare agli organi di giustizia sportiva la disciplina delle questioni aventi ad oggetto i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione e applicazione delle relative sanzioni sportive, e, conseguentemente, di assegnare al giudice amministrativo, in regime di giurisdizione esclusiva, la sola tutela risarcitoria, con esclusione di quella demolitoria.

La Corte ribadisce quanto già affermato con la sentenza n. 41 del 2011: tale scelta è il frutto di un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento sportivo – che trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 Cost. – e il principio costituzionale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Il «vincolo costituzionale di necessaria protezione giurisdizionale dell'interesse legittimo», cioè, se evidentemente impone di garantire sempre una tutela giurisdizionale, può sopportare l'esclusione di quella demolitoria e la sua contestuale limitazione a quella risarcitoria, ove il legislatore abbia inteso tutelare, in modo proporzionato e ragionevole, altri diritti e valori costituzionali.

Per dirla con le parole della Corte, «se è fuor di dubbio che i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale espressi dagli artt. 24 e 113 Cost. devono avere applicazione rigorosa a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari, ciò non significa che il citato art. 113 Cost., correttamente interpretato, sia diretto ad assicurare in ogni caso e incondizionatamente una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile contro l'atto amministrativo, spettando invece al legislatore ordinario un certo spazio di valutazione nel regolarne modi ed efficacia (sentenze n. 100 del 1987, n. 161 del 1971 e n. 87 del 1962)».

Rammenta la Corte di avere già affermato che il secondo comma dell'art. 113 Cost. «"non può essere interpretato senza collegarlo col comma che lo segue immediatamente e che contiene la norma, secondo la quale la legge può determinare quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge medesima. Il che sta a significare che codesta potestà di annullamento non è riconosciuta a tutti indistintamente gli organi di giurisdizione, né è ammessa in tutti i casi, e non produce in tutti i casi i medesimi effetti" (sentenza n. 87 del 1962). Ciò, fermo restando naturalmente che, affinché il precetto costituzionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost. possa dirsi rispettato, è comunque "indispensabile (...) che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza" (sentenza n. 100 del 1987)».

La Corte conclude osservando che le «limitazioni alla tutela giurisdizionale (...) non sono ignote al sistema normativo e, in particolare, non è ignota l'esclusione della tutela costitutiva di annullamento e la limitazione della protezione giurisdizionale al risarcimento per equivalente, come accade nell'ambito lavoristico, ove all'esito di un bilanciamento con altri valori costituzionali (art. 41 Cost.) "[i]l legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza" (sentenza n. 194 del 2018)»[8].

8. Nello stesso senso la Corte di cassazione, sez. unite, 13 dicembre 2018, n. 32358: «la limitazione alla sola tutela per equivalente di pregiudizi difficilmente misurabili e/o coessenziali a situazioni nelle quali l'autonomia e la stabilità dei rapporti costituisce dimensione prioritaria rispetto alla tutela reale in forma specifica, in disparte il *decisum* di C. cost. n. 49/2011, è tecnica di tutela assai diffusa e ritenuta pienamente legittima in numerosi e delicati comparti (conf. Cass., Sez. U., 15/03/2016, n. 5072 e 27/12/2017, n. 30985, in motivazione sulle tutele obbligatorie in ambito lavoristico)».

La sentenza in esame è stata oggetto di particolare attenzione, perché interviene in un momento storico in cui, nella dottrina e nella giurisprudenza amministrative, è forte il dibattito sulla fungibilità tra rimedio annullatorio e rimedio risarcitorio e, in particolare, sulla possibilità di conversione officiosa, da parte del giudice amministrativo, della domanda di annullamento in domanda risarcitoria.

A un'attenta lettura, tuttavia, non sembra lecito ritrarre dalla sentenza n. 160 del 2019 un avallo alla tesi della convertibilità dell'azione a prescindere dalla domanda di parte, e ciò perché la Corte, in realtà, conferma che la tutela annullatoria resta la regola generale di protezione dell'interesse legittimo[9] e che le eccezioni a tale regola possono giustificarsi solo all'esito di un attento e ponderato bilanciamento con altri diritti e valori costituzionali, ad opera del legislatore e non del giudice[10], a pena di violazione del fondamentale principio di separazione dei poteri.

Bene aveva fatto, dunque, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato[11] a escludere la possibilità per il giudice amministrativo, in assenza di una espressa previsione di legge[12] e di una domanda di parte, di sostituire la tutela caducatoria con quella risarcitoria.

Argomenti favorevoli alla tesi dell'equivalenza delle due forme di tutela non si possono poi trarre dalla sentenza n. 45 del 2019[13], che, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-*ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241, ha affermato che l'ordinamento complessivamente riconosce una tutela soddisfacente al terzo leso dalla segnalazione certificata d'inizio attività (d'ora in avanti: Scia), anche alla luce della titolarità dell'ordinaria azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione (e del segnalante).

Nel caso della Scia, a venire meno (per scelta, peraltro, del legislatore) non è infatti l'azione di annullamento, ma, allo scadere dei termini previsti, lo stesso potere di controllo attribuito alla pubblica amministrazione e la correlata posizione di interesse legittimo del terzo controinteressato (ferma restando, per il passato, la responsabilità risarcitoria conseguente proprio al controllo dovuto e omesso).

Le medesime considerazioni di fondo possono essere estese all'altro dibattuto tema della modulabilità d'ufficio degli effetti temporali della pronuncia di annullamento del giudice amministrativo[14], tema divenuto ancora più caldo in seguito all'uso di tale tecnica

9. Per la natura generale e ordinaria della tutela caducatoria dell'interesse legittimo vds. M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, p. 1436, nonché F.G. Scoca, *Autonomia sportiva e pienezza della tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, p. 1687, secondo cui dal sistema generale il legislatore (e non il giudice) si può allontanare solo in caso di «solide giustificazioni o situazioni eccezionali», che però l'Autore esclude ricorrano nel caso dell'ordinamento sportivo. Nello stesso senso E. Lubrano, *La giurisdizione meramente risarcitoria del giudice amministrativo in materia disciplinare sportiva: la Corte costituzionale (n. 160 del 2019) "spreca" un'occasione per la riaffermazione della effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale*, in *Federalismi*, n. 23/2019, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40772.

10. A. Masaracchia, *Una giurisdizione di tipo oggettivo compete al legislatore*, in *Guida al diritto*, n. 20/2015, p. 98; D. Turroni, *Justice delayed is (not) justice denied. L'annullamento dell'atto non è «variabile dipendente» dalla durata del processo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2016, p. 196.

11. Con la sentenza del 13 aprile 2015, n. 4, ove si è affermato che «sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo non può *ex officio* limitarsi a condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita».

12. Quale quella prevista in sede di ottemperanza dall'art. 112, comma 3, cpa, ai sensi del quale «[p]uò essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza (...) azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione» (secondo Cons. Stato, adunanza plenaria, 12 maggio 2017, n. 2, la norma introduce una ipotesi di responsabilità oggettiva dell'amministrazione).

13. Su cui si tornerà più avanti, al par. 5.

14. Ammessa dal Consiglio di Stato con la sentenza 10 maggio 2011, sez. IV, n. 2755, essa è stata implicitamente sconfessata dall'adunanza plenaria 13 aprile 2015, n. 4 (vds. nota 11). L'adunanza plenaria ha poi riaffrontato il problema in relazione al "*prospective overruling*", ritenendo di poter escludere gli effetti temporali retroattivi del principio di diritto affermato (sentenza 22 dicembre 2017, n. 13, richiamata anche da Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858) non solo in relazione alle norme processuali (come da tempo ritengono le sezioni unite della Corte di cassazione), ma anche per quelle sostanziali. Tale apertura è stata, però, riassorbita dalle successive sentenze dell'adunanza plenaria 23 febbraio 2018, n. 1, che ha ammesso l'esclusione degli effetti temporali solo per le norme processuali, a pena di compromissione del principio costituzionale di separazione dei poteri, e dalla sentenza 27 febbraio 2019, n. 5, ove si afferma che la valutazione delle «ripercussioni socio-economiche che deriverebbero» dall'esecuzione della sentenza spetta «al legislatore e non al giudice». Di recente Cons. Stato, sez. I, 30 giugno 2020, n. 1233, ha di nuovo ammesso la modulabilità degli effetti temporali della decisione di annullamento, sia pure affermando la necessità di farne un uso «avveduto» e «accorto»: «limitandolo alle sole ipotesi in cui un temperamento alla regola della caducazione retroattiva degli atti illegittimi si renda strettamente necessario per la tutela degli interessi rilevanti nel caso concreto» e «solo nelle ipotesi in cui si renda necessario per una migliore tutela degli interessi fatti valere nel giudizio in confronto con quelli pubblici e privati coinvolti. E ciò anche al fine di evitare che le esigenze di effettività della tutela trasmodino – com'è stato giustamente paventato – in situazioni di incertezza giuridica o amministrativa. In particolare tale possibilità soccorrerà allorché – come nel caso in esame – occorre evitare che l'annullamento di un atto dell'amministrazione possa generare una condizione amministrativa di vuoto regolatorio (in caso

da parte della Corte costituzionale con la nota sentenza n. 10 del 2015[15].

Anche tale possibile limitazione della tutela dell'interesse legittimo, infatti, sembra spettare, alla luce dell'art. 113 Cost. e della natura generale dello strumento caducatorio, non al giudice ma al legislatore[16], fermi restando, ovviamente, la necessità di un attento bilanciamento degli interessi e dei valori costituzionali in gioco e il conseguente controllo di (stretta) ragionevolezza affidato alla Corte.

Né, in senso contrario, si possono invocare le analoghe tecniche adottate dalla Corte di giustizia e, come detto, dalla stessa Corte costituzionale.

Alla prima, la modulazione degli effetti temporali è consentita dal Trattato[17] e dalla natura normativa delle sue pronunce, e non stupisce che la stessa Corte di giustizia abbia espressamente affermato che spetta solo ad essa autorizzare il giudice comune, caso per caso e in via eccezionale, ad «amministrare gli effetti dell'annullamento di una norma nazionale dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione»[18].

Alla seconda, ove pure la si ammetta, non solo dal

---

di annullamento di atti normativi o generali), tale da determinare effetti peggiorativi della posizione giuridica tutelata col ricorso, nel senso di pregiudicare, anziché proteggere, il bene della vita che l'interessato aspira a conseguire o mantenere». La modulabilità degli effetti temporali nei limiti in cui meglio risponda all'interesse della parte ricorrente sembra tuttavia inutile, perché in tal caso il giudice dovrà adottare una pronuncia, *in parte qua*, di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse (E. Folieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, n. 2/2012, p. 439, nonché A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti temporali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2013, p. 428), ovvero di annullamento (solo) parziale, cioè nei limiti proprio dell'interesse della parte (in questo senso la citata adunanza plenaria, n. 4/2015, nonché G.D. Comporti, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, in *Giur. it.*, n. 7/2015, p. 1692); mentre il richiamo al contemperamento con gli altri interessi in gioco attribuisce al giudice un pericoloso ruolo di "amministratore" degli effetti delle sue sentenze che la legge non gli affida.

15. La nota e molto criticata sentenza sulla cd. "*Robin Tax*", sulla quale la letteratura è sconfinata. Tra i tanti commenti si vedano L. Antonini, *Forzatura dei principi* versus *modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, p. 718; A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 1; M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in questa *Rivista online*, 18 febbraio 2015, www.questionegiustizia.it/articolo/cenni-sugli-effetti-temporali-della-dichiarazione-_18-02-2015.php; R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quad. cost.* (rass. n. 4/2015), 27 aprile 2015; P. Carnevale, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2015, p. 389; V. Onida, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta*?, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/27391_2015_10.pdf; C. Padula, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in *Federalismi*, n. 19/2015, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=30535; A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quad. cost* (rass. n. 4/2015), 3 aprile 2015; R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, *ivi*, 6 aprile 2015.

16. A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, n. 8/2011, p. 937: «[c]he l'azione di annullamento in certi casi possa non determinare la caducazione dell'atto illegittimo è pacifico, ma il punto è un altro: la Costituzione, all'art. 113, comma 3, richiede che questi casi siano individuati dal legislatore. È compito del legislatore, e non del giudice, stabilire se possa ammettersi un bilanciamento fra le ragioni della pretesa annullatoria ed esigenze divergenti: l'intermediazione della legge appare irrinunciabile. E la riserva di legge posta dalla norma costituzionale ha un significato importante, che a maggior ragione impedisce al giudice di superarla: la pretesa annullatoria del cittadino è una componente fondamentale della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, garantita dall'art. 24 Cost». Nello stesso senso, tra tanti, si veda anche M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015,* in *Foro it.*, n. 3/2018, c. 145; nonché, con sfumature più possibiliste, M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo, prove di imitazione,* in *Gior. dir. amm.*, n. 12/2011, p. 1310.

17. Art. 264, comma 2, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ai sensi del quale la Corte di giustizia, «ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi».

18. Cgue [GS], *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, C411/17, 29 luglio 2019: «Occorre aggiungere che solo la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione rispetto a norme di diritto interno con essa in contrasto. Infatti, se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con il diritto dell'Unione, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione (vds., in tal senso, le sentenze dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C409/06, EU:C:2010:503, punti 66 e 67, nonché del 28 luglio 2016, *Association France Nature Environnement*, C379/15, EU:C:2016:603, punto 33). Tuttavia, la Corte ha parimenti dichiarato, al punto 58 della sua sentenza del 28 febbraio 2012, *Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne* (C41/11, EU:C:2012:103), che un giudice nazionale – tenuto conto dell'esistenza di un'esigenza imperativa legata, come nella causa che ha dato luogo a tale sentenza, alla protezione dell'ambiente e purché siano rispettate le condizioni elencate in tale sentenza – può essere eccezionalmente autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato. Da detta sentenza risulta quindi che la Corte ha inteso riconoscere, caso per caso ed eccezionalmente, a un giudice nazionale la facoltà di amministrare gli effetti dell'annullamento di una norma nazionale dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione nel rispetto delle condizioni poste dalla giurisprudenza della Corte (vds. in tal senso, sentenza del 28 luglio 2016, *Association France Nature Environnement*, C379/15, EU:C:2016:603, punto 34). Nel caso di specie, conformemente alla giurisprudenza citata al punto 177 della presente sentenza, spetta solo alla Corte determinare le condizioni alle quali può giustificarsi, in via eccezionale, il mantenimento degli effetti di misure come quelle di cui trattasi nel procedimento principale sulla base di considerazioni imperative attinenti alla sicurezza dell'approvvigionamento di energia elettrica nello Stato membro interessato. A tal riguardo, considerazioni del genere possono giustificare il mantenimento degli effetti di misure nazionali adottate in violazione degli obblighi derivanti dalle direttive "VIA" e "*Habitat*" soltanto se, nell'ipotesi di annullamento o di sospensione degli effetti di tali misure, vi sia una minaccia grave ed effettiva di interruzione dell'approvvigionamento di energia elettrica dello Stato membro interessato, cui non si potrebbe fare fronte mediante altri mezzi e alternative, in particolare nell'ambito del mercato interno».

suo ruolo di custode ultimo del bilanciamento tra diritti e valori costituzionali[19], ma anche e soprattutto dalla natura non dispositiva ma pubblica del processo costituzionale, che non è principalmente volto, come quello amministrativo, alla tutela di un interesse di parte[20].

3. La natura "primariamente" soggettiva della giurisdizione amministrativa

La somministrazione officiosa della tutela risarcitoria in luogo di quella caducatoria e la modulabilità degli effetti temporali dell'annullamento a prescindere dalla domanda di parte tradiscono, a ben vedere, una visione della giurisdizione amministrativa o anacronistica, perché prevalentemente incentrata sulla tutela dell'interesse pubblico al rispetto della legalità, o pseudopaternalistica, alla cui stregua il giudice sa meglio della parte[21] qual è il bene della vita cui essa ambisce.

A entrambe, tuttavia, osta anche e soprattutto la natura "primariamente"[22] soggettiva della giurisdizione amministrativa che si staglia dalla Costituzione.

Il tema della natura della giurisdizione amministrativa non era mai stato direttamente affrontato dalla Corte sino alla sentenza n. 271 del 2019, avente ad oggetto il cd. rito super speciale appalti di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, cpa, introdotto dall'art. 204

19. Si legge nella sentenza n. 10 del 2015: «così ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito». Sul punto vds. R. Romboli, *Nota a Corte costituzionale, sentenza, 11-02-2015, n. 10*, in *Foro it*., n. 1/2015, c. 1502: «[u]n'ultima osservazione concerne invece le possibili ricadute della sentenza in epigrafe nei riguardi dei giudici comuni; e questo in due diversi significati. Secondo il primo, ci potremmo chiedere se l'operazione svolta dalla Corte costituzionale, nell'ambito della propria attività di bilanciamento tra principî e valori costituzionali, non possa essere svolta anche dai giudici comuni, ai quali infatti più volte la corte stessa ha riconosciuto la funzione di bilanciamento, con riguardo alla applicazione della decisione di incostituzionalità nei propri giudizi. Di questo la corte pare accorgersi allorché, nel sostenere la possibilità individuare limiti alla efficacia generalmente riconosciuta alle dichiarazioni di incostituzionalità sulla base di quanto normativamente stabilito e di farlo quando sussista la necessità di salvaguardare principî o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente sacrificati, precisa che in questi casi "la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale — e solo essa — ad avere la competenza in proposito"». Nel senso che la modulabilità degli effetti temporali spetta alla Corte in ragione del suo ruolo politico e "normativo" nell'ordinamento e che tale ruolo ovviamente non possa predicarsi per il giudice amministrativo, vds. R. Di Pace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione, la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., n. 4/2012, p. 1273; nello stesso senso A. Vacca, *L'Adunanza plenaria, tra lo* ius dicere *e la creazione del diritto*, in *LexItalia*, n. 1/2018 (4 gennaio 2018), ove si sottolinea la funzione «paralegislativa» delle Corte costituzionale.

20. In questo senso sembra doversi leggere E. Folieri, *L'Adunanza plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *Urb. e app*., n. 3/2018, p. 373: «il processo innanzi alla Corte costituzionale ha un ruolo istituzionale del tutto diverso e le sentenze di accoglimento riguardano leggi ed atti aventi forza di legge che esplicano efficacia *erga omnes*, per cui la limitazione degli effetti trova giustificazione in profili che investono la collettività intera e numerosi ed indeterminati soggetti dell'ordinamento» (anche se l'Autore ammette poi la modulabilità degli effetti temporali per le pronunce dell'adunanza plenaria).

21. L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio*?, in *Dir. proc. amm*., n. 3/2012, p. 1128: «Una simile azione di annullamento è ammissibile sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, senza che al giudice sia consentito di farsi interprete autentico delle reali finalità alla base dell'iniziativa processuale (...) e, muovendo da esse, di discostarsi, nel contempo, dalla domanda giudiziale e dalla tipicità dell'esito di accoglimento dell'azione di annullamento»; R. Villata, *Ancora spigolature sul nuovo processo amministrativo*?, *ivi*, n. 4/2011, p. 1516, secondo cui l'interesse delle parte «è affare esclusivo della medesima, una volta positivamente accertata la sussistenza dell'interesse processuale: si finisce altrimenti con il valutare l'opportunità dell'azione proposta, in tal modo non rispettando il principio fondamentale della domanda di parte»; sostanzialmente negli stessi termini, A. Scognamiglio, *Annullamento "dalla data in cui" (nota a Consiglio di Stato, Sez. Prima, 30 giugno 2020 n. 1233)*, in *Giustizia insieme*, 3 agosto 2020: «Ad apparire incompatibile con i principi propri del processo amministrativo come processo di parti retto dal principio dispositivo è proprio l'esercizio officioso del potere di modulare l'effetto caducatorio sull"autentico interesse delle parti" come individuato dallo stesso giudice. Di detto interesse – invece – solo le parti sono interpreti. Perché il giudice possa pronunciare la decorrenza dell'annullamento *ex tunc*, *ex nunc* o "dalla data in cui" è essenziale che le parti manifestino un interesse in tal senso. Le parti, dunque la parte ricorrente o l'amministrazione resistente che – come nel caso di specie – ben potrebbe rappresentare al giudice l'eccessiva compromissione dell'interesse generale che l'annullamento retroattivo comporta e ne faccia però esplicita richiesta».

22. Sul punto è netta la presa di posizione del giudice amministrativo: «A sua volta l'art. 34 esprime il principio dispositivo del processo amministrativo in relazione all'ambito della domanda di parte; si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità, come noto, di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a., che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto)». (Cons. Stato, adunanza plenaria, 13 aprile 2015, n. 4). Vds. anche Cons. Stato, adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5: «Sul punto non può che ribadirsi quanto più volte enunciato da questa stessa Adunanza plenaria (cfr. da ultimo n. 4 del 2015; n. 9 del 2014, n. 7 del 2013, n. 4 del 2011), in ordine all'impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo e su come tale approdo sia coerente con il significato che assume il principio della domanda nel dettato dell'art. 24, co. 1, Cost. che affianca, sia pure prendendo atto per ciò solo della loro diversità, le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo quali presupposti per l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale intesa come principio fondamentale costitutivo dell'ordine pubblico costituzionale (cfr. da ultimo le fondamentali conclusioni cui è pervenuta Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238)».

del codice dei contratti pubblici e poi abrogato nelle more del giudizio di costituzionalità.

La disposizione censurata dal Tar Puglia prevedeva che il provvedimento che reca le esclusioni e le ammissioni alla procedura di affidamento, all'esito della valutazione dei «requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali» dei concorrenti, andava impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1 del codice dei contratti; e che «l'omessa impugnazione preclude(va) la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale».

Il rito superspeciale, che, come è noto, si caratterizzava per l'abbreviazione di tutti i termini processuali e una logica iperacceleratoria, non apportava alcuna innovazione sostanziale con riferimento alle esclusioni, perché la giurisprudenza amministrativa ha sempre ritenuto che esse siano immediatamente lesive e quindi autonomamente impugnabili, mentre il radicale cambio di rotta riguardava la previsione dell'onere di impugnazione dell'altrui ammissione alla gara, da sempre considerata contestabile esclusivamente al momento dell'aggiudicazione, quando si conosce il vincitore della gara e chi sono gli altri concorrenti "sconfitti", che solo allora acquistano interesse a fare valere l'illegittimità dell'ammissione dell'aggiudicatario e dei soggetti che li precedono in graduatoria.

Con una prima censura, il rimettente lamenta la violazione dei principi di ragionevolezza ed effettività della tutela giurisdizionale (artt. 3 e 24 Cost.) perché, da un lato, il legislatore avrebbe introdotto un onere di impugnazione di un atto per sua natura non immediatamente lesivo, il cui esercizio, peraltro economicamente gravoso, potrebbe rivelarsi inutile, ove al termine della gara il ricorrente risulti aggiudicatario o, per converso, si collochi in una posizione della graduatoria che comunque non gli consenta di ottenere il bene della vita cui aspira; dall'altro, la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione per omessa tempestiva impugnazione dell'ammissione dell'aggiudicatario sarebbe una «sanzione» eccessiva, che sacrifica in maniera sproporzionata il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale e la sua effettività in favore del contrapposto interesse pubblico a evitare l'abuso del processo, già adeguatamente tutelato dall'art. 13, comma 6-*bis*, lett. *d* del dPR 30 maggio 2002, n. 115, che prevede elevati importi del contributo unificato da versare per le controversie assoggettate al rito degli appalti pubblici.

La Corte, dopo avere richiamato la sua costante giurisprudenza sull'ampia discrezionalità del legislatore nella conformazione degli istituti processuali (nel senso lato sopra ricordato), ha escluso la lamentata manifesta irragionevolezza della limitazione del diritto di azione.

Tale esclusione si basa, in primo luogo, sulle *rationes* della norma, che vengono individuate: 1) «nell'esigenza di "definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte" (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere n. 855 del 1° aprile 2016, avente ad oggetto lo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11), con la conseguente creazione di un "nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la *res controversa* della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda" (Consiglio di Stato, sezione quinta, 14 marzo 2017, n. 1059)»; 2) nella finalità precipua «di

In termini, ancora, Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321: «La necessità di dimostrare nei fatti tale evoluzione appare anche coerente con la recente affermazione – che il collegio condivide pienamente – secondo la quale, avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi "capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo"». Infine, nello stesso senso, Cons. Stato, adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4: «In questo senso, deve essere accuratamente valorizzato, in tutte le sue implicazioni, il principio della domanda, che contrassegna il sistema attuale della giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione "di diritto soggettivo"». In dottrina, vds. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 179: «La tutela dell'interesse legittimo è concepita e disciplinata in Costituzione come tutela propria del *solo* interesse privato: ad essere tutelato indirettamente, almeno in sede processuale, e non sempre (se si vuole: *occasionalmente*), è semmai, l'interesse pubblico»; *Id.*, *Il principio della domanda nel processo amministrativo,* in *Corr. giur.*, n. 6/2015, p. 1600; A. Berti Suman, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti*, pubblicazione su portale, 28 maggio 2018, www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/05/L%E2%80%99immediata-impugnazione-delle-clausole-del-bando-di-gara-e-il-ruolo-dell%E2%80%99interesse-strumentale-nel-nuovo-contenzioso-appalti.pdf, secondo cui «Il filtro dell'interesse a ricorrere deve invece continuare ad avere un ruolo selettivo per non rientrare nella *giurisdizione oggettiva*, che ha ad oggetto la mera legittimità della azione amministrativa, la quale non pare compatibile con l'art. 103 Cost. L'ordinamento, pur a fronte delle ripetute istanze di "giurisdizione oggettiva" che caratterizzano il momento attuale, continua infatti ad accogliere il modello di giurisdizione soggettiva, il quale postula la sussistenza di un interesse attuale e concreto in capo al soggetto che lo fa valere» (*ivi*, p. 33); M. Silvestri, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro amm.*, n. 9/2015, p. 2207.

evitare "che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase (...) di ammissione (con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre [al] pericolo di perdita del finanziamento, il tutto nell'ottica dei princìpi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara)" (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782 citato)»; 3) nella volontà di porre rimedio alla proliferazione incontrollata dei giudizi "retrospettivi", incentrati, attraverso il fuoco incrociato dei ricorsi principali e incidentali escludenti, sui requisiti di ammissione alla gara, così neutralizzando, per quanto possibile, «l'effetto "perverso" del ricorso incidentale (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782 citato)», «anche alla luce del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto (dialogo reso ancora più problematico dalla recente sentenza, 5 settembre 2019, sezione decima, in causa C-333/18, Lombardi srl, resa su rinvio pregiudiziale dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato)».

A sostegno della sua posizione, e in particolare della seconda delle menzionate *rationes*, la Corte richiama anche la di poco precedente ordinanza della Corte di giustizia, quarta sezione, 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus*, che ha affermato la compatibilità[23] del rito con la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, dal momento che «la realizzazione completa degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni».

Queste considerazioni, che la Corte attinge dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di giustizia, chiamate in precedenza a pronunciarsi sul rito in esame, scongiurano l'invocato giudizio di irragionevolezza, mentre la semplice constatazione che l'onere di immediata impugnazione e la correlata preclusione processuale rispondono allo schema classico del giudizio impugnatorio esclude che la norma censurata, di per sé, sia tale da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa.

Fin qui, dunque, la Corte si muove seguendo coordinate ermeneutiche piuttosto classiche, notoriamente rispettose della ricordata ampia discrezionalità del legislatore nella conformazione degli istituti processuali e salvo il limite dell'arbitrarietà delle scelte legislative.

Quello che qui più interessa è, invece, la risposta alla seconda censura di violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Secondo il rimettente, «i caratteri della personalità, attualità e concretezza dell'interesse ad agire caratterizzerebbero il sistema soggettivo di giustizia amministrativa, delineato in Costituzione come rivolto ad apprestare tutela ad una posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, mentre le disposizioni censurate, imponendo l'impugnazione di un atto non immediatamente lesivo, introdurrebbero una ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, volta alla verifica della legalità dell'azione amministrativa e scollegata con la posizione soggettiva del ricorrente, che in tal modo verrebbe indebitamente gravato della tutela di un interesse pubblico».

In altri termini, il legislatore, imponendo l'attivazione processuale in un momento in cui il ricorrente non ha un interesse concreto all'impugnazione, configurerebbe un'ipotesi di giurisdizione oggettiva.

La Corte, con un'affermazione inedita, niente affatto scontata e ricca di implicazioni, chiarisce, in primo luogo, che gli invocati parametri costituzionali (artt. 24, 103 e 113 Cost.) delineano la giurisdizione amministrativa, «nelle controversie tra amministrati e pubblico potere», siccome «primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini».

Ciò posto, la sentenza n. 271 del 2019, ancora una volta attingendo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, esclude però che nel caso di specie «il legislatore abbia configurato una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento, avendo piuttosto inteso dare autonoma rilevanza all'interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 26 aprile 2018, n. 4), interesse che è proprio e personale del concorrente, poiché la maggiore o minore

23. Sia pure condizionata, in concreto, all'effettiva conoscenza delle ragioni poste a fondamento dei provvedimenti di ammissione ed esclusione.

estensione di quella platea incide oggettivamente sulla *chance* di aggiudicazione (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2018, n. 6)».

Aggiunge la Corte che nello stesso senso «si è espressa la Corte di giustizia, secondo cui il rischio che un provvedimento illegittimo di ammissione di un concorrente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico possa cagionare un danno "è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato" (Corte di giustizia, quarta sezione, ordinanza 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus), il che evidentemente presuppone il riconoscimento della *chance* di aggiudicazione come utilità intermedia autonomamente tutelata».

Secondo la Consulta, dunque, la giurisdizione resta di tipo soggettivo, perché l'interesse strumentale che viene in rilievo (per lo meno primariamente) non è quello pubblicistico al rispetto della legalità della procedura, ma è quello privato del concorrente che vuole consolidare le sue *chances* di aggiudicazione.

Del resto, ricorda la sentenza, «non mancano nell'ordinamento altre ipotesi positivizzate, in via normativa o giurisprudenziale, di tutela di interessi non "finali" (Consiglio di Stato, sezione sesta, 25 febbraio 2019, n. 1321). È il caso, per restare nell'ambito delle procedure di affidamento, dell'interesse strumentale alla edizione della gara che sia illegittimamente mancata, laddove il ricorrente non agisce, nell'immediato, per l'aggiudicazione ma per il suo interesse a partecipare alla procedura; ovvero, dell'interesse strumentale alla sua caducazione, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 25 febbraio 2014, n. 9, e 7 aprile 2011, n. 4)».

La legittimità costituzionale dell'interesse strumentale, tuttavia, non è affatto incondizionata, perché, gli artt. 24, 103 e 113 Cost. «hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita», sicché il primo può ritenersi «non distonico» rispetto ai ricordati precetti costituzionali a condizione «che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa».

In altri termini, il riconoscimento dell'interesse strumentale come condizione dell'azione, per essere conforme a Costituzione, deve risolversi in un beneficio effettivo del ricorrente e quindi in un ampliamento non ipotetico della sua tutela.

Nonostante la Corte non lo dica a chiare lettere, è evidente che il riferimento critico è alla nota giurisprudenza della Corte di giustizia sui rapporti tra ricorsi principale e incidentale escludente e, in particolare, al di poco precedente arresto del 5 settembre 2019, sezione decima, in causa C-333/18, *Lombardi Srl*, arresto che la Corte, al precedente punto n. 8.1, segnala come ultima tappa di un «problematico» dialogo con il Consiglio di Stato.

Non è questa la sede per ripercorrere il menzionato «difficile dialogo»[24] (se non vero e proprio scontro), ormai pluriennale[25], ma è evidente, oggi,

24. Così Cons. Stato, adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782, avente ad oggetto le «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»; nonché Cons. Stato, adunanza plenaria, 26 aprile 2018, n. 4.

25. La tesi sostenuta dall'adunanza plenaria sin dalla sentenza n. 4 del 7 aprile 2011 è che – facendo applicazione degli istituti di diritto sostanziale e processuale interno (in particolare delle tradizionali nozioni di «legittimazione ad agire» e di «ricorso incidentale») – l'esame del ricorso incidentale escludente è sempre preliminare rispetto all'esame di quello principale, poiché l'accertamento della illegittima ammissione alla gara del concorrente comporta il suo difetto di legittimazione ad agire: l'altrui aggiudicazione, cioè, può essere efficacemente contestata solo dal concorrente legittimamente ammesso alla gara, perché altrimenti esso non avrebbe titolo all'aggiudicazione, a nulla rilevando il suo eventuale interesse (strumentale) alla rinnovazione dell'intera procedura. Ne consegue, a questa stregua, che l'accoglimento del ricorso incidentale escludente ha effetto paralizzante del ricorso principale, che pertanto non deve essere esaminato dal giudice. La Corte di giustizia, per contro, con la sentenza *Fastweb*, C-100/12, 4 luglio 2013, ha affermato il diverso principio secondo cui, «qualora per mezzo di un ricorso incidentale l'aggiudicatario di una procedura di assegnazione di un appalto deduca che l'offerta del ricorrente principale sarebbe stata da escludere dalla gara a causa del mancato rispetto delle specifiche tecniche prescritte dalla stazione appaltante, sì da rendere inammissibile l'impugnazione (a sua volta incentrata sulla non conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alle medesime specifiche tecniche) proposta dallo stesso, il diritto dei partecipanti a una gara e a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che entrambe le domande siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia». Secondo la Corte di giustizia, infatti, in questo caso, il concorrente che ha proposto ricorso principale avrebbe comunque interesse al suo esame, poiché, se fossero accolti entrambi i gravami, l'amministrazione, constatata l'impossibilità dell'aggiudicazione, potrebbe indire una nuova gara. Sollecitata a un nuovo intervento che tenesse conto delle conclusioni alle quali era pervenuta la Corte di giustizia, l'adunanza plenaria, con la sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, è ritornata sulla questione e ha riconosciuto l'obbligo dell'esame (anche) del ricorso principale, pur successivamente alla riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale escludente, ma ciò, attraverso una lettura restrittiva della *regula iuris* emergente dalla particolare fattispecie concreta esaminata dalla sentenza *Fastweb*, unicamente a condizione che: a) si versi all'interno del medesimo subprocedimento; b) gli operatori rimasti in gara siano soltanto due; c) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe (cd. "simmetria invalidante"). A sua volta, la Corte di giustizia, adita dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana, si è nuovamente pronunciata su tali profili con la sentenza *Puligienica* [GS], C-689/13, 5 aprile 2016, affermando che i princìpi enunciati con la sentenza *Fastweb* del 2013 risultano applicabili anche nel caso di una gara con più di due concorrenti e a prescindere dal numero dei soggetti che hanno proposto ricorso e che l'interesse (strumentale) del ricorrente principale destinatario del ricorso incidentale escludente non deve essere ricollegato all'iniziativa giurisdizionale, bensì all'operato della stessa amministrazione, che potrebbe agire in autotutela, annullando l'intera procedura.

che esso sottende, quanto meno nella materia degli appalti pubblici, una diversa idea della nozione di interesse (e legittimazione) al ricorso e, al fondo, una diversa visione della funzione della giurisdizione amministrativa: tendenzialmente soggettiva, perché incentrata sulla tutela delle situazioni giuridiche facenti capo ai consociati, per l'adunanza plenaria, e "oggettivizzante", perché più attenta alla tutela della legalità dell'azione amministrativa (*recte*, al corretto impiego di denaro pubblico e ai suoi effetti proconcorrenziali), per la Corte di giustizia.

Qui può solo dirsi che il giudice europeo, con la citata ultima sentenza, nel rispondere ai quesiti pregiudiziali posti dall'adunanza plenaria con l'ordinanza n. 6 dell'11 maggio 2018[26], ha nuovamente disatteso la ennesima posizione mediatrice del Consiglio di Stato e ha drasticamente affermato che il principio espresso dalle sentenze *Fastweb* e *Puligienica* riguarda anche le ipotesi in cui «altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione», poiché anche in questo caso non si può escludere che, anche se l'offerta del concorrente ricorrente principale venga giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice possa essere indotta «a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara».

Secondo la Corte di giustizia, cioè, la mera eventualità che l'amministrazione possa in autotutela verificare la sussistenza di vizi (anche diversi) nelle offerte delle altre imprese non partecipanti al giudizio (offerte, quindi, non oggetto di contestazione alcuna), e si determini per tale motivo all'annullamento della gara e alla sua rinnovazione, sarebbe sufficiente a radicare l'interesse strumentale al ricorso del concorrente illegittimamente ammesso, con contestuale obbligo per il giudice di esaminare, sempre e in ogni caso, sia i ricorsi principali che quelli incidentali escludenti[27].

Un interesse al ricorso, dunque, ipotetico di quarto grado, dal momento che il raggiungimento del bene della vita (aggiudicazione) è legato, in primo luogo, all'eventualità che le offerte non esaminate in giudizio presentino gli stessi o altri vizi; in secondo luogo, all'eventualità che l'amministrazione, una volta riscontrati quei vizi, invece di procedere allo scorrimento della graduatoria, si determini all'annullamento della gara; in terzo luogo, che, annullata la

26. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, a seguito di altre pronunce della Corte di giustizia (sez. ottava, *Archus*, C-131/16, 10 maggio 2017, e *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung e Caverion Österreich*, C-355/15, 21 dicembre 2016) e a fronte di persistenti incertezze nella giurisprudenza nazionale sull'esatta applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, ha ritenuto di effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con cui ha dato atto, in primo luogo, di essersi allineata alla posizione del giudice comunitario sulla nozione di interesse strumentale alla ripetizione della gara: «a) nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi propongano ricorsi reciprocamente escludenti»; b) anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara, «ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura in quanto: I) si censuri la regolarità della posizione – non soltanto dell'aggiudicatario e di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, collocati in posizione migliore della propria ma, anche – dei rimanenti concorrenti collocati in posizione deteriore; II) ovvero perché siano proposte censure avverso la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l'intera selezione evidenziale; c) in tali casi, si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l'obbligatorietà dell'esame del ricorso principale, in quanto dall'accoglimento di quest'ultimo discenderebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura». A questo punto, l'adunanza plenaria ha tuttavia rappresentato alla Corte di giustizia che vi è «incertezza, viceversa, nell'evenienza in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti: a) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara di guisa che, anche laddove entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero purtuttavia alcune offerte non "attinte" dai vizi riscontrati; b) al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* estese ad invalidare l'intera gara e determinanti – ove accolte – la certa ripetizione della procedura». Per tale evenienza, il Consiglio di Stato ha in sostanza suggerito alla Corte di giustizia di leggere restrittivamente le pronunce *Fastweb* e *Puligienica*, facendo presente che, ove «tale obbligo di esame del ricorso principale andasse correlato ad una eventualità non meramente ipotetica di un intervento in autotutela dell'amministrazione che comporti la ripetizione della intera gara, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale si dovrebbe valutare in concreto se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'amministrazione idoneo a fondare l'interesse c.d. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale; in mancanza assoluta almeno di tale situazione strumentale non sembrerebbe trovare utile e ragionevole applicazione una interpretazione assoluta del diritto europeo sganciato da qualsivoglia interesse». Tutto ciò premesso, l'adunanza plenaria ha formulato il seguente quesito interpretativo: se le norme comunitarie regolanti la materia possano essere interpretate nel senso che esse consentano «che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)».

27. Completamente adesiva alla posizione della Corte di giustizia è la recente ordinanza della Corte di cassazione, sez. unite, 19 settembre 2020, n. 19598, per come si dirà più diffusamente al paragrafo che segue.

gara, l'amministrazione decida di bandirne un'altra; in quarto luogo, che la ricorrente ad essa partecipi e se l'aggiudichi.

Non vi è chi non veda quanto distante sia la posizione della Corte di giustizia dal «solido collegamento con l'interesse finale», che la Corte costituzionale ritiene necessario, perché l'interesse strumentale rimanga nell'orbita della giurisdizione soggettiva e non violi il disegno costituzionale.

Sembra allora non esatta, questa volta, la posizione dell'adunanza plenaria, secondo cui, in sostanza, l'interesse strumentale riconosciuto dal giudice europeo ha la stessa natura di quello conforme a Costituzione[28], essendo piuttosto chiaro, al contrario, che il primo si risolve proprio in «un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa».

Resta da capire, a questo punto, se tale palese contrasto con la Costituzione debba considerarsi accettabile in nome della cessione di sovranità all'ordinamento comunitario, o se vi sia spazio per l'attivazione, a opera della Corte costituzionale, dei controlimiti, e, per sciogliere tale nodo, bisogna chiedersi se i parametri costituzionali che fondano la giurisdizione soggettiva possano considerarsi fonte di principi e diritti fondamentali in grado di ostare alla penetrazione nel nostro ordinamento dell'interesse strumentale, per come interpretato dalla Corte di giustizia[29].

Nella prima direzione, l'osservazione più intuitiva e immediata è che, nella materia degli appalti pubblici, gli interessi sostanziali in gioco sono prettamente economici ed è difficile immaginare che essi possano assurgere al nobile substrato dei controlimiti, per come restrittivamente intesi dalla Corte costituzionale.

È, invece, opinione di chi scrive che la risposta non sia così scontata, ove si consideri che, in una visione più sistemica e (perché no?) pragmatica, a essere in gioco non sono solo quegli interessi ma anche e soprattutto l'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.), da riguardarsi con le lenti costituzionalmente imposte della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3 Cost.).

Nella dimensione costituzionale solidaristica il diritto di agire in giudizio, che è diritto fondamentale e supremo perché strumentale alla reale inverazione della tutela dei diritti e degli interessi dei consociati[30], è necessariamente limitato dalla sussistenza di

28. Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, punti 14.3. e 14.4 della motivazione (anche se la qualificazione siccome «troppo ampia» della concezione di interesse strumentale patrocinata dalla Corte di giustizia sembra disvelare la consapevolezza di fondo del suo non allineamento a quella fatta propria dalla Corte costituzionale).

29. Sui cd. controlimiti si vedano, tra le più recenti, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale nel caso *Taricco*: «Il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi (sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973)» (ordinanza n. 24 del 2017); nonché la sentenza n. 238 del 2013 sull'immunità giurisdizionale degli Stati nel caso di crimini di guerra: «Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un "limite all'ingresso (...) delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione" (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988). In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali. Vero è, infatti, che la competenza di questa Corte è determinata dal contrasto di una norma con una norma costituzionale e, ovviamente, con un principio fondamentale dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero con un principio posto a tutela di un diritto inviolabile della persona, contrasto la cui valutazione non può competere ad altro giudice che al giudice costituzionale. Ogni soluzione diversa si scontra – nel sistema accentrato di controllo – con la competenza riservata dalla Costituzione a questa Corte, restando scolpito nella sua giurisprudenza, fin dal primo passo, che "La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte costituzionale in conformità dell'art. 136 della stessa Costituzione" (sentenza n. 1 del 1956). Anche di recente, poi, questa Corte ha ribadito che la verifica di compatibilità con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e di tutela dei diritti umani è di sua esclusiva competenza (sentenza n. 284 del 2007); ed ancora, precisamente con riguardo al diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), che il rispetto dei diritti fondamentali, così come l'attuazione di principi inderogabili, è assicurato dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale (sentenza n. 120 del 2014)» (sentenza n. 238 del 2013).

30. Sentenza n. 238 del 2013: «Fin dalla sentenza n. 98 del 1965 in materia comunitaria, questa Corte affermò che il diritto alla tutela giurisdizionale "è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo" (punto 2. del Considerato in diritto). In una meno remota occasione, questa Corte non ha esitato ad ascrivere il diritto alla tutela giurisdizionale "tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio" (sentenze n. 18 del 1982, nonché n. 82 del 1996). D'altra parte, in una prospettiva di effettività della tutela dei diritti inviolabili, questa Corte ha anche osservato che "al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del

un bisogno di tutela giurisdizionale, che segna il confine oltre il quale l'azione diviene inefficiente e abusiva, a discapito degli altri consociati.

Il diritto di azione, cioè, non può essere esercitato oltre i limiti del bisogno effettivo di tutela, perché altrimenti perde la sua funzione di strumento fondamentale di garanzia dei diritti e degli interessi sostanziali e finisce con il compromettere il funzionamento del complessivo sistema giudiziario, il quale ha (e sempre avrà) delle risorse limitate, che per ciò solo devono essere utilizzate per tutelare situazioni giuridiche reali e non ipotetiche.

Detto in altri termini: se quelle risorse vengono utilizzate per celebrare (notoriamente complessi e defatiganti) processi virtuali (aventi peraltro corsie processuali privilegiate), che non sono volti, di fatto, a rendere tutela ai diritti e agli interessi dei cittadini, a farne le spese sono necessariamente i processi "veri", che quella tutela hanno il compito di assicurare, anche in materie che vedono certamente coinvolti diritti inalienabili della persona[31].

Con la precedente sentenza n. 179 del 2016 è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lett. *a*, n. 2) e lett. *f)*, cpa, nella parte in cui, secondo il diritto vivente, tali disposizioni devolvono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie instaurate su iniziativa della pubblica amministrazione.

In quell'occasione, la Corte costituzionale ha osservato «che – sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge»; e che, «[p]er quanto riguarda, in particolare, l'art. 103 Cost., laddove esso prevede la giurisdizione esclusiva "in particolari materie indicate dalla legge", la costante giurisprudenza di questa Corte identifica i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore ed all'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004)».

La Corte ha poi osservato che «l'ordinamento non conosce materie "a giurisdizione frazionata", in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo».

Nonostante la questione fosse calibrata sulle materie di giurisdizione esclusiva, la Corte afferma, dunque, che l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione delle controversie promosse dalla pubblica amministrazione non è, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità[32], in contrasto con gli artt. 103 e 113 Cost.

Come si conciliano i due arresti? La giurisdizione azionata dalla pubblica amministrazione per la tutela prioritaria di un interesse pubblico sdoganata dalla sentenza n. 179 del 2016 non è in contrasto con la natura "primariamente" soggettiva della giurisdizione amministrativa disegnata dalla Costituzione, per come affermato con la sentenza n. 271 del 2019?

La risposta, secondo la Corte costituzionale, è evidentemente negativa e trova la sua giustificazione nella considerazione che la giurisdizione soggettiva è propria solo delle «controversie tra amministrati e pubblico potere» (sentenza n. 271 del 2019), ossia delle controversie azionate dai primi nei confronti del secondo per il raggiungimento o il mantenimento di un bene della vita mediati dall'azione amministrativa.

Ed è proprio alla luce di tale doppio binario che sembrano cadere anche i dubbi di costituzionalità avanzati in relazione alle diverse norme che, negli ultimi anni, hanno attribuito alle autorità indipendenti

potere di farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale": pertanto, "l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti (...) è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto" (sentenza n. 26 del 1999, nonché n. 120 del 2014, n. 386 del 2004 e n. 29 del 2003). Né è contestabile che il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo».

31. Che anche il processo amministrativo possa avere e spesso abbia ad oggetto diritti fondamentali della persona è ormai un dato acquisito che non ha bisogno di essere dimostrato (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle controversie sul sostegno scolastico ai disabili e a quelle sui provvedimenti, emergenziali e non, di organizzazione e svolgimento del sistema sanitario). Con la nota sentenza n. 140 del 2007, la Corte ha affermato che non esiste «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti».

32. Come nell'ipotesi classica dell'impugnazione di atti amministrativi da parte di altre amministrazioni pubbliche incise dal o coinvolte nell'esercizio del potere (tra le tante, Cass. civ., sez. unite, 19 luglio 2013, n. 17656; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6834).

la legittimazione ad agire in giudizio[33], in nome di un interesse che, per quanto specifico e particolare, resta indubbiamente pubblico, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale, in relazione all'Agcm, con la sentenza n. 13 del 2019[34].

4. Le pressioni "esterne" sul giudizio amministrativo: dal contrasto del giudicato con le sopravvenute sentenze della Corte Edu alla giurisdizione "dinamica"

Tra il 2017 e il 2018 la Corte costituzionale ha affrontato due questioni aventi grande rilievo ordinamentale (anche) in relazione alla giurisdizione amministrativa, vertenti, rispettivamente, sui rapporti tra il giudicato non penale e il sistema Cedu (sentenza n. 123 del 2017) e sui limiti del controllo sulla giurisdizione affidato dalla Costituzione alla Corte di cassazione (sentenza n. 6 del 2018).

Con la prima[35] delle due sentenze citate, la Corte costituzionale ha affrontato, per la prima volta, il delicato tema della sorte dei giudicati amministrativi che si siano formati in violazione, successivamente accertata dalla Corte Edu, di norme della Cedu, e ciò sia nei casi in cui una delle parti dei relativi giudizi interni abbia adito la Corte di Strasburgo sia in quelli ove le parti siano rimaste inerti, ma si trovino nella medesima situazione sostanziale di chi l'ha adita vittoriosamente.

Tale tema si inscrive nella più ampia – e ben nota – questione della cosiddetta erosione del mito del giudicato[36], che, a partire dal Secondo dopoguerra, ha interessato in modo trasversale tutti gli ordinamenti europei, che hanno visto fiorire le carte costituzionali e si sono aperti alle esperienze sovranazionali e internazionali di tutela multilivello dei diritti fondamentali[37].

Le nuove e più intense spinte di protezione dei valori della persona umana e di giustizia sostanziale hanno infatti imposto un processo di "deassolutizzazione"

33. È il caso dell'art. 21-*bis* l. n. 287/1990, introdotto dall'art. 35, comma 1, dl 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, che attribuisce all'Agcm «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» (sentenza n. 13 del 2019). Secondo F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi*, n. 6/2012, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=20213, l'Agcm, nell'esercizio di tale funzione, svolge il ruolo di «pubblico ministero» della concorrenza. *Contra* M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi*, n. 12/2012, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=20212, che vede nell'Agcm una parte titolare di un interesse differenziato, in quanto affidataria della cura dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza. È anche il caso, per citare uno degli esempi più rilevanti, dell'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del codice dei contratti pubblici, che legittimano l'Anac all'impugnazione, rispettivamente, dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, e dei provvedimenti delle stazioni appaltanti viziati da gravi violazioni del codice dei contratti, ove l'amministrazione non abbia provveduto alla rimozione in via amministrativa.

34. Nell'importante arresto, la Corte ha negato all'Agcm la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, partendo dal riscontro della natura di parte processuale dell'Autorità e osservando che la «veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97)». Sulle stesse coordinate si era già mossa l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4 del 26 aprile 2018 (punto 19.3.5).

35. E. Bindi e A. Pisaneschi, *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, in *Giustamm.it*, n. 6/2017; R.G. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta on line*, n. 2/2017, p. 333 (www.giurcost.org/studi/conti7.pdf); E. D'Alessandro, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, n. 1/2017, c. 2186; F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *Federalismi*, n. 13/2017, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=34208; G.V.A. Petralia, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle Corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 1; A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 della Corte costituzionale)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2017, www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Randazzo%20-%20Definitivo.pdf; A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2017, p. 1260.

36. R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009, in Aa. Vv., *Corti europee e giudici nazionali*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 270; V. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU: profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Cedam, Padova, 2012; G. Sorrenti, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in *Federalismi*, n. 2/2015, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=28680.

37. R. Caponi, *Corti europee*, *op. cit.*

dei valori di certezza e sicurezza giuridica sottesi alla teoria della *res iudicata*, spingendo per una sua riperimetrazione all'interno degli ordinamenti nazionali.

Questa tendenza si è manifestata in maniera evidente negli ultimi anni proprio con riferimento al sistema Cedu, e ciò in ragione sia del sempre maggiore peso che l'esperienza convenzionale ha assunto nei Paesi europei, sia del suo stesso attuale meccanismo strutturale.

Poiché, infatti, a differenza del diritto comunitario che conosce lo strumento preventivo del rinvio pregiudiziale, l'accertamento della violazione dei diritti convenzionali presuppone, quale regola generale[38], l'esaurimento dei rimedi interni[39], la tensione tra la tutela offerta dalla Cedu e gli ordinamenti nazionali si scarica necessariamente sul giudicato, e ciò sia per le violazioni processuali direttamente riconducibili all'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 6 Cedu) che per quelle sostanziali da essa "incorporate", perché oggetto di accertamento giudiziale.

Il tema in esame è stato posto dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato[40], che ha chiamato la Corte a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 106 cpa e degli artt. 395 e 396 cpc, «nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario (...) per conformarsi ad una sentenza definitiva» della Corte Edu, in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'art. 46, par. 1, Cedu[41].

38. A tale regola si può derogare, secondo la Corte Edu, quando non via siano rimedi interni, oppure quando l'imposizione dell'obbligo di adire i tribunali domestici si risolverebbe per la vittima convenzionale in un'attività inutile per via di una giurisprudenza consolidata in senso a essa sfavorevole. È noto, poi, che il progetto di riforma della Corte Edu atto a consentire anche il rinvio pregiudiziale interpretativo è allo stato fermo, poiché l'art. 5 del Protocollo addizionale n. 16 alla Cedu, che prevede tale strumento, non è ancora in vigore per mancanza del numero minimo di ratifiche (l'Italia lo ha sottoscritto ma non ratificato). Nella corrente legislatura sono stati presentati due progetti di legge (C. 1124 Governo e C. 35 Schullian), recanti ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 e, per quanto qui rileva, del Protocollo n. 16; vds., sul punto, le numerose audizioni presso le Commissioni riunite Affari esteri e Giustizia della Camera dei deputati, tra cui, di particolare spessore critico, quella di M. Luciani.

39. L'art. 35, par. 1, Cedu, recita: «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva». La Corte costituzionale, nella sentenza n. 113 del 2011, ha osservato al riguardo: «[s]i comprende, peraltro, come al fine di assicurare la *restitutio in integrum* della vittima della violazione, nei sensi indicati dalla Corte europea, occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata. L'avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta, infatti, condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, paragrafo 1, della Cedu): con la conseguenza che quest'ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile».

40. Con l'ordinanza 4 marzo 2015, n. 2.

41. Il quale paragrafo impegna gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte [europea dei diritti dell'uomo] sulle controversie di cui sono parti»; il par. 2, invece, prevede che «la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei ministri che ne controlla l'esecuzione». L'art. 46, per come rimaneggiato dal Protocollo n. 14 alla Convenzione (ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 15 dicembre 2005, n. 280), prevede negli ulteriori paragrafi che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa possa chiedere alla Corte di Strasburgo una decisione interpretativa, quando vi siano dubbi circa il contenuto di una sentenza definitiva in precedenza adottata, tali da ostacolare il controllo sulla sua esecuzione (par. 3); e che possa chiedere alla Corte una ulteriore pronuncia, la quale accerti l'avvenuta violazione dell'obbligo per una Parte contraente di conformarsi alle sue sentenze (parr. 4 e 5). «Viene introdotto, così, uno specifico procedimento di infrazione, atto a costituire un più incisivo mezzo di pressione nei confronti dello Stato convenuto» (sentenza n. 113 del 2011). L'art. 46 è sempre stato letto, sia in dottrina che dalla giurisprudenza della Corte Edu, in combinato disposto con l'art. 41 della Cedu, a mente del quale «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». Si è a lungo ritenuto che tale combinato disposto attribuisse alla Corte Edu il solo potere di dichiarare la violazione degli obblighi convenzionali, con rimessione agli Stati contraenti della scelta discrezionale di come adempiere all'obbligo di conformarsi a tali pronunce, e che l'impossibilità di adempiere alla reintegrazione in forma specifica menzionata dall'art. 41 andasse intesa come impossibilità non solo materiale, ma anche giuridica («se il diritto interno dell'Alta Parte contraente»), in deroga al principio di diritto internazionale della priorità della riparazione in forma specifica. L'art. 41, cioè, pur manifestando apparentemente una preferenza verso la reintegrazione in forma specifica, avrebbe in realtà lasciato liberi gli Stati membri di prevederla o meno e di determinarne l'ambito di applicazione. Secondo questa originaria impostazione, dunque, il giudicato, costituendo una "impossibilità giuridica" di diritto interno, avrebbe ostato in ogni caso alla *restitutio in integrum* e imposto la via della condanna pecuniaria ad opera della Corte europea, che, per lungo tempo, in un atteggiamento di *self-restraint*, si è infatti dichiarata non competente a prescrivere o indicare le misure atte a garantire l'attuazione delle sue decisioni. Tale originaria lettura degli artt. 41 e 46 della Cedu ha poi ceduto il passo, con il crescere del processo di integrazione europea, a una interpretazione teleologico-funzionale volta ad ampliare la portata precettiva delle sentenze della Corte Edu e dell'obbligo convenzionale di conformazione. A partire dagli anni novanta e con una forte accelerazione attorno agli anni 2000, con «un ribaltamento di prospettiva» di cui si sono fatti promotori sia la Corte Edu che il Comitato dei Ministri, le sentenze della prima si sono andate arricchendo di livelli e contenuti, e ha ripreso quota l'idea della *restitutio in integrum* quale strumento prioritario di adempimento dell'obbligo convenzionale di conformazione, impedito dalla sola impossibilità materiale. Il presupposto logico di questa evoluzione è il rilievo che gli Stati contraenti si sono impegnati a rispettare le decisioni della Corte Edu rese nei giudizi in cui essi sono parti, e una sentenza che constata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze in modo da ristabilire per quanto possibile la situazione anteriore a quest'ultima. Sin dalla sentenza Grande Camera, *Scozzari e Giunta c. Italia*, 13 luglio 2000, la Corte Edu ha quindi ritenuto che l'obbligo di conformazione alle proprie sentenze implicasse, anche cumulativamente, a carico dello Stato condannato: 1) il pagamento dell'equa soddisfazione, ove attribuita dalla

Il rimettente era stato adito per la revocazione della sentenza n. 4 del 2007, con cui aveva dichiarato inammissibili alcuni ricorsi proposti da medici cd. "a gettone" e volti alla condanna dell'Università di Napoli Federico II al versamento di contributi previdenziali, ritenendo intervenuta la decadenza dall'azione prevista prima dall'art. 45, comma 17, d.lgs 31 marzo 1998, n. 80 e, poi, dall'art. 69, comma 7, d.lgs 30 marzo 2001, n. 165, il quale ultimo dispone, per le liti relative al pubblico impiego "privatizzato", che «[l]e controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore a tale data [30 giugno 1998] restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

La domanda di revocazione proposta davanti al giudice *a quo* rappresentava «il seguito delle pronunce» della Corte Edu, *Mottola c. Italia* e *Staibano c. Italia*, del 4 febbraio 2014, le quali hanno accertato che lo Stato italiano, con la citata sentenza n. 4 del 2007 del Consiglio di Stato, ha violato il diritto dei ricorrenti di accesso a un tribunale, garantito dall'art. 6 Cedu, nonché il diritto al rispetto dei propri beni, garantito dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione.

Secondo la Corte di Strasburgo, l'art. 6 Cedu è stato violato perché il termine dell'art. 69, comma 7, d.lgs n. 165/2001, prima interpretato dalla giurisprudenza come termine di proponibilità dell'azione davanti al giudice amministrativo con salvezza di azione davanti al giudice ordinario, era stato poi ritenuto termine di decadenza sostanziale, così impedendo ai ricorrenti di ottenere tutela, nonostante avessero «adito i tribunali amministrativi in completa buona fede e sulla base di un'interpretazione plausibile delle norme sulla ripartizione delle competenze».

Il riscontro della suddetta violazione procedurale è stato doppiato dal riscontro di una violazione sostanziale (e cioè dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale), dal momento che il mutamento di indirizzo giurisprudenziale aveva privato i ricorrenti del riconoscimento di un diritto di credito – quello al versamento dei contributi previdenziali – che «aveva una base sufficiente nel diritto interno, in quanto confermato da una giurisprudenza ben consolidata». La Corte Edu si è quindi riservata di decidere sulla domanda di equo indennizzo, laddove le parti del processo convenzionale non avessero raggiungo un accordo.

Seguendo le orme della nota giurisprudenza costituzionale che ha introdotto la revisione dei processi penali per sopravvenuto contrasto con le pronunce della Corte Edu[42], l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza di rimessione, afferma che, qualora l'ordinamento non apprestasse lo strumento della revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per porre rimedio a qualsivoglia violazione accertata dalla Corte Edu, ne risulterebbe violato l'art. 117, primo comma, Cost., con riferimento all'art. 46, par. 1, Cedu, «che impegna gli Stati contraenti "a conformarsi alle sentenze definitive della Corte [europea dei diritti dell'uomo] sulle controversie nelle quali sono parti"». Inoltre, la mancata previsione di un caso specifico di revocazione comporterebbe anche una violazione degli artt. 24 e 111 Cost., perché «le garanzie di azionabilità delle posizioni soggettive e di equo processo previste dalla nostra Costituzione non sono inferiori a quelle espresse dalla Cedu»[43].

La Corte – dopo avere dichiarato inammissibile la questione con riferimento alla censura di violazione degli artt. 3 e 24 Cost., per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza – si è subito "liberata" della questione con riferimento ai cd. "fratelli minori" (ossia ai ricorrenti per revocazione che non hanno attivato lo strumento processuale convenzionale, ma versano nella medesima situazione sostanziale di chi lo ha fatto), richiamando la sentenza n. 210 del 2013 (resa in materia penale), ove già si era chiarito che l'obbligo di riapertura del processo, «nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato», e ciò perché vi è «una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della Cedu e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale».

Come è noto, anche la residua questione di legittimità costituzionale relativa alla posizione dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo e avente quale parametro

Corte ai sensi dell'art. 41 Cedu; 2) l'adozione di misure individuali necessarie, nel singolo caso, all'eliminazione delle conseguenze della violazione accertata; 3) l'introduzione di misure generali volte a far cessare la violazione derivante da un atto normativo o da prassi amministrative o giurisprudenziali e ad evitare violazioni future. Tale svolta risulta ritratta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011.

42. L'adunanza plenaria ripropone, cioè, le problematiche che la Corte costituzionale aveva già separatamente affrontato con riferimento al giudicato penale, rispettivamente, nelle note sentenze n. 129 del 2008, n. 113 del 2011 (sul caso *Dorigo*), e n. 210 del 2013 (sul caso "fratelli minori" di *Scoppola*).

43. Punto 2 del *considerato in diritto* della sent. n. 123/2017.

l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al parametro interposto di cui all'art. 46, par. 1, Cedu, è stata risolta nel senso della non fondatezza.

Più in particolare, la Corte costituzionale, dopo avere ricordato che con la sentenza n. 113 del 2011 ha introdotto una ipotesi di revisione della sentenza penale passata in cosa giudicata per il caso che essa si palesi in contrasto con una successiva sentenza della Corte Edu, si è chiesta se tale operazione additiva sia imposta dalla Cedu anche per il caso dei giudizi amministrativi e civili.

La risposta negativa si basa su un'approfondita analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo[44] e, in particolare, sull'importante arresto della Grande Camera, 5 febbraio 2015, *Bochan c. Ucraina*.

La lettura che la Corte costituzionale dà di questa giurisprudenza è che essa, pur incoraggiando gli Stati contraenti all'adozione delle misure necessarie per garantire la riapertura del processo, non la considera come inevitabilmente discendente dall'obbligo di conformazione di cui all'art. 46 Cedu.

Tale posizione della Corte Edu – sempre secondo la Corte costituzionale – si spiega perché la stessa Corte di Strasburgo avverte la necessità di tutelare i cd. terzi in buona fede, cioè i soggetti diversi dallo Stato e dalla vittima convenzionale che hanno preso parte al processo interno conclusosi con la sentenza passata in giudicato e che non sono parti necessarie del processo convenzionale, e ciò sul rilievo che quest'ultimo consente la partecipazione dei terzi in maniera sporadica e limitata: il loro intervento nel giudizio convenzionale, posto che siano fortunati e abbiano conoscenza del ricorso a Strasburgo, è infatti rimesso, ai sensi dell'art. 36, comma 2, Cedu, all'apprezzamento discrezionale del presidente, il quale «può invitare (...) ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze».

La Corte osserva, cioè, che ben può accadere (e, anzi, pare essere la norma) che la sentenza di Strasburgo, sulla base della quale si dovrebbe riaprire il processo interno conclusosi con il passaggio in giudicato, sia resa all'esito di un processo al quale non ha partecipato o non è stata messa in condizione di partecipare l'altra parte del giudizio interno (che non è solo il contendente del processo civile, ma è anche il controinteressato nel giudizio amministrativo o un'amministrazione resistente diversa dallo Stato, come può essere un ente locale[45]).

Il rigetto della questione, dunque, si fonda chiaramente sull'affermazione che, allo stato attuale della giurisprudenza convenzionale, non emerge un obbligo di riapertura dei processi civili (e amministrativi) quale doverosa misura individuale di *restitutio in integrum*[46], perché la stessa Corte Edu, restia ad allargare le maglie del processo convenzionale, vorrebbe

44. Vds. parr. 10-12 del *considerato in diritto*.

45. La Corte lo afferma chiaramente al punto 13 del *considerato in diritto*, ove si legge che la presenza di soggetti diversi dallo Stato che hanno preso parte al giudizio interno riguarda non solo i processi civili ma anche «quelli amministrativi, anch'essi caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un *munus* pubblico e di controinteressati». Nella prospettiva della Corte, peraltro, non sembra rilevare la nozione allargata di "Stato" (ai fini Cedu, anche le autonomie locali sono Stato), ma una più ristretta che tenga conto della necessità di garantire la effettività del diritto costituzionale di difesa: da questo punto di vista, si potrebbero considerare Stato tutte le amministrazioni che, avvalendosi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, sono messe sostanzialmente in condizione, tramite essa, di fare valere le proprie ragioni a Strasburgo (nel caso delle sentenze *Mottola* e *Staibano*, l'Università degli Studi di Napoli e l'Inps non avevano partecipato al giudizio davanti alla Corte Edu e l'Inps nel giudizio davanti alla Corte costituzionale aveva eccepito di non aver potuto spiegare le proprie difese in ordine alla legittimità dell'art. 69, comma 7, d.lgs n. 165/2011). Quanto agli enti locali, non a caso il Tribunale ordinario di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 16-*bis*, comma 5, l. 4 febbraio 2005, n. 11, il quale prevede il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle amministrazioni locali responsabili di violazioni della Cedu per gli oneri finanziari sostenuti in esecuzione delle sentenze di condanna rese dalla Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato. La censura di violazione dell'art. 24 Cost., incentrata sul rilievo che gli enti locali subiscono una condanna resa nel giudizio a Strasburgo cui non hanno partecipato, è stata rigettata per «inconferenza del parametro costituzionale evocato», poiché la disposizione censurata «è volta a regolare il procedimento attraverso il quale viene esercitato il diritto statale di rivalsa nell'ordinamento interno, non già il diverso procedimento dinanzi alla Corte europea, nell'ambito del quale, ad avviso del rimettente, si sarebbe determinata la compressione del diritto di difesa dell'ente locale» (sentenza n. 219 del 2016). Non sembra poi utilmente spendibile l'osservazione critica che anche il processo penale conosce la parte civile costituita, che potrebbe non essere parte del processo convenzionale, sia perché quella parte ha un ruolo e dei poteri "minori" rispetto alle altre parti del processo penale, sia perché essa può scegliere la via dell'azione risarcitoria davanti al giudice civile (di guisa che le minori garanzie che incontra il suo diritto di difesa nel processo penale, in termini di resistenza del giudicato, sono frutto di una libera scelta processuale).

46. La Corte ha anche affermato, al riguardo, che «l'indicazione della riapertura del processo, quale misura atta a garantire la *restitutio in integrum*, è presente esclusivamente in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato (si vedano, tra le altre, le sentenze 22 novembre 2016, Artemenko contro Russia, paragrafo 34; 26 aprile 2016, Kardoš contro Croazia, paragrafo 67; 26 luglio 2011, T.Ç. e H.Ç contro Turchia, paragrafi 94 e 95; 20 dicembre 2007, Iosif e altri contro Romania, paragrafo 99; 20 dicembre 2007, Paykar Yev Haghtanak LTD contro Armenia, paragrafo 58; 10 agosto 2006, Yanakiev contro Bulgaria, paragrafo 90; 11 luglio 2006, Gurov contro Moldavia, paragrafo 43)». In dottrina, c'è chi ha osservato (R.G. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU*, *op. cit.*) che tale affermazione risulterebbe smentita dalle pronunce della Corte Edu *Tence c. Slovenia*, 31 maggio 2016, e *Perak c. Slovenia*, 1° marzo 2016. L'osservazione, tuttavia, non sembra cogliere nel segno, non solo perché il caso della Slovenia risulta isolato nella giurisprudenza della Corte Edu, ma anche e soprattutto

in tal modo non (assumersi la responsabilità di) pregiudicare i terzi.

La sentenza n. 123 del 2017, tuttavia, va oltre.

Nei successivi paragrafi la Corte mostra di avere consapevolezza della delicatezza del problema[47] e, per tentare di risolverlo – dopo avere passato in rassegna le risposte normative di alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa[48] –, formula due "auspici" rivolti, rispettivamente, al legislatore e alla Corte Edu: al primo chiede di intervenire a regolare la materia in modo da bilanciare gli interessi delle vittime convenzionali e dei terzi, e, soprattutto, alla seconda chiede di aprire a questi ultimi, in maniera più strutturale e definita, il processo convenzionale.

La Consulta, dunque, non si è chiusa a riccio per difendere il mosto sacro del giudicato dalle ingerenze delle Corti sovranazionali, ma ha rimesso la palla nel campo della Corte Edu, invitandola a prendere una posizione più netta sull'argomento[49] (chiarendo, cioè, se, secondo la sua eminente[50] interpretazione della Convenzione, l'obbligo di riapertura sussista o meno) e, soprattutto, ad adeguare il processo convenzionale, aprendolo al terzo parte del giudizio interno.

A un'attenta lettura della sentenza n. 123 del 2017, sembra infatti chiaro che, quand'anche da Strasburgo arrivasse una lettura definitiva nel senso dell'esistenza dell'obbligo convenzionale, esso, in assenza dell'auspicata riforma del processo davanti alla Corte Edu, potrebbe penetrare nel nostro ordinamento solo nei limiti in cui non violi il diritto di difesa dei terzi tutelato dall'art. 24 Cost.

Quest'ultimo, cioè, osterebbe all'integrazione dell'art. 117, primo comma, Cost., da parte dell'art. 46, par. 1, Cedu, laddove l'obbligo di riapertura dei processi non penali discendesse da sentenze della Corte Edu rese all'esito di un processo al quale non hanno partecipato (o non sono stati messi in condizione di partecipare[51]) anche gli altri soggetti, diversi dalla vittima convenzionale e dallo Stato, parti dei processi interni[52].

---

perché le citate pronunce non indicano la riapertura del processo come necessaria misura ripristinatoria individuale, ma contengono un invito, rivolto al legislatore, a prevedere una misura generale («the most appropriate form of redress in cases where it finds that an applicant has not had access to court in breach of Article 6 § 1 of the Convention would be for the legislature to provide for the possibility of reopening the proceedings and re-examining the case in keeping with all the requirements of a fair hearing»).

47. La Corte manifesta interesse alla risoluzione del problema quando afferma che anche «nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore. In questa prospettiva, se è vero che non è irrilevante l'interesse statale ad una disciplina che eviti indennizzi a volte onerosi, per lesioni anche altrimenti riparabili, non si può sottacere che l'invito della Corte Edu potrebbe essere più facilmente recepito in presenza di un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale» (par. 17 del *considerato in diritto*). Si legge, poi, nella sentenza n. 6 del 2018 (par. 14.1): «L'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare. Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte Edu (sentenza n. 123 del 2017)».

48. Al par. 16 la Corte analizza le soluzioni introdotte in Germania, Spagna e Francia.

49. La giurisprudenza convenzionale sull'art. 46, par. 1, Cedu e sulla portata dell'obbligo di riapertura dei processi (penali e non) appare obiettivamente oscillante, ambigua e di difficile lettura. Una testimonianza significativa di ciò si rinviene nella lettura delle opinioni dissenzienti nella sentenza della Grande Camera *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), 11 luglio 2017, di cui si dirà appresso: al par. 18 della *dissenting opinion* del giudice Pinto De Albuquerque (condivisa dai giudici Karakas, Sajò, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabovic e Kuris) si stigmatizza, proprio con riferimento alla portata dell'art. 46 e alla riapertura dei processi, come «the variety of formulae present in the case-law not only raises an issue of lack of readability of the judgment and consequently of legal certainty, but also undermines the full and effective enforcement of the Court's judgments». L'ambiguità della giurisprudenza della Corte Edu sulla riapertura dei processi è stigmatizzata anche nell'opinione dissenziente del giudice Kuris (condivisa dai giudici Sajò, Tsotsoria e Vehabobic): «2. The language used by the Court throughout its case-law "recommending" that respondent States, after the Court has found a violation of Article 6, conduct a retrial or to reopen proceedings has often been too tentative and therefore somewhat uneven, confusing and inconsistent with the substance of the message it wished to convey to the States concerned.[163] The Court's stance which that language reveals, or sometimes effectively conceals, may also be seen as confusing, at least in some cases».

50. Sentenze nn. 49 del 2015 e 348 del 2007.

51. Questo sembra essere il vero senso dell'auspicio rivolto al legislatore: la Corte Edu, dal lato suo, ha il compito di aprire sistematicamente al terzo, ma questi deve anche essere avvisato della pendenza del processo convenzionale per decidere se parteciparvi o meno. Vds. nota 44.

52. Coglie il punto A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze*, *op. cit.*, che, a proposito del rilievo del *deficit* di tutela del terzo nel processo convenzionale contenuto nella sentenza n. 123 del 2017, osserva: «la Corte costituzionale non formula un'osservazione ultronea, né tanto meno polemica, ma mette in luce che nel nostro ordinamento una previsione che preveda il travolgimento del giudicato, per la necessità di rispettare una pronuncia della Corte di Strasburgo cui non abbiano potuto partecipare tutte le parti del giudizio nazionale, solleverebbe a sua volta problemi gravi, anche di legittimità costituzionale».

O, detto in positivo, la questione di costituzionalità potrebbe essere accolta solo in parte, e cioè nella parte in cui le norme interne non prevedono un'ipotesi di revocazione, quando sia necessario per conformarsi a una sopravvenuta sentenza della Corte Edu, che abbia accertato una violazione della Cedu e sia stata resa tra (tutte) le stesse parti del giudizio domestico[53].

È a questo punto altresì chiaro che l'auspicio rivolto al legislatore ha, in realtà, un ruolo secondario: essendo il problema di fondo quello della partecipazione dei terzi al processo convenzionale, è quest'ultimo a dover essere in primo luogo modificato[54], e solo dopo spetterà al legislatore intervenire, prevedendo dei meccanismi che facilitino quella partecipazione[55].

Che questa sia la lettura corretta della posizione della Corte lo conferma la successiva sentenza n. 93 del 2018, con cui è stata rigettata la sostanzialmente identica questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Venezia[56] in relazione all'art. 395 cpc.

In quell'occasione, la Corte ha ricordato, in primo luogo, che con la sentenza n. 123 del 2017 essa – dopo «avere esaminato la giurisprudenza della Corte Edu e valorizzato, in particolare, l'importante pronuncia della Grande camera, 5 febbraio 2015, Bochan contro Ucraina (n. 2)» – ha ritenuto che l'art. 46, par. 1, Cedu, come letto dalla Corte di Strasburgo cui spetta la funzione di interprete eminente del diritto convenzionale, allo stato non imponga un obbligo di riapertura dei processi civili e amministrativi, ma si limiti «ad incoraggiare l'introduzione della misura ripristinatoria della riapertura dei processi non penali, lasciando, tuttavia, la relativa decisione agli Stati contraenti, e ciò in considerazione della necessità di tutelare i soggetti, diversi dal ricorrente a Strasburgo e dallo Stato, che, pur avendo preso parte al giudizio interno, non sono parti necessarie del giudizio convenzionale».

Ha ricordato, in secondo luogo, che nella stessa sentenza n. 123 del 2017, data l'importanza del tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu «anche al di fuori della materia penale, ha auspicato sia un sistematico coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale (invocato anche in una opinione concorrente riportata in calce alla citata sentenza Bochan[57]) sia un intervento del legislatore che permetta

53. Questa è la soluzione adottata dal legislatore spagnolo, dove nel 2015 si è introdotta la revocazione in via legislativa, ma sempre a condizione che non pregiudichi i terzi in buona fede. Si veda, al riguardo, il quaderno redatto dall'Ufficio studi della Corte costituzionale, *Gli effetti delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle sentenze dei giudici nazionali passati in giudicato*, a cura di P. Passaglia, con contributi di C. Guerrero Picò, S. Passetto, M. T. Rorig, C. Torrisi, reperibile sul sito *web* della Corte.

54. La Corte si rivolge sia agli Stati membri che alla Corte Edu, auspicando una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi «per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice», ma è evidente che la seconda via è molto meno accidentata e complessa.

55. La sentenza non fornisce ulteriori specificazioni sul tipo di intervento legislativo auspicato, ma nell'ottica cennata pare che la Corte abbia in mente il caso della Germania, dove il legislatore ha dettato norme per assicurare il patrocinio ai terzi non abbienti dinanzi alla Corte Edu e dove l'agente del Governo informa i terzi medesimi, ove appaia chiaro che i loro interessi possano essere pregiudicati nel processo convenzionale, all'evidente fine di consentirne l'intervento in giudizio (così l'«*Overview of the exchange of views held at the 8th meeting of DH-GDR on the provision in the domestic legal order for the re-examination or reopening of cases following judgments of the Court*», Strasburgo, 12 febbraio 2016, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680654d5a). In questo senso vds. E. Bindi e A. Pisaneschi, *La Corte costituzionale non consente la revocazione*, *op. cit.* È ovvio, peraltro, che questi accorgimenti non potrebbero ritenersi sufficienti a scongiurare la violazione dell'art. 24 Cost., laddove l'intervento in giudizio venga poi tentato ma non ammesso dalla Corte Edu, cui, in definitiva, anche da questa angolazione, spetta il compito primario di tutelare il terzo.

56. A seguito della sentenza della Corte Edu *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, con cui si è accertata la violazione dell'art. 8 Cedu, sul rilievo che, a salvaguardia del rispetto della vita familiare da ingerenze non giustificate, le autorità italiane, prima di disporre l'affidamento del minore e avviare una procedura di adottabilità, avrebbero dovuto prendere misure concrete per permettergli di vivere con la madre, occorrendo preservare, per quanto possibile, il legame tra gli stessi e favorirne lo sviluppo.

57. Si tratta dell'opinione del giudice Wojtyczek: «7. The question of the effects of the Court's judgments is intrinsically linked to the question of the procedure before the Court. All procedural rules must be suited to the purpose and object of the proceedings and must ensure effective protection of the legitimate interests of all the parties concerned. Moreover, they must guarantee the undisputed procedural legitimacy of the decisions given. Procedural justice requires in particular that all the persons concerned by the outcome of the proceedings are guaranteed the right to be heard. As Seneca observed in Medea: Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit. The more far-reaching the effects of the Court's judgments the more vital it is to ensure that all the persons concerned have the right to be heard. Developments in case-law and practice regarding the effects and execution of the Court's judgments may call for adjustments to be made to the applicable procedural rules (...) The Convention does not guarantee the other parties to domestic proceedings who are concerned by the impugned judicial decision the right to be heard by the Court. It is true that under Article 36 § 2 of the Convention, as supplemented by Rule 44 § 3 of the Rules of Court, the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, authorise or invite any person concerned who is not the applicant to submit written comments or, in exceptional circumstances, to take part in the hearing. The Court sometimes makes use of this possibility, in particular in cases dealing with family law. The approach adopted strikes me as inadequate, as the option, left to the discretion of the President of the Chamber, of hearing the views of a person who is concerned does not equate to a guarantee of the right to be heard. It is not always used where the rights of third parties are concerned. When sitting in cases dealing with violations of the Convention in civil proceedings or arising from a judicial decision in a civil case, I invariably wonder whether the other parties concerned should not be granted the right to submit observations to the Court. Is it right to give

di conciliare il diritto di azione delle parti vittoriose a Strasburgo con quello di difesa dei terzi».

Ciò premesso, alla Corte non è rimasto che prendere atto che, «ad oggi», la Corte Edu non ha inteso recepire il suo auspicio, «come dimostra la sentenza della Grande camera, 11 luglio 2017, Moreira Ferreira contro Portogallo (n. 2), ove si è nuovamente sottolineata la differenza tra processi penali e civili e la necessità, con riferimento a questi ultimi, di tutelare i terzi, la cui posizione processuale non è assimilabile a quella delle vittime dei reati nei procedimenti penali (paragrafi 66 e 67)[58]. La sentenza, anzi, si segnala per l'affermazione, ripresa da diverse angolazioni nelle opinioni dissenzienti, secondo cui la riapertura dei processi interni, finanche penali, a seguito di sopravvenute sentenze della Corte Edu di accertamento della violazione di diritti convenzionali, non è un diritto assicurato dalla Convenzione (paragrafo 60, lettera *a*)»[59].

Resta da capire, poi, se l'apertura della revocazione al caso di contrasto con la sopravvenuta sentenza della Corte Edu possa trovare una via diversa, che non passi dall'espressa affermazione dell'esistenza di un obbligo convenzionale di riapertura dei processi interni (anche viste le resistenze della Corte di Strasburgo, probabilmente dettate dal timore di aggravare, se non stravolgere, il processo convenzionale).

La via, forse, potrebbe essere quella già tentata dal Consiglio di Stato, arenatosi sulle secche dell'inammissibilità: ci si potrebbe chiedere, cioè, se, una volta che lo Stato si è vincolato al sistema Cedu per implementare la tutela dei diritti fondamentali, non costituisca una irragionevole e contraddittoria compressione del diritto di difesa di quei diritti la impossibilità, in concreto, di rimuovere l'ostacolo interno del giudicato che si frappone all'effettivo raggiungimento di quell'obiettivo.

L'obbligo di procedere alla revocazione della sentenza, allora, non nascerebbe dalla fonte convenzionale ma dallo stesso sistema costituzionale (artt. 2, 3 e 24 Cost.), per come concretamente declinato dal legislatore nazionale.

Resta fermo, ovviamente, che anche tale soluzione non potrebbe andare a discapito del terzo assente al processo convenzionale, a pena di una smaccata violazione del suo diritto di difesa, sì che anche in questo caso la revocazione potrebbe essere ammessa solo a condizione che il terzo sia stato parte del processo convenzionale o sia stato posto in condizione di prendervi parte.

Con la sentenza n. 6 del 2018[60] la Corte costituzionale – chiamata da tre distinte ordinanze di rimessione

a decision without hearing the other parties concerned? Ensuring that they have the right to be heard would not only give greater effect to the principles of procedural justice, but in many cases would also afford greater insight into the issues under examination. Given the case-law developments referred to above, the rules applicable to the procedure for the examination of applications by the Court do not confer a sufficient degree of procedural legitimacy on the decisions given. Against that background, it is time to rethink the procedure before the Court in order better to adapt it to the requirements of procedural justice».

58. «66. The Court emphasises that its assessment of the Bochan (no. 2) case (cited above) focused on issues relating to the civil aspect of Article 6 of the Convention However, there are significant differences between civil and criminal proceedings. 67. The Court considers that the rights of persons accused of or charged with a criminal offence require greater protection than the rights of parties to civil proceedings. The principles and standards applicable to criminal proceedings must therefore be laid down with particular clarity and precision. Lastly, whereas in civil proceedings the rights of one party may conflict with the rights of the other party, no such considerations stand in the way of measures taken in favour of persons who have been accused, charged or convicted, notwithstanding the rights which the victims of offences might seek to uphold before the domestic courts».

59. «60. The Court reiterates that in Bochan (no. 2) (cited above) it considered the issue of the applicability of Article 6 to remedies concerning the reopening of civil proceedings which had been concluded by final judicial decisions. The principles set out by the Court in that case may be summarised as follows: (a) According to long-standing and established case-law, the Convention does not guarantee a right to have a terminated case reopened. Extraordinary remedies by which the reopening of terminated judicial proceedings may be sought do not normally involve the determination of "civil rights and obligations" or of "any criminal charge" and therefore Article 6 is deemed inapplicable to them. This approach has also been followed in cases where the reopening of terminated domestic judicial proceedings has been sought on the ground of a finding by the Court of a violation of the Convention (ibid., §§ 44-45, with the references therein). (b) However, should an extraordinary remedy lead automatically or in the specific circumstances to a full reconsideration of the case, Article 6 applies in the usual way to the "reconsideration" proceedings. Moreover, Article 6 has also been found to be applicable in certain instances where the proceedings, although characterised as "extraordinary" or "exceptional" in domestic law, were deemed to be similar in nature and scope to ordinary appeal proceedings, the national characterisation of the proceedings not being regarded as decisive for the issue of applicability (ibid., §§ 46-47). (c) In sum, while Article 6 § 1 is not normally applicable to extraordinary remedies by which the reopening of terminated judicial proceedings may be sought, the nature, scope and specific features of the relevant procedure in the legal system concerned may be such as to bring the procedure within the ambit of Article 6 § 1 and of the safeguards of a fair trial which that provision affords to litigants (ibid., § 50)».

60. M. Branca, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*, in *Giur. cost.*, n. 3/2018, p. 1521; F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, *ivi*, p. 1537; M. Mazzamuto, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, n. 3/2018, p. 704; D. Ponte, *Un segnale che punta a responsabilizzare gli attori del processo*, in *Guida al diritto*, n. 8/2018, p. 90; L. Salvato, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità "sostanziale" della questione di legittimità*, in *Forum di Quad. cost.* (*paper*), 16 maggio 2018, www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=10514; G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, n. 1/2018, p. 122; P.L. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta on line*, n. 1/2018; A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, p. 111.

a giudicare, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. (e ai parametri interposti dell'art. 6 Cedu e dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale), della legittimità costituzionale della decadenza prevista dall'art. 69, comma 7, d.lgs n. 165/2001 (nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000) – oltre a dichiarare inammissibile per difetto di motivazione la questione sollevata dal Tar Campania e rigettare nel merito quella sollevata dal Tar Lazio, ha dichiarato inammissibile per difetto di «rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice *a quo*», quella proposta dalla Corte di cassazione a sezioni unite.

L'importanza storica della sentenza attiene non alle statuizioni di merito (che peraltro riguardano la stessa vicenda substrato dell'ordinanza di rimessione del 4 marzo 2015, n. 2 – *cfr. supra*, p. 20 e note 40 e 41), ma alla motivazione di inammissibilità della questione sollevata dalle sezioni unite.

Queste ultime – adite per ricorso per cassazione avverso una sentenza del Consiglio di Stato, che aveva confermato la statuizione di primo grado di intervenuta decadenza dall'azione dei ricorrenti ai sensi del citato art. 69, comma 7, d.lgs n. 165/2001 – nel motivare la rilevanza della questione, affermano la sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione, sulla base della cosiddetta concezione "dinamica", "funzionale" o "evolutiva" della stessa.

Più in particolare, il rimettente rammenta che è principio consolidato nella sua giurisprudenza che il sindacato esercitato sulle decisioni del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, comma 1, cpc e dell'art. 110 cpa, è consentito solo ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del secondo dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*.

Ricorda ancora il rimettente che, a tale stregua, il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione è esperibile nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale – ad esempio esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto «in modo assoluto» di funzione giurisdizionale (cd. rifiuto di giurisdizione) – ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cd. limiti esterni, cioè laddove si pronunci su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure neghi la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (cd. diniego di giurisdizione).

Questa impostazione – come è noto – rispecchia quella recepita dalla Costituzione, che esclude dal controllo nomofilattico della Corte di cassazione le sentenze del giudice amministrativo e del giudice contabile, che possono essere sindacate non per violazione di legge processuale o sostanziale (come nel caso delle sentenze rese da tutti gli altri giudici, ordinari e non, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.), ma «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, comma 8, Cost.).

Fin qui, dunque, la Cassazione si muove nell'alveo dell'orientamento tradizionale, certamente conforme alle coordinate costituzionali.

Il rimettente, tuttavia, subito dopo aggiunge che negli ultimi anni[61] si è andato affermando nella sua giurisprudenza un concetto più ampio di giurisdizione, "dinamico" (o "funzionale" o "evolutivo"), che gli consentirebbe di sindacare non solo le norme sulla giurisdizione che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Alla stregua di questa impostazione, rientrerebbero nel controllo sulla giurisdizione affidato alle sezioni unite della Corte di cassazione anche le ipotesi in cui il giudice amministrativo o quello contabile deneghi una particolare forma di tutela astrattamente prevista dalla legge, ovvero, come nel caso di specie, adotti una interpretazione di una norma processuale o addirittura sostanziale che impedisca la piena conoscibilità della domanda, e cioè l'esame del merito della questione.

I casi più eclatanti che hanno condotto alla cassazione con rinvio delle sentenze dei giudici speciali sono stati, con riferimento alla giurisdizione amministrativa, quelli: 1) della pregiudiziale di annullamento, la cui assenza determinava, secondo il giudice amministrativo, la liceità dell'agire dell'amministrazione e quindi il rigetto nel merito della domanda risarcitoria; 2) del mancato esame del ricorso principale in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale paralizzante, in contrasto con una sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia; 3) del mancato esame dei motivi aggiunti in ragione del rigetto del ricorso principale,

61. Per una più compiuta analisi delle sentenze delle sezioni unite espressione dell'orientamento tradizionale e di quello evolutivo, sia consentito rimandare a P.L. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte costituzionale*, *op. cit.*

in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia; nonché, con riferimento alla giurisdizione contabile, quello del mancato esame di una istanza di definizione agevolata in presenza di appello interposto dal procuratore generale.

Ad essi si aggiunge quello, sottoposto alla Corte costituzionale dalle sezioni unite, di interpretazione di una norma interna sulla decadenza dall'azione in asserito contrasto con norme convenzionali, per come accertato da una sentenza della Corte Edu.

In tutti questi casi, la Corte di cassazione ha sostenuto che il rifiuto di giurisdizione non si ha solo quando il giudice speciale affermi di non avere giurisdizione in astratto (come è sempre stato pacifico), ma anche quando, pur affermando (anche implicitamente) che la giurisdizione è sua, per «un ostacolo di carattere generale» (leggi: per l'erronea interpretazione di una norma processuale o sostanziale) non somministri la forma di tutela prevista dalla legge ovvero non esamini nel merito la domanda, e quindi deneghi in concreto la giurisdizione.

A questo concetto lato di giurisdizione le sezioni unite sono arrivate invocando la necessità di fare applicazione di principi generali, quali: a) la primazia del diritto comunitario, b) il giusto processo, c) l'effettività della tutela e d) l'unità funzionale della giurisdizione; nonché la necessità di fronteggiare l'eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nella giurisprudenza delle sezioni unite si registrano anche arresti del medesimo filone evolutivo, ove, come nel caso dell'ordinanza di rimessione, si precisa che l'interpretazione della norma processuale o sostanziale, per fuoriuscire dall'ambito della violazione di legge ed essere sindacabile quale motivo inerente alla giurisdizione, deve essere anche «abnorme o anomala», ovvero frutto di uno «stravolgimento» (a volte definito «radicale») delle «norme di riferimento» (altre volte norme «di rito», altre volte ancora «di rito e di merito»), stravolgimento che in alcune ipotesi, come nel caso di specie, sarebbe dato semplicemente dalla natura sovranazionale delle norme violate («europee»).

La risposta della Corte costituzionale è forte e univoca: il concetto di giurisdizione dinamica (aspramente criticato in dottrina[62]) è contrario a quello accolto dalla Costituzione (da cui, nel caso di specie, l'assenza del presupposto processuale della legittimazione del giudice *a quo* o, detto in altri più comuni termini, l'implausibilità della motivazione sulla rilevanza, in punto di giurisdizione, offerta dal rimettente).

Questa risposta, passa, in primo luogo, per una rivendicazione della facoltà della Corte di verificare,

62. R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, pubblicazione su portale, 22 maggio 2017, www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2017/06/L%E2%80%99eccesso-di-potere-giurisdizionale.pdf; F. Dinelli e G. Palazzesi, *Sindacato per motivi di giurisdizione – La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, in *Giur. it*, n. 4/2015, p. 939; M. D'Orsogna, *Il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, in A. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 920; F. Elefante, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa*?, in *Foro amm. TAR*, n. 1/2008, p. 305; V. Fanti, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di cassazione sulla giurisdizione del Giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2007, p. 145; S. Fantini, *La pregiudiziale amministrativa come "!""""motivo inerente alla giurisdizione"*, in *Urb. e app.*, n. 5/2009, p. 548; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, p. 1677; A. Travi, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*", Roma, Corte di cassazione, 21 settembre 2017; A. Travi, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, n. 8/2006, p. 1041; B. Sassani, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, p. 1583; R. Vaccarella, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *Judicium*, 26 marzo 2012, www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/272/Vaccarella.pdf; G. Verde, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2013, p. 367; G. Verde, *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, n. 6/2008, p. 879; R. Villata, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2015, p. 632; *Id.*, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "Cavalieri dell'apocalisse"?*, *ivi*, n. 1/2017, p. 106; *Id.*, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, *ivi*, n. 2/2014, p. 285; R. Villata, "*Lunga marcia della Cassazione" verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)*?, *ivi*, n. 1/2013, p. 324; *Id.*, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2009, p. 897. In senso problematico, R. Rodorf, *Il rifiuto di giurisdizione*, Corte di cassazione, Roma, 21 settembre 2017, il quale afferma: «La giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, a partire dall'ultimo decennio circa, ha dato segno – sia pure con molta cautela e sempre in relazione a situazioni ben determinate – di volersi spingere un po' oltre il confine tradizionalmente segnato dalla già accennata distinzione tra limiti interni ed esterni; o forse si potrebbe dire che ha manifestato talvolta una certa tendenza a spostare quei limiti un po' più in là»; nello stesso senso, P. Vittoria, *Sparse considerazioni in tema di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, n. 8/2007, p. 1041. È invece apertamente favorevole al nuovo corso A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*, Corte di cassazione, Roma, 21 settembre 2017 (www.corteconti.it/Download?id=077a7e36-9aa7-4a6b-bbd9-26a120b5fbb8), in quanto l'ampliamento del concetto di motivi inerenti alla giurisdizione sarebbe espressione del tendenziale orientamento del Costituente a favore della giurisdizione unica (dello stesso Autore, vds. anche *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, in questa *Rivista online*, 18 aprile 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/l-eccesso-di-potere-giurisdizionale-e-il-diritto-eurounitario_18-04-2017.php); favorevole, ma solo per il caso di abnormità della decisione, M.A. Sandulli, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, pubblicazione su portale, 6 giugno 2017, www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2017/06/A-proposito-del-sindacato-della-Corte-di-cassazione-sulle-decisioni-dei-giudici-amministrativi.pdf.

in maniera stringente, la tesi del rimettente sulla sussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione, rivendicazione basata sul rilievo che tale tesi si fonda sull'esegesi di norme costituzionali, di cui la Corte è interprete ultimo, e, in particolare, sui commi settimo e ottavo dell'art. 111, che «regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali»[63].

Ciò permesso, la sentenza n. 6 del 2018 afferma, senza mezzi termini, che, mentre il settimo comma dell'art. 111 stabilisce che avverso le sentenze dei giudici ordinari e (degli altri giudici) speciali «è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge» (sostanziale e processuale), il seguente ottavo comma, in chiara contrapposizione con la precedente disposizione, prevede che il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è limitato ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione».

La tesi del rimettente, dunque, nella misura in cui riconduce ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* ai motivi inerenti alla giurisdizione, si pone in contrasto con la chiara lettera delle citate disposizioni costituzionali.

La tesi della giurisdizione dinamica, inoltre, è contraria al loro stesso spirito, perché mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti, che, come dimostra in particolare l'art. 111, comma 8, Cost., hanno optato per un assetto pluralistico delle giurisdizioni.

A supporto della sua motivazione, la Corte ha facile gioco nel richiamare, in primo luogo, la sentenza n. 204 del 2004: «La corretta interpretazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost. e il suo ruolo determinante, ai fini della posizione costituzionale del giudice amministrativo e di quello contabile nel concerto delle giurisdizioni, sono stati messi chiaramente in luce da questa Corte. Con la sentenza n. 204 del 2004 si è infatti rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi. Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della "soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione" e la sua limitazione "al solo eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

E, in secondo luogo, la sentenza n. 77 del 2007, ove si è aggiunto che «perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione».

È questo, dunque, il cuore della motivazione[64] della sentenza n. 6 del 2018, che nei paragrafi successivi si premura anche di confutare i singoli argomenti posti a sostegno dell'indirizzo evolutivo[65] e di

63. M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, *op. cit.*: «Non poteva dunque mancare un intervento anche sull'art. 111 Cost., sia perché si tratta di uno dei tasselli fondamentali nell'assetto dell'ordinamento giurisdizionale, sia perché il sindacato sulle pronunce dei giudici speciali è oggetto di una previsione costituzionale, rimessa dunque, in ultima istanza, all'interpretazione del giudice delle leggi. Ed un siffatto intervento appariva tanto più ineludibile di fronte alla valenza sistematica che avevano sembrato ormai assumere i nuovi orientamenti del giudice della giurisdizione». Nonché L. Salvato, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità*, *op. cit.*: «La Corte ha ritenuto incompatibile con l'art. 111, ottavo comma, Cost. l'interpretazione c.d. "evolutiva" della giurisdizione accolta dal rimettente e ciò ha fatto muovendo dalla premessa che la verifica di detta tesi doveva essere più stringente. Il relativo accertamento, secondo la sentenza, implica infatti l'interpretazione delle norme costituzionali (art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost.) che "regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali" e, proprio per questo, rientra nella sua competenza naturale, in quanto garante ed interprete ultimo della Costituzione».

64. Sugli stringenti passaggi motivazionali della Corte si veda M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, *op. cit.*: «In tal senso, viene anzitutto messo in evidenza il dato esegetico. L'art. 111, riguardo alla impugnabilità delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, fa significativamente riferimento ai "soli" motivi inerenti alla giurisdizione, mentre, per altri giudici, lo stesso articolo configura il ricorso in cassazione per violazione di legge. Ma l'argomento principale rimane quello sistematico, ovvero sia "la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni", di cui la citata previsione dell'art. 111, correttamente interpretata, costituisce, tra altri, un naturale quanto ineludibile corollario»; nonché A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale*, *op. cit.*: «La Corte costituzionale, nella sentenza in esame, dichiarando inammissibile la questione sollevata dalle Sezioni unite, ha confutato anche la tesi che ne rappresentava il presupposto, rappresentata da una lettura "evolutiva" dell'art. 111, comma 8, Cost.: una lettura del genere "non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale". Le considerazioni svolte in proposito dalla Corte costituzionale, come la genesi della disposizione costituzionale, la chiarezza del suo testo, la codificazione in essa di una nozione tipica di "motivi inerenti alla giurisdizione", l'insufficienza dell'argomento 'evolutivo' e la sua sostanziale arbitrarietà, l'assoluta debolezza da ultimo dell'argomento 'quantitativo', mi sembrano tutte evidenti e non richiedono perciò particolare illustrazione».

65. Punti 14 e 14.1 del *considerato in diritto*.

riaffermare gli ambiti costituzionalmente legittimi del controllo per motivi di giurisdizione affidato alla Corte di cassazione[66].

Immediatamente dopo la sentenza n. 6 del 2018 ci si era chiesti[67] quale sarebbe stato il prosieguo della tormentata vicenda della giurisdizione dinamica e, in particolare, quale sarebbe stata la risposta della Corte di cassazione.

Ebbene, quest'ultima[68], vista la netta presa di posizione della Corte costituzionale, ha apertamente sconfessato e totalmente riassorbito[69] l'orientamento minoritario: «[n]on è infatti consentita la censura della sentenza con la quale il giudice amministrativo adotti una interpretazione di una norma processuale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda ed in tal senso è intervenuta la Corte costituzionale (sentenza n. 6 del 2018), che ha ridimensionato drasticamente quell'ambito non solo escludendo in radice ogni legittimità dell'interpretazione estensiva (sulla base del concetto funzionale od evolutivo o dinamico della giurisdizione), ma pure circoscrivendo sensibilmente l'operatività della giurisprudenza maggioritaria. Il Giudice delle leggi ha invero statuito che la tesi che il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* non può qualificarsi "evolutiva" o "dinamica", perché irrimediabilmente illegittima in quanto incompatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale. Pertanto, deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione che consenta una più o meno completa assimilazione del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "motivi inerenti alla giurisdizione" con il ricorso in Cassazione per violazione di legge (punto 11 delle ragioni in diritto della qui esaminata sentenza della Consulta), visto che l'intervento delle Sezioni Unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu. Ne consegue che l' "eccesso di potere giudiziario" va riferito alle sole ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, nonché a quelle di difetto assoluto di giurisdizione, cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento). La medesima pronuncia della Consulta esclude poi che il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato, ammetta soluzioni intermedie, come quella secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle norme di riferimento, poiché "attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive"»[70].

Tanto, almeno, fino alla recentissima ordinanza n. 19598 del 19 settembre 2020, con cui le sezioni unite, dato atto del loro stesso diritto vivente consolidatosi in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, inaspettatamente hanno rimesso alla Corte di giustizia la valutazione sulla compatibilità con il diritto comunitario di tale «prassi interpretativa», in forza della quale il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può essere utilizzato per impugnare le sentenze del Consiglio di Stato che violino il diritto comunitario; le sezioni unite hanno poi ritenuto di dovere avanzare anche una seconda questione pregiudiziale, avente ad oggetto la compatibilità con il diritto dell'Unione della loro ulteriore consolidata «prassi giurisprudenziale», secondo cui il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione non può essere utilizzato per lamentare la violazione, da parte del Consiglio di Stato, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, rinvio che in tale sede non possono operare neanche le stesse Sezioni unite[71]; nonché una terza

66. Punti 15 e 16 del *considerato in diritto*.

67. P.L. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte costituzionale*, *op. cit.*

68. Sez. unite, 19 luglio 2019, n. 19283.

69. Tra le tante sentenze, si vedano 21 agosto 2020, n. 17580; 26 maggio 2020, n. 9775; 13 maggio 2020, nn. 8842 e 8843, ove si legge: «La sentenza della Corte costituzionale, nella parte sopra richiamata, benché abbia dichiarato inammissibile la questione scrutinata, ha carattere vincolante, dato che detta pronuncia ha identificato gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti ed i limiti del ricorso ex art. 111 Cost., comma 8, così decidendo una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti (con riguardo a quelli tra le giurisdizioni contemplate dal parametro), che non può non spettare alla Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali»; nonché 13 marzo 2020, n. 7215; 18 giugno 2019, n. 16338; 14 giugno 2019, n. 15992; 12 giugno 2019, n. 15744; 16 maggio 2019, n. 13243; 25 marzo 2019, n. 8311; 20 marzo 2019, n. 7926; 19 dicembre 2018, n. 32773; 17 dicembre 2018, n. 32621; 30 luglio 2018, n. 20168.

70. Sez. unite, 10 giugno 2020, n. 11125.

71. Si vedano, *infra*, le note 74 e 75.

questione pregiudiziale, volta a chiarire se «i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C- 100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla "soglia di sbarramento" attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara)».

Limitatamente al diritto dell'Unione, dunque, le sezioni unite ripropongono la nozione di giurisdizione dinamica e, dopo la bocciatura della Corte costituzionale, chiedono l'avallo interpretativo della Corte di giustizia, ma tale mossa desta forti perplessità sia per il metodo che per la sostanza.

Dalla prima angolazione, è evidente che l'ordinanza in commento mette in dubbio l'attitudine alla minima coerenza nomofilattica delle stesse sezioni unite, la cui capacità di riassorbire l'orientamento minoritario, in relazione alle ipotesi di violazione del diritto comunitario[72], è durata dalla sera alla mattina.

Al solo fine di rovesciare il loro orientamento maggioritario e di fare passare una linea interpretativa già giudicata non conforme a Costituzione, le sezioni unite questa volta tirano per la giacchetta la Corte di giustizia, non avvedendosi, probabilmente, che in tal modo è la loro stessa autorevolezza a essere messa in discussione.

Quanto alla sostanza, l'*iter* argomentativo dell'ordinanza, a proposito della prima questione, è il seguente: 1) il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia, «esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione — per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale — censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione»; 2) «[d]iversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione»; 3) «l'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione»; 4) a tale esigenza non può sopperire lo strumento della revocazione, sia per la sua configurazione attuale che per suoi non modificabili limiti strutturali, non potendosi escludere che «anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione»; 5) l'autonomia procedurale riconosciuta agli Stati membri, in base alla quale è rimessa ad essi l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, può essere invocata alla duplice condizione che le modalità prescelte non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività); 6) nel caso di specie, il principio di equivalenza non sarebbe rispettato, poiché nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale è ammesso il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, «cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore», mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, sarebbero inammissibili i ricorsi per cassazione «volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della

72. Sulla inconfigurabilità di un motivo inerente alla giurisdizione anche ove l'*error in iudicando* cada su norma di diritto dell'Unione, si vedano, dopo la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, Cass. civ., sez. unite, 21 agosto 2020, n. 17580; Cass. civ., sez. unite, 6 marzo 2020, n. 64601 e Cass. civ., sez. unite, 6 maggio 2019, n. 13243, citata dalla stessa ordinanza.

Corte di giustizia»; 7) nemmeno sarebbe rispettato il principio di effettività, poiché esso, inteso «non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale», imporrebbe un esame del merito della controversia.

Tutte queste considerazioni, pertanto, porterebbero a ritenere che l'estremo rimedio a tutela del diritto dell'Unione violato dai giudici amministrativi (e contabili) sia dato dal ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, senza che rilevi la sua ristretta conformazione voluta dalla Costituzione (a tutela della pluralità delle giurisdizioni), perché anche le norme costituzionali devono essere disapplicate se lesive dei principi di primazia ed efficacia diretta del diritto dell'Unione.

Al di là della assiomaticità ed estrema singolarità teorica di alcuni di questi[73] (e di altri) passaggi argomentativi, la tesi di fondo è, dunque, che è incompatibile con il diritto comunitario la norma ordinamentale e procedurale dettata in Costituzione (art. 111, comma 8), secondo cui nel giudizio amministrativo vi sono solo due gradi di giudizio di fatto e di legittimità, mentre il giudizio di cassazione è limitato ai motivi inerenti alla giurisdizione, che non investono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*.

Tale tesi è all'evidenza fallace, perché la scelta di quanti e quali gradi di giudizio assicurare alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive è rimessa agli Stati membri, in quanto chiara espressione della loro autonomia procedurale[74], e tale scelta, ovviamente, attiene anche alla conformazione dei motivi di ricorso per cassazione: «27. Il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizione i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza» (Corte di giustizia, sezione prima, *Abdelhafid Bensada Benallal*, C-161/15, 17 marzo 2016).

Destinato al fallimento è il tentativo dell'ordinanza di dimostrare il mancato rispetto di tali principi, che condizionano il libero esplicarsi dell'autonomia procedurale.

La norma costituzionale, infatti, assicura senz'altro il principio di equivalenza, poiché il ricordato assetto processuale (due gradi di giudizio pieno e ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione) vale per tutte le posizioni giuridiche affidate alla tutela del giudice amministrativo, sia che originino da norme interne sia che nascano da norme dell'Unione[75].

Il "*tertium comparationis*" invocato dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale, costituito dall'invasione, a

73. Il riferimento, in particolare, è alle radicali affermazioni secondo cui il giudice nazionale che decida una controversia facendo applicazione di una norma interna in violazione del diritto dell'Unione eserciti, per ciò solo, un'attività «di produzione normativa» non consentita neanche al legislatore nazionale (affermazione che in realtà sembra utile alle sezioni unite per poi predicare, come si dirà appresso, un'improbabile assimilazione del caso di specie all'invasione della sfera del legislatore), e che nelle materie interessate dal diritto dell'Unione la giurisdizione esisterebbe «esclusivamente» in funzione dell'applicazione di quel diritto.

74. Cgue [GS], *Unibet*, C-432-05, 13 marzo 2007: «39. Occorre altresì ricordare che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze citate Rewe, punto 5; Comet, punto 13; Peterbroeck, punto 12; 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage e Crehan, Racc. pag. I-6297, punto 29, nonché 11 settembre 2003, causa C-13/01, Safalero, Racc. pag. I-8679, punto 49). 40. Infatti, nonostante il Trattato CE abbia istituito un certo numero di azioni dirette che possono essere eventualmente esperite dai singoli dinanzi al giudice comunitario, detto Trattato non ha comunque inteso creare mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale (sentenza 7 luglio 1981, causa 158/80, Rewe, Racc. pag. 1805, punto 44). 41. La situazione sarebbe diversa solo se risultasse dall'economia dell'ordinamento giuridico nazionale in questione che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1976, Rewe, cit., punto 5, e sentenze citate Comet, punto 16, nonché Factortame e a., punti 19-23). 42. Pertanto, anche se in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto comunitario richiede tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale (v., in particolare, sentenze 11 luglio 1991, cause riunite da C-87/90 a C-89/90, Verholen e a., Racc. pag. I-3757, punto 24, e Safalero, cit., punto 50). Spetta infatti agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto di tale diritto (sentenza Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, cit., punto 41). 43. A tale riguardo, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza 16 dicembre 1976, Rewe, cit., punto 5, e sentenze citate Comet, punti 13-16; Peterbroeck, punto 12; Courage e Crehan, punto 29; Eribrand, punto 62, nonché Safalero, punto 49)».

75. Cgue, sez. prima, *Abdelhafid Bensada Benallal*, C-161/15, 17 marzo 2016: «[s]i deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, il principio di equivalenza presuppone che la norma nazionale controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sui diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno aventi un oggetto e una causa analoghi (sentenza del 27 giugno 2013, Agrokonsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 39). Il rispetto di tale principio presuppone un pari trattamento dei ricorsi basati su una violazione del diritto nazionale e di quelli, analoghi, basati su una violazione del diritto dell'Unione (sentenza del 6 ottobre 2015, Târşia, C-69/14, EU:C:2015:662, punto 34)».

opera del giudice, della sfera riservata al legislatore, è per contro del tutto eccezionale (se non teorico) ed eccentrico (se non pretestuoso), per ciò solo inidoneo, secondo la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia[76], a fungere da grimaldello per l'applicazione del principio di equivalenza.

Basti ricordare, al riguardo, che per le stesse sezioni unite è «chiara la implausibilità del tentativo di configurare un eccesso di potere a danni del legislatore rinvenendolo in una attività di individuazione interpretativa. È stata anche di recente affermata da queste Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 20698 del 2013; Cass., S.U., n. 24411 del 2011; Cass., S.U., n. 2068 del 2011) la non configurabilità del preteso eccesso di potere le volte in cui il Giudice speciale od ordinario individui una *regula juris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso la consueta attività di interpretazione anche analogica del quadro delle norme. Si è in particolare ricordato che, con riguardo ai limiti al sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto – dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata – detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolventesi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto (Cass., S.U., n. 20698 dei 2013, cit.)» (Cass. civ., sez. unite, 23 dicembre 2014, n. 27341)[77].

Quanto al principio di effettività, poi, un sistema processuale che assicura un doppio grado di giudizio (di fatto e di legittimità), un ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, la revocazione (ordinaria e straordinaria) e, a chiusura del sistema, ulteriori tre gradi di giudizio (più la revocazione) per fare valere l'eventuale azione risarcitoria per violazione del diritto dell'Unione[78], in nessun modo può ritenersi che impedisca l'esame del merito delle pretese basate su quel diritto, e quindi renda impossibile o eccessivamente difficile il loro esercizio (non è un caso che le sezioni unite citino la non pertinente sentenza *Lombardi*, secondo cui il principio di effettività è minato dalla preclusione *totale* dell'esame del merito del ricorso principale, ossia dalla radicale *assenza* di un rimedio giurisdizionale[79]).

La seconda questione pregiudiziale, poi, con una ulteriore fuga in avanti, mette in dubbio la granitica giurisprudenza delle stesse sezioni unite, mai fino ad ora contraddetta (neanche dalle pronunce adesive alla teoria della giurisdizione dinamica), secondo cui il sindacato sulla giurisdizione del giudice speciale «non include il controllo sull'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia»[80], trattandosi di mero *error in procedendo* interno alla giurisdizione amministrativa, e non consente alla Corte di cassazione di operare essa stessa il rinvio pregiudiziale, essendo il Consiglio di Stato, «in quanto organo di vertice nell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza»[81], il giudice di ultima istanza ai sensi dell'art.

76. Si vedano le sentenze della Corte di giustizia riportate alle note 74 e 75, ove il termine di comparazione viene individuato nei «ricorsi *analoghi* di natura interna».

77. Per una ipotesi in cui le sezioni unite hanno escluso che la violazione del diritto dell'Unione sia sindacabile quale sconfinamento nell'attività legislativa, vds. la sentenza 17 gennaio 2017, n. 956. Più in generale, sulla eccezionalità della cd. invasione della sfera legislativa, si vedano, tra le altre, le decisioni delle sez. unite, 15 aprile 2020, n. 7839; 19 marzo 2020, n. 7453; 13 marzo 2020, n. 7215; 14 gennaio 2020, n. 413; 20 aprile 2017, n. 9967; 10 aprile 2017, n. 4094; 27 marzo 2017, n. 7758; 21 marzo 2017, n. 7157; 1° febbraio 2016, n. 1840; 21 novembre 2011, n. 24411.

78. Tra le tante, Cass. civ., sez. unite, 4 febbraio 2014, n. 2403: «Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione. Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone né di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito né di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica»; nello stesso senso, tra le tante, sez. unite, 17 novembre 2015, n. 23460: «Del resto l'ordinamento giuridico interno assicura comunque un'effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria (Cass. S.U. 5 luglio 2013 n. 16886)»; nonché sez. unite, 4 febbraio 2014, n. 2403 e 5 luglio 2013, n. 16886. Si vedano anche F. Dinelli e G. Palazzesi, *Sindacato per motivi di giurisdizione*, *op. cit.*

79. Così Cgue [GS], *Unibet*, cit., riportata alla nota 74.

80. Sez. unite, 17 novembre 2015, n. 23460. Sia consentito anche rinviare a P.L. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte costituzionale*, *op. cit.*, pp. 10 ss.

81. Sez. unite, 1° marzo 2012, n. 3236.

267, comma 3, Tfue, cui spetta garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno con quello dell'Unione[82].

È peraltro ovvio che tale seconda questione pregiudiziale è intimamente legata alla prima, perché, una volta ritenuta la non incompatibilità con il diritto comunitario della limitazione del ricorso per cassazione ai soli motivi inerenti alla giurisdizione con esclusione del controllo sulla violazione di legge (anche comunitaria), l'organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso di diritto interno volto a far valere i diritti nascenti dall'ordinamento europeo (*id est* il giudice di ultima istanza) è, ai sensi della ricordata norma del Trattato, il Consiglio di Stato e non la Corte di cassazione a sezioni unite.

Con la terza questione pregiudiziale, quest'ultime, dopo avere nuovamente mostrato una convinta adesione alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di interesse strumentale e di rapporti tra ricorsi principale e incidentale escludente, si limitano, in sostanza, a richiedere al giudice europeo un'ulteriore conferma della sua posizione.

Nonostante le maglie molto larghe della valutazione sulla rilevanza normalmente operata dalla Corte di giustizia, sembra che a tale questione essa possa sentirsi chiamata a rispondere solo ove, improbabilmente, ritenga che la Corte di cassazione, in sede di motivi inerenti alla giurisdizione, debba sindacare il diritto dell'Unione e operare il rinvio pregiudiziale quale giudice di ultima istanza, mentre in caso contrario quella questione non avrebbe alcuna influenza concreta sulla soluzione (d'inammissibilità) del ricorso.

Quanto al merito di tale risposta, ove la Corte di giustizia dovesse scegliere di pronunciarsi nonostante il rilievo che precede, data la mancanza nell'ordinanza di rimessione di qualsiasi argomentazione critica rispetto alla giurisprudenza europea (e anzi mancando un vero e proprio dubbio interpretativo), l'esito più prevedibile sembrerebbe la riaffermazione dei discutibili principi da ultimo esplicitati nella sentenza *Lombardi* esaminata al paragrafo che precede[83].

5. La Scia e la tutela del terzo

Con le sentenze nn. 45 del 2019 e 153 del 2020, la Corte ha affrontato l'annosa questione della tutela del terzo leso dalla Scia.

Nel primo caso essa è stata adita dal Tar Toscana, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-*ter*, legge n. 241/1990, «nella parte in cui non prevede un termine finale per la sollecitazione, da parte del terzo, dei poteri di verifica sulla Scia spettanti all'amministrazione», in riferimento agli artt. 3, 11, 97, 117, primo comma – quest'ultimo in riferimento all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Cedu, e all'art. 6, par. 3, del Trattato sull'Unione europea (Tue) – e secondo comma, lett. *m*, Cost.

Nel secondo, è stata invece adita dal Tar Emilia-Romagna, Parma, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione, in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., ma nella parte in cui consente ai terzi lesi da una Scia edilizia di esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, cpa, e ciò soltanto dopo aver sollecitato l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione.

Sebbene le questioni fossero poste da due angoli prospettici opposti (quello di un lamentato difetto di tutela del segnalante, per il Tar Toscana, e quello di un lamentato difetto di tutela del terzo, per il Tar Emilia-Romagna), la Corte, già nel primo dei due arresti, ha esaminato la questione unitariamente, «trattandosi

82. Tra le tante pronunce delle sezioni unite, si vedano: 6 marzo 2020, n. 6460, secondo cui: «[n]eppure può accedersi alla richiesta di rinvio pregiudiziale: la quale inutilmente si fonda (Cass. Sez. U. 22/5/2017, n. 12796) sulla denuncia dei medesimi vizi dedotti nei mezzi di censura ed attinenti alle modalità con le quali il Consiglio di Stato ha esercitato la propria giurisdizione nell'interpretazione delle norme alla stregua dei parametri europeo e costituzionale: da un lato, tale richiesta così postula la soluzione, in senso favorevole alla ricorrente, di questioni sulle quali, come si è appena detto, questa Corte è priva di potestà di sindacato e sarebbe quindi non pertinente (o, con terminologia nazionale, irrilevante); e, dall'altro lato, difetta in radice il potere di questa Corte di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omesso dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata, siccome spetta a queste Sezioni Unite solo di vagliarne il rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi (Cass. Sez. U. 08/07/2016, n. 14042; Cass. Sez. U. 19/09/2017, n. 21617)»; nonché 18 dicembre 2018, n. 32622; 15 novembre 2018, n. 29391; 17 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 956; 14 dicembre 2016, n. 2403; 20 maggio 2016, n. 10501; 8 luglio 2016, n. 14042; 17 novembre 2015, n. 23460; 4 febbraio 2014, n. 2403; 20 gennaio 2014, n. 1013; 05 luglio 2013, n. 16886; 1° marzo 2012, n. 3236.

83. Dal momento che, secondo la Corte di giustizia, la chiarezza della norma o della sua interpretazione giurisprudenziale, pur esonerando il giudice di ultima istanza dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, non conduce a una pronuncia di inammissibilità, «Quanto all'asserita chiarezza della soluzione della questione sollevata, occorre ricordare che, quando la soluzione di una questione pregiudiziale può essere chiaramente dedotta dalla giurisprudenza o quando essa non dà adito ad alcun ragionevole dubbio, da un lato, il giudice le cui decisioni non sono impugnabili non ha l'obbligo, in talune circostanze, di sollevare una questione pregiudiziale (v., in questo senso, sentenze 6 ottobre 1982, causa 283/81, Cilfit e a., punti 14 e 16-20) e, dall'altro, la Corte può statuire con ordinanza motivata conformemente all'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura. Tuttavia tali circostanze non vietano in alcun modo al giudice nazionale di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale (v., in tal senso, citata sentenza Cilfit e a., punto 15) e non hanno per effetto di rendere la Corte incompetente a statuire su una siffatta questione» (Cgue, *Unión General de Trabajadores de La Rioja*, da C-428/06 a C-434/06, 11 settembre 2008).

di aspetti necessariamente connessi, poiché l'intera disciplina della Scia è volta alla ricerca di un equilibrio fra l'interesse (...) del segnalante al consolidamento della propria situazione giuridica e quello dei controinteressati lesi dall'attività segnalata» (sentenza n. 153 del 2020), oltre che – ovviamente – di quello pubblico al rispetto della legalità.

Per meglio inquadrare l'oggetto delle questioni, appare utile un *excursus* normativo e giurisprudenziale.

Negli ultimi decenni, anche e soprattutto sotto la spinta dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea (tradotti nella direttiva n. 2006/123/CE, cd. "direttiva Bolkestein"), accanto all'introduzione di strumenti di semplificazione dell'attività amministrativa (come il silenzio assenso e la conferenza di servizi), il legislatore ha via via introdotto forme di liberalizzazione di sempre più vasti settori di attività assoggettate a regime amministrativo, passando da un modello autorizzatorio *ex ante* a uno di controllo *ex post*, basato sulle dichiarazioni e sulle correlative assunzioni di responsabilità degli interessati.

Il percorso ha avuto inizio con l'introduzione dell'istituto della denuncia di inizio attività (d'ora in avanti: Dia) a opera dell'art. 19 l. n. 241/1990 e, con riferimento alla materia edilizia, degli artt. 22 e 23 dPR 6 giugno 2001, n. 380[84]. La Dia, per come risultante a seguito di alcuni interventi legislativi intervenuti tra il 2005 e il 2009, poteva essere a legittimazione differita, nel qual caso l'attività poteva essere intrapresa solo dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione (art. 19, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990), ovvero a legittimazione immediata, quando l'esercizio dell'attività era consentito sin dalla data di presentazione della dichiarazione[85] (art. 19, comma 2, secondo periodo).

In seguito alle modifiche apportate all'art. 19 dall'art. 49 della legge 30 luglio 2010, n. 122[86], la Dia a efficacia variabile è stata sostituita con la Scia, a efficacia immediatamente legittimante, per tutti i casi in cui l'atto autorizzativo, comunque denominato, è vincolato alla sola esistenza dei requisiti e presupposti richiesti dalla legge e non vi è, dunque, alcuno spazio per valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione.

All'immediata intrapresa dell'attività oggetto di denuncia o segnalazione si accompagnano successivi poteri di controllo della p.a., poteri nuovamente rimodulati a seguito delle modifiche apportate dall'art. 6 l. n. 124/2015 agli artt. 19 e 21-*novies* l. n. 241/1990.

Sulla base dell'attuale quadro normativo, «[i]l dichiarante è (...) titolare di una situazione soggettiva originaria, che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge, sempre che ricorrano i presupposti normativi per l'esercizio dell'attività e purché la mancanza di tali presupposti non venga stigmatizzata dall'amministrazione con il potere inibitorio, repressivo o conformativo, da esercitare comunque nei termini di legge. Si può, quindi, affermare che il privato è titolare di una posizione di vantaggio immediatamente riconosciuta dall'ordinamento, che gli consente di realizzare direttamente il proprio interesse, previa instaurazione di una relazione con la pubblica amministrazione, ossia un 'contatto amministrativo', mediante l'inoltro della segnalazione certificata. Il privato è, poi, titolare di un interesse oppositivo a contrastare le determinazioni per effetto delle quali l'amministrazione, esercitando il potere inibitorio, repressivo o conformativo, incida negativamente sull'*agere licere* oggetto della segnalazione»[87].

Più in particolare, l'art. 19, comma 3[88], nella versione attuale, attribuisce alla p.a. un triplice ordine di

84. Il modello della Dia è stato in seguito recepito dall'art. 12 d.lgs 29 dicembre 2003, n. 387, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili; dagli artt. 87 e 87-*bis* d.lgs 1° agosto 2003, n. 259, in materia di comunicazioni elettroniche; dall'art. 38 dl 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, in materia di attività produttive, e dagli artt. 8, 17 e 64 d.lgs 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della cd. "direttiva servizi", in materia di attività imprenditoriali e professionali. Il modello della Scia è stato recepito dal dPR 9 luglio 2010, n. 159, in materia di accreditamento delle agenzie delle imprese, e dal dPR 7 settembre 2010, n. 160, in tema di sportello unico delle attività produttive. Sul tema dell'applicabilità di detto modello alla materia edilizia è intervenuto l'art. 5 dl 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106. Ulteriori modifiche al regime dell'istituto sono state apportate dall'art. 2 dl 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35/2012; dal dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 134/2012; dal dl 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 116/2014 e, infine, dal dl 12 settembre 2014, n. 133, cd. "sblocca-Italia", convertito, con modificazioni, dalla l. n. 164/2014.

85. Per l'esercizio delle attività di impianti produttivi di beni e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri a efficacia abilitante.

86. «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica».

87. Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 839 del 2016 sullo «schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività – SCIA».

88. «L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, [disponendo la sospensione dell'attività

poteri (inibitori, repressivi e conformativi), esercitabili entro il termine ordinario di sessanta giorni dalla presentazione della Scia, dando la preferenza a quelli conformativi («qualora sia possibile»).

Il comma 4 dispone che, decorso tale termine, tali poteri sono ancora esercitabili «in presenza delle condizioni» previste dall'art. 21-*novies*[89], ossia delle condizioni previste per l'annullamento in autotutela degli atti illegittimi, e cioè l'esistenza di un interesse pubblico ulteriore, il suo bilanciamento con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati e, soprattutto, il termine massimo di diciotto mesi previsto per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati[90].

Il comma 6-*bis* applica questa disciplina anche alla Scia edilizia, riducendo però il primo termine da sessanta a trenta giorni. Esso prevede, inoltre, che, «[f]atta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano (...) ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali».

Il censurato comma 6-*ter* chiarisce che la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili.

La stessa disposizione prevede, poi, che i terzi controinteressati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, cpa.

L'art. 21, rubricato «Disposizioni sanzionatorie», al comma 1 dispone che, ove la Scia (e il silenzio assenso) si basino su dichiarazioni mendaci o false attestazioni, «non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria previsti dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'art. 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato».

Ai sensi del comma 2-*bis*, poi, «[r]estano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20».

Infine, il comma 3 prevede che la decorrenza del termine per l'esercizio del potere di controllo di cui all'art. 19, comma 3, e la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 20 «non escludono la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti».

Nella nota sentenza 29 luglio 2011, n. 15, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato dava conto della presenza nella giurisprudenza amministrativa di due macro-orientamenti[91].

Secondo il primo, la Dia (ma analoghe considerazioni valgono per la Scia) non «è uno strumento di liberalizzazione imperniato sull'abilitazione legale all'esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio pubblicistico ma rappresenta un modulo di semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire, per effetto di un'informativa equiparabile ad una domanda, un titolo abilitativo costituito da un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale che si perfeziona a seguito dell'infruttuoso decorso del

intrapresa e] prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata. Con lo stesso atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa. L'atto motivato interrompe il termine di cui al primo periodo, che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle suddette misure. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata».

89. Ai sensi del comma 1, il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, «sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo». Ai sensi del comma 2-*bis*, l'amministrazione conserva il potere di intervenire dopo la scadenza del richiamato termine di diciotto mesi nel solo caso in cui i provvedimenti amministrativi sono stati «conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato», «fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

90. Avendo la Scia effetti ampliativi della sfera giuridica del segnalante, deve farsi riferimento in ogni caso non al «termine ragionevole» ma a quello di diciotto mesi previsto dall'art. 21-*novies* per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Così R. De Nictolis, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, pubblicazione su portale, 22 novembre 2017, www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2017/11/L%E2%80%99autotutela-provvedimentale-di-annullamento-degli-atti-illegittimi-tra-principi-costituzionali-regole-e-eccezioni.pdf.

91. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali anche anteriori all'adunanza plenaria, si vedano L. Gizzi, *SCIA e tutela del terzo: brevi considerazioni alla luce della legge Madia e dei decreti attuativi*, in *Riv. giur. edil.*, n. 3/2017, p. 112; M.A. Sandulli, *La segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.) (Artt. 19 e 21 L. n. 241 del 1990 S.M.I.)*, in *Id.* (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 155.

termine previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento di divieto. Trattasi, quindi, di una fattispecie a formazione progressiva che, per effetto del susseguirsi dell'informativa del privato e del decorso del tempo per l'esercizio del potere inibitorio, culmina in un atto tacito di assenso, soggettivamente e oggettivamente amministrativo. Corollario processuale di detta tesi è l'affermazione secondo cui i terzi lesi dal silenzio serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a. sono legittimati a reagire con le forme e nei tempi del ricorso ordinario di annullamento del provvedimento amministrativo (artt. 29 e 41 del codice del processo amministrativo)».

Per i suoi sostenitori – proseguiva l'adunanza plenaria – tale impostazione aveva il pregio di coniugare «l'esigenza di piena tutela del terzo, legittimato a reagire in sede giurisdizionale a seguito della formazione del titolo senza bisogno dell'attivazione della procedura finalizzata alla formazione del silenzio-rifiuto (o inadempimento), con i principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento legittimo in capo al denunciante, soddisfatti dall'applicazione dei termini del giudizio impugnatorio che precludono la contestazione giudiziaria dell'assetto impresso dal titolo amministrativo, ancorché perfezionatosi *per silentium*, a seguito del decorso del termine decadenziale di sessanta giorni, decorrente dalla piena conoscenza del silenzio significativo»[92].

Questa tesi, tuttavia, finiva con l'annullare la differenza sostanziale tra la Dia/Scia e il silenzio assenso, che invece hanno ambiti di applicazione differenti, essendo volti, rispettivamente, a liberalizzare determinate attività non più soggette a preventiva autorizzazione e a semplificare l'azione amministrativa finalizzata al rilascio di un titolo autorizzatorio, pur sempre necessario.

Secondo un altro orientamento, invece, la Dia/Scia doveva essere considerata un atto privato, sia soggettivamente, perché consiste in una dichiarazione con cui l'interessato notizia l'amministrazione di aver intrapreso una determinata attività, sia oggettivamente, perché in essa non può ravvisarsi alcuna funzione autorizzatoria. A fronte di quest'atto privato l'amministrazione conserva poteri di verifica, in un'ottica successiva di controllo[93].

Non potendo darsi un'azione di annullamento avverso un atto privato, privo di valore provvedimentale, la tutela del terzo sarebbe passata, secondo alcuni, da un'azione avverso il silenzio inadempimento maturato per il mancato esercizio dei poteri inibitori e repressivi da parte dell'amministrazione, e, secondo altri, da un'azione di accertamento autonoma atipica.

Nel dirimere il contrasto, l'adunanza plenaria, dopo aver qualificato la Dia/Scia quale «atto soggettivamente e oggettivamente privato», in virtù della «sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti», aveva ritenuto che l'inerzia della p.a. protratta oltre il sessantesimo giorno rivestisse il significato tacito di rigetto o di diniego, essendo assimilabile a una presa d'atto dell'insussistenza dei presupposti per disporre il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione degli eventuali effetti dannosi[94].

Il terzo, portatore di un interesse pretensivo al conseguimento di una misura inibitoria, avrebbe potuto dunque esperire, nell'ordinario termine di decadenza, l'azione impugnatoria del silenzio diniego e, a completamento della sua tutela, l'azione di annullamento avrebbe potuto essere accompagnata da quella di condanna dell'amministrazione all'esercizio dei poteri di verifica[95].

Inoltre, nelle more della formazione del titolo tacito, il terzo che avesse avuto conoscenza dell'iniziativa segnalata poteva proporre un'azione di accertamento autonoma in ordine alla legittimità o meno della Scia (azione suscettibile di conversione automatica nel mezzo impugnatorio in caso di sopravvenuta emanazione dell'atto conclusivo del procedimento di verifica), nonché, congiuntamente a tale azione, chiedere la tutela interinale di cui agli artt. 55 e 61 cpa.

La raffinata e al contempo efficace ricostruzione dell'adunanza plenaria suscitò l'immediato intervento del legislatore, che con l'art. 6, comma 1, lett. *c*, dl

92. A conferma di questa impostazione si osservava che la previsione di un potere di autotutela in capo all'amministrazione, quale potere di secondo grado, presuppone necessariamente un atto di natura provvedimentale su cui intervenire.

93. Non sarebbe d'ostacolo la previsione espressa di un potere di autotutela decisoria, trattandosi, in realtà, di un potere amministrativo *sui generis*, volto a consentire un esercizio tardivo dei poteri di verifica, controllo e inibitori sull'attività intrapresa dal dichiarante alle sole condizioni previste per l'esercizio dell'autotutela.

94. La ricostruzione dell'adunanza plenaria è tributaria delle tesi di G. Greco, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011, p. 359.

95. Così anticipando l'intervento del legislatore, che ha introdotto l'azione di adempimento pubblicistica con il d.lgs 14 settembre 2012, n. 160 («Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69»).

n. 138/2011, ha introdotto nell'art. 19 l. n. 241/1990 il comma 6-*ter*.

Il legislatore, per un verso, ha aderito alla ricostruzione sostanziale dell'istituto operata dal massimo giudice amministrativo, affermando che «la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili».

Per altro verso e in punto di configurazione dei rimedi azionabili dal terzo, ha deciso di distaccarsene, prevedendo che gli interessati «possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104» (ossia l'azione avverso il silenzio inadempimento).

Nel citato parere n. 839 del 2016, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, riguardo alla disposizione in parola, ha osservato: «[l]a permanenza del potere amministrativo di incidere in via inibitoria, repressiva o conformativa sull'esercizio dell'attività liberalizzata pone il problema di fissare, in omaggio ai princìpi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento, i termini entro cui detta potestà può essere esercitata»; «mentre per il potere vincolato di divieto era già in passato fissato un termine perentorio di esercizio a pena di decadenza, non era fissato un parametro chiaro e univoco per il potere di autotutela di natura discrezionale. Detta lacuna, che incide negativamente sull'obiettivo di liberalizzazione, oltre che sui canoni comunitari in materia di libera circolazione dei servizi (cfr., in particolare, la già citata direttiva servizi n. 123 del 2006), è stata colmata dall'articolo 6 della legge n. 124 del 2015, con la citata modifica dell'art. 21-*novies*, in materia di annullamento di ufficio dell'atto amministrativo, con la significativa e innovativa introduzione di un termine finale generale per l'adozione di atti di autotutela (e, nel caso della Scia, di atti repressivi, inibitori o conformativi). Questo Consiglio di Stato ritiene che tale confine temporale introduca un "nuovo paradigma" nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-*nonies* della legge n. 241, abbia introdotto una nuova "regola generale" che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella *ratio* e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)».

La Commissione speciale, poi, non ha mancato di soffermarsi sul problema della tutela del terzo: «potrebbero residuare margini di chiarimento, nonostante gli interventi del legislatore e le recenti pronunce giurisprudenziali, sulla questione della tutela del terzo che affermi di subire una lesione nella propria sfera giuridica per effetto dell'avvio dell'attività, con particolare riguardo all'utilizzabilità dell'azione di accertamento, anche atipica, volta a far dichiarare che l'attività avviata non è conforme alle norme amministrative, ovvero dell'azione contro il silenzio amministrativo, conformemente a quanto previsto dal comma 6-*ter* dell'articolo 19 della legge n. 241. Fermi restando gli indirizzi giurisprudenziali consolidati sulla conoscenza dell'attività che si assume *contra legem*, e quindi sul *dies a quo* per la tutela del controinteressato, i nuovi limiti imposti dalla riforma all'intervento *ex post* dell'Amministrazione potrebbero, oggi, difficilmente conciliarsi con i tempi di instaurazione del giudizio *ex* art. 31 c.p.a. (che, in base al comma 6-*ter* dello stesso art. 19, costituisce strumento di tutela esclusivo contro l'omesso esercizio del potere di verifica del legittimo utilizzo della segnalazione). La Commissione speciale si limita, in questa sede, a segnalare al Governo l'esigenza di ricercare soluzioni per riconoscere una effettiva tutela del terzo che, però, non vanifichino neppure l'esigenza di certezza definitiva sottesa ai nuovi termini massimi dell'art. 21-*nonies* e che siano compatibili con il principio della liberalizzazione riaffermato al punto precedente. Ciò potrebbe avvenire, a titolo di mero esempio, innestando meccanismi tipici della tutela sul provvedimento (che si scandiscono con una tempistica ben definita, che conferisce certezze sia alle iniziative dei terzi che al titolare del provvedimento impugnato) in un contesto che resti coerente con la liberalizzazione delle attività in parola (e quindi con l'impossibilità di un rimedio annullatorio, anche avverso un silenzio significativo). In questo modo, si potrebbe costruire, in ipotesi, una tutela speciale che potrebbe far leva sul rimedio dell'azione di accertamento (nel caso di specie, accertamento da parte del giudice dell'assenza dei requisiti previsti dalla legge per l'esercizio di un'attività soggetta a Scia) e che dovrebbe essere comunque in grado di far consolidare, dopo un certo termine, l'attività "libera", alla stregua

di quanto già accade per le attività "non libere" ma soggette a provvedimenti autorizzativi»[96].

Dopo l'intervento del legislatore del 2011, la tutela del terzo controinteressato passa, dunque, attraverso la sollecitazione dei poteri dell'amministrazione di verifica della legittimità dell'attività oggetto di Scia e, in caso di inerzia, «esclusivamente» attraverso l'azione avverso il silenzio inadempimento, mentre si ritiene ordinariamente ammissibile l'impugnazione del provvedimento di diniego dell'esercizio dei poteri di controllo[97].

Come illustrato dal Tar Toscana nella sua ordinanza di rimessione, tuttavia, diverse sono le opinioni sulle modalità di somministrazione concreta di tale tutela e, in particolare, sull'esistenza o meno di un termine finale entro cui il privato può sollecitare l'amministrazione e, in caso di risposta positiva, sulla sua individuazione e decorrenza, nonché sul tipo di potere – discrezionale o vincolato – che viene sollecitato.

Secondo una prima tesi, il termine esiste ed è lo stesso assegnato all'amministrazione per l'esercizio ordinario dei suoi poteri vincolati di verifica: in altri termini, il privato può sollecitare l'amministrazione entro sessanta giorni dalla presentazione della Scia (trenta per quella edilizia), secondo quanto disposto dai commi 3 e 6-*bis* dell'art. 19 l. n. 241/1990[98].

Tale tesi viene considerata dal Tar Toscana «manifestamente illogica», poiché i suddetti termini sono strutturati con riferimento all'esercizio del potere di verifica d'ufficio, il che giustifica che il loro *dies a quo* sia fatto coincidere con il ricevimento della segnalazione da parte dell'amministrazione, ma essi finirebbero per risultare non operativi ove applicati all'esercizio del potere sollecitatorio del terzo, atteso che nessuna norma assicura la tempestiva comunicazione ad esso della presentazione della Scia né tanto meno dell'inizio dell'attività segnalata; il terzo, quindi, rimarrebbe privo di qualsiasi forma di tutela, ove apprendesse dell'intervento dopo il decorso del termine concesso all'amministrazione per provvedere; d'altra parte, anche ove l'istanza del terzo intervenisse in prossimità della scadenza di tale termine, ben difficilmente otterrebbe l'intervento cui aspira, restringendosi l'arco temporale entro cui l'amministrazione dovrebbe accertare l'illegittimità dell'attività oggetto di Scia, nonché inibirne la prosecuzione.

Secondo una variante di questa tesi, i poteri spettanti all'amministrazione e attivabili dal terzo non sono solo quelli ordinari e vincolati di verifica da esercitare nei sessanta (o trenta) giorni dalla presentazione della Scia, ma anche quelli successivi[99] (non di autotutela ma) subordinati all'esistenza delle condizioni previste per l'autotutela e, quindi, esercitabili nel termine massimo di diciotto mesi (decorrenti dallo scadere dei primi termini)[100].

Anche in relazione a tale tesi, tuttavia, si osserva, criticamente, che possono darsi casi in cui l'attività segnalata non viene iniziata o comunque di essa il terzo non ha contezza prima dello spirare dei diciotto mesi, con la conseguenza che neanche questa opzione

96. Nello stesso senso M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di SCIA, silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi*, n. 17/2015, www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=376: «Per evitare prevedibili contrasti interpretativi, con inevitabili riflessi anche sulle certezze del titolo, è auspicabile un sollecito intervento legislativo sul punto, che, magari riprendendo il modello costruito dall'Adunanza plenaria, riveda il sistema di tutela del terzo, collegandone in ogni caso espressamente l'onere di attivazione all'effettivo avvio dell'attività oggetto di d.i.a./s.c.i.a. (ovvero ad altra circostanza idonea a consentirgli la conoscenza di quest'ultima)»; nonché A. Dapas e L. Viola, *Una sistematica di tutela non molto equilibrata*, in *Urb. e app.*, n. 4/2017, p. 537.

97. Si vedano R. Chieppa, *Commento all'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Id.* (a cura di), *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice. Le novità apportate al giudizio amministrativo dal correttivo al Codice (d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195) e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2012; L. Gizzi, *SCIA e tutela del terzo*, *op. cit.*; G. Greco, *SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?*, in *Giustamm.it*, n. 6/2018; F. Liguori, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2015, p. 1123.

98. Tar Sicilia, Catania, sez. III, 30 novembre 2016, n. 3112; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658, ove si legge: «Il terzo che invochi l'intervento del giudice, pertanto, non dovrebbe poter ottenere più dell'attuazione del diritto obiettivo ed il giudice non potrebbe fare più di quanto non possa la stessa Amministrazione cui la cura di quell'interesse è affidata, con condizioni e tempi che tengono conto del contemperamento degli interessi operato in sede normativa. Parimenti, quand'anche sia l'Amministrazione ad attivarsi di sua iniziativa, l'effetto finale non può prescindere dall'osservanza dei limiti imposti dalla legge, perché, a ragionare diversamente, il titolare di un titolo abilitativo "semplificato", come la Scia, avrebbe costantemente una tutela minore di quella di cui gode il titolare di un titolo "tradizionale", come il permesso di costruire»; Tar Calabria, sez. I, 20 luglio 2016, n. 153.

99. F. Liguori, *Le incertezze*, *op. cit.*; A. Berti Suman, *Scia e tutela del terzo. Le questioni aperte dopo la riforma Madia ed i decreti attuativi SCIA 1 e SCIA 2 a margine della ordinanza TAR Toscana, sez. III, 11 maggio 2017, n. 667*, pubblicazione su portale, 16 giugno 2017, www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2017/06/Scia-e-tutela-del-terzo.pdf.

100. Ai sensi dell'art. 2, comma 4, d.lgs 25 novembre 2016, n. 222 («Individuazione dei procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività – SCIA –, silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124»), «[n]ei casi del regime amministrativo della SCIA, il termine di diciotto mesi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente. Resta fermo quanto stabilito dall'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990».

interpretativa sarebbe idonea a risolvere il possibile *vulnus* di tutela dei controinteressati.

Inoltre, pur essendo l'amministrazione obbligata ad attivarsi sull'istanza del terzo (a differenza che nell'autotutela vera e propria, ove la p.a. può anche restare inerte)[101], il potere esercitato nei diciotto mesi non è vincolato alla verifica della non conformità della Scia a legge, ma è subordinato all'esistenza dell'interesse pubblico ulteriore da bilanciare con l'affidamento del segnalante: sarebbe contraddittorio e lesivo della posizione del terzo, da un lato, riconoscergli un interesse legittimo all'esercizio dei poteri inibitori e ripristinatori dell'amministrazione e, dall'altro, condizionare la realizzazione di tale interesse alla intermediazione aleatoria dell'esercizio di un potere discrezionale[102].

Secondo altra tesi[103], ancora, si dovrebbe applicare analogicamente l'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni dalla conoscenza della situazione lesiva previsto dall'art. 29 cpa per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

A questa opzione interpretativa il Tar Toscana obietta che l'analogia non sarebbe consentita, perché essa, ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, richiede che si sia di fronte a materie simili o casi analoghi, mentre le situazioni quivi a confronto sarebbero differenti, involvendo l'una un termine sostanziale di sollecitazione dei poteri spettanti all'amministrazione e l'altra un termine processuale per la proposizione di un'azione giudiziaria.

Secondo alcuni[104], poi, decorso il termine dei sessanta giorni per l'impugnazione, il privato avrebbe ancora la possibilità di sollecitare l'intervento del potere di verifica alle condizioni previste dall'art. 21-*novies* l. n. 241/1990.

Il Tar Toscana riferisce di una ulteriore tesi, secondo cui il terzo, in applicazione dell'art. 31, comma 2, cpa, potrebbe sollecitare l'amministrazione entro l'anno dal deposito della Scia. Anche questa opzione, secondo il rimettente, nella misura in cui trasporta il termine annuale dell'art. 31, comma 2, alla sollecitazione amministrativa, si risolve in «una interpretazione non consentita», che, ancora una volta, confonde un termine processuale (quello dell'art. 31 cpa) con un termine amministrativo (quello per la sollecitazione delle verifiche da parte della p.a.).

Secondo altri, il terzo leso dalla Scia sarebbe tenuto a proporre il ricorso di cui all'art. 31 cpa entro il termine finale di un anno dalla acquisita «piena conoscenza dei fatti idonei a determinare un pregiudizio nella sua sfera giuridica»[105] e tale azione avrebbe ad oggetto diretto l'accertamento dell'illegittimità della Scia.

Questa soluzione, secondo il rimettente, collide con il testo della norma, che richiede in prima battuta la sollecitazione dei poteri dell'amministrazione e, solo ove l'amministrazione rimanga inerte, ammette l'azione di cui all'art. 31 cpa, azione che, quindi, è strutturata avverso il silenzio inadempimento della p.a. e non per l'accertamento autonomo dell'illegittimità della Scia.

Altra tesi, diffusa specialmente tra i giudici di primo grado e fatta propria dal Tar Toscana, ritiene che non si possano utilizzare i termini indicati in precedenza in ragione delle criticità evidenziate, e ciò dimostrerebbe, in realtà, che il legislatore ha configurato l'interesse del terzo come preminente su quello

101. Tale rilievo è ormai pacifico in giurisprudenza e in dottrina, e si basa sull'osservazione che il terzo, dopo avere istato per la verifica (non in autotutela ma) alle condizioni previste per l'autotutela, ha la possibilità di agire con l'azione avverso il silenzio, che presuppone l'obbligo di provvedere dell'amministrazione.

102. G. Greco, *SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale*, *op. cit.* L'Autore sembra criticare la tesi della sollecitazione del potere discrezionale, una volta decorso il termine di sessanta giorni: «Tale interesse del terzo, ove assuma – secondo i noti parametri – la consistenza di un vero e proprio interesse legittimo (pretensivo) correlato al potere inibitorio doveroso, sorge, infatti, al momento della presentazione della S.C.I.A. ed è ben altra cosa dall'interesse legittimo correlato all'eventuale esercizio dei poteri di autotutela. Sicché, a meno che non si dica – in frontale contrasto con l'art. 24 della Costituzione – che detto (primo) interesse legittimo sia privo di tutela giurisdizionale, la stessa deve essere comunque garantita. Viceversa, se la tutela del terzo fosse limitata all'esercizio dei poteri di autotutela, da un lato risulterebbe conculcato detto interesse legittimo, d'altro lato la posizione del terzo (globalmente considerata) risulterebbe gravemente pregiudicata e peggiorata, tenuto conto che nel bilanciamento degli interessi, proprio dell'autotutela, l'amministrazione potrebbe legittimamente giungere ad una decisione di non intervento pur in presenza di una S.C.I.A. priva dei requisiti di legge».

103. Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161; Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5822; Tar Sardegna, sez. II, 31 luglio 2017, n. 515; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 9 gennaio 2017, n. 28; Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 11 marzo 2016, n. 82.

104. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 ottobre 2017, n. 1902; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2016, n. 735.

105. Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610: «Nel caso della Scia, invece, il terzo è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'adozione di atti sfavorevoli per il destinatario dell'azione amministrativa. Non è, pertanto, a conoscenza "diretta" dell'andamento procedimentale della vicenda. Ne consegue che il termine decorre da quando il terzo ha avuto piena conoscenza dei fatti idonei a determinare un pregiudizio nella sua sfera giuridica»; nonché Tar Toscana, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1423. Nello stesso senso, M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi*, n. 20/2015 (www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=30592): secondo l'Autore, esigenze «di giustizia sostanziale dovrebbero portare alla conclusione secondo cui l'interessato può chiedere l'esercizio dei poteri di controllo a partire dal momento in cui ottiene la conoscenza effettiva della Scia, o, eventualmente da quando l'attività segnalata è effettivamente iniziata».

del segnalante, e conseguentemente deciso di non apporre un termine al suo potere di reazione[106].

A tale tesi si obietta (ed è questo rilievo che porta il Tar Toscana alla rimessione della questione di legittimità costituzionale) che essa realizzerebbe una non equilibrata composizione dei contrapposti interessi sottesi all'istituto, perché offre una tutela eccessiva al terzo ed espone il segnalante e la stessa amministrazione, anche a distanza di molti anni, a una rivisitazione dell'assetto determinatosi con lo spirare dei termini di controllo sulla Scia.

Nella sentenza n. 45 del 2019[107], la Corte, dopo avere risolto le questioni preliminari, passa a esaminare il presupposto interpretativo da cui muove il rimettente, presupposto che ritiene corretto nella parte in cui si afferma che, anche a fronte della sollecitazione del terzo, la previsione di un termine è un requisito essenziale dei poteri di verifica della Scia a tutela dell'affidamento del segnalante, ed errato ove si ritiene che quei poteri di verifica cui si riferisce l'art. 19, comma 6-*ter*, siano «"altri" rispetto a quelli previsti dai commi precedenti e sempre vincolati, cosicché non sarebbe possibile mutuarne la disciplina».

Illustrato il contenuto dell'art. 19, la Corte afferma, infatti, che tali poteri sono quelli attribuiti alla pubblica amministrazione dai commi precedenti, e tanto sia sulla base del dato testuale («la locuzione "verifiche spettanti all'amministrazione" lascia chiaramente intendere che la norma rinvia a poteri già previsti»), quanto sulla base di una lettura sistemica, che tenga diacronicamente conto della evoluzione normativa della materia.

Da quest'ultimo punto di vista, andrebbe considerato che: 1) «il comma 6-*ter* è stato introdotto (...) in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la finalità di escludere l'esistenza di atti amministrativi impugnabili (il cosiddetto silenzio-diniego) e quindi di limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento», sì che «[i]l riferimento alle "verifiche spettanti all'amministrazione" (...) non è finalizzato ad introdurre nuovi poteri, ma è funzionale alla sollecitazione da parte del terzo»; 2) «la diversa opzione ermeneutica seguita dal giudice *a quo* darebbe luogo ad una evidente incongruenza del sistema, per come si è evoluto a seguito della introduzione ad opera della legge n. 124 del 2015 del termine di esercizio dell'autotutela nell'art. 21-*novies* della legge n. 241 del 1990, termine reso applicabile anche ai poteri di controllo sulla Scia dall'art. 19, comma 4, della stessa legge: si avrebbe qui, infatti, un potere sempre vincolato, e quindi più incisivo, e purtuttavia temporalmente illimitato»; 3) «[p]iù in generale, il riconoscimento di un potere "in bianco" nel comma 6-*ter* sarebbe in manifesto contrasto con il principio di legalità-tipicità che caratterizza, qualifica e limita tutti i poteri amministrativi, principio che, com'è noto, ha fondamento costituzionale (artt. 23, 97, 103 e 113 Cost.) e va letto non solo in senso formale, come necessità di una previsione espressa del potere, ma anche in senso sostanziale, come determinazione del suo ambito, e cioè dei fini, del contenuto e delle modalità del suo esercizio (sentenze n. 115 del 2011, n. 32 del 2009, n. 307 del 2003 e n. 150 del 1982)»; 4) poiché la scelta di fondo del legislatore è stata quella di liberalizzare l'attività oggetto di segnalazione, configurando la fase amministrativa di controllo come «una – sia pur

106. Tar Basilicata, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1101; Tar Lombardia, Milano, 5 dicembre 2016, n. 2301; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274, secondo cui, «il terzo può sempre impugnare l'atto con cui l'amministrazione si pronuncia sulla sua istanza (*cfr*. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2016, n. 735). Il rispetto del termine di sessanta giorni rileva dunque al solo fine di stabilire quale tipo di potere l'amministrazione potrà esercitare, giacché, se il terzo interviene tempestivamente, gli deve essere assicurata, ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost., una tutela non inferiore a quella di cui avrebbe goduto qualora avesse tempestivamente impugnato un permesso di costruire (e siccome in questo caso, il giudice avrebbe annullato l'atto sulla base del mero riscontro della sua illegittimità, allo stesso modo l'amministrazione deve privare la Dia/Scia dei propri effetti abilitativi sulla base del mero riscontro della non conformità della stessa alla vigente normativa)»; Tar Veneto, sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1038; Tar Piemonte, sez. II, 1° luglio 2015, n. 1114.

107. F.S. Amodio, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la complessa ricerca di un equilibrio*, in *Riv. giur. edil.*, n. 1/2020, p. 14; L. Bertonazzi, *SCIA e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45 del 2019*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2019, p. 711; S. Bigolaro, *La SCIA edilizia e la tutela del terzo*, in *LexItalia*, n. 6/2019 (18 giugno 2019); F. Botteon, *La tutela del terzo nei confronti delle SCIA*, *ivi*, 14 marzo 2019; A. Briamonte, *SCIA e tutela del terzo: la Corte costituzionale si pronuncia sul termine ex art. 19, comma 6-ter, legge n. 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2020, p. 125; S. Capozzi, *SCIA e tutela del terzo: la Consulta chiarisce*, in *Riv. giur. edil.*, n. 2/2019, p. 318; E. Frediani, *Scia, tutela del terzo ed esigenze di coerenza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2019, p. 579; G. Giannì, *La piena tutela dell'interesse sostanziale del terzo davanti al Giudice amministrativo nell'attività edilizia soggetta a SCIA*, in *amministrativ@mente*, n. 1/2019, p. 3 (www.amministrativamente.com/index.php/formez/article/view/13012/11788); L. Gizzi, *Tutela dell'interessato: intervento esplicativo della Consulta*, in *Guida al diritto*, n. 16/2019, p. 91; C. Lamberti, *Segnalazione certificata di inizio attività scia – La scia tutela le attività economiche non il terzo*, in *Giur. it.*, n. 4/2019, p. 917; G. La Rosa e E.L. Bonsignori, *SCIA e tutela del terzo dopo la Corte cost. n. 45/2019*, in *Urb. e app.*, n. 4/2019, p. 480; F. Liguori, *La "parentesi amministrativa" della S.C.I.A. e le tutele del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, n. 4/2019, p. 281; G. Mannucci, *I limiti alla tutela dei terzi in materia di Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, p. 727; M. Polenzani, *Ancora su SCIA e tutela del terzo: una pronuncia della Corte costituzionale e una questione forse irrisolta*, in *Le Corti umbre*, n. 1/2019, p. 203; A. Travi, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, n. 3/ 2001, c. 68; A. Vacca, *SCIA e tutela del terzo*, in *LexItalia*, n. 3/2019 (19 marzo 2019); C. Villanacci, *La tutela del terzo nella SCIA: natura e limiti dei poteri della pubblica amministrazione nella ricostruzione della Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, n. 5/2019, p. 762.

importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi», «una dilatazione temporale dei poteri di verifica, per di più con modalità indeterminate, comporterebbe (...) quel recupero dell'istituto all'area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere».

A questo punto la Corte, tirando le fila del discorso, afferma che «[l]e verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-*ter* sono (...) quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19 [della legge n. 241 del 1990], da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della Scia (commi 3 e 6-*bis*), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all'art. 21-*novies*). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue»[108].

Con riferimento al terzo, poi, aggiunge che la sua situazione giuridica va riguardata «in una prospettiva più ampia e sistemica che tenga conto dell'insieme degli strumenti apprestati» a sua tutela: «[i]n particolare, nella prospettiva dell'interesse legittimo, il terzo potrà attivare, oltre agli strumenti di tutela già richiamati, i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (...). Esso avrà inoltre la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della PA in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica (l'art. 21, comma 2-*ter*, della legge n. 241 del 1990 fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti). Al di là delle modalità di tutela dell'interesse legittimo, poi, rimane il fatto giuridico di un'attività che si assuma illecita, nei confronti della quale valgono le ordinarie regole di tutela civilistica del risarcimento del danno[109], eventualmente in forma specifica».

La Corte conclude invitando comunque il legislatore a "ritoccare" la disciplina: «[t]utto ciò (...) non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere».

108. La Corte sembra aderire, in sostanza, a una posizione già rappresentata in dottrina da diversi autori. Si vedano F. Liguori, *Le incertezze*, *op. cit.*: «Ma appunto di diritto obiettivo si tratta, e perciò, l'iniziativa dei terzi deve rapportarsi a poteri che sono stati dalla legge sottoposti a termini perentori, proprio per trovare un accettabile punto di equilibrio tra l'affidamento di chi intraprende l'attività e l'effettività della regolazione, la quale ultima è diretta a contemperare gli interessi di tutte le parti (...). Il potere rispetto al cui esercizio il c.d. terzo può vantare un interesse qualificato va individuato, sulla base di una lettura piana della disposizione, in primo luogo nel potere inibitorio, che è poi, per così dire, il potere "principe" ed originario che contraddistingue il modello (...). Oltre al potere inibitorio c'è l'autotutela, cui si aggiunge l'inibitoria speciale senza termini quando si tratti di s.c.i.a. corredata da dichiarazioni false o mendaci (co. 3, terzo punto) (...). Sopravvivono, inoltre, i poteri sanzionatori e repressivi previsti per l'attività in assenza o in difformità del titolo provvedimentale fatti salvi dall'art. 21 (...). Il terzo, dunque, può sollecitare tutte le verifiche doverose finché il potere c'è: e perciò quelle volte all'esercizio dell'inibitoria "ordinaria" soltanto entro 60 (o 30) giorni; tutte le altre *sine die*». Ancora: «È la legge a delineare i contorni del potere, definendone condizioni, limiti e termini ed in questo modo ripartisce i "costi sociali" delle scelte politiche, nel caso di specie della scelta semplificatrice. Il giudice, chiamato all'attuazione del diritto obiettivo sull'azione del terzo, non può perciò far rivivere un potere esauritosi per mancato esercizio quando la legge ne abbia previsto il carattere temporaneo in ragione della ripartizione dei costi sociali prodotti dall'utilizzo del modello». Nello stesso senso, A. Travi, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, n. 3/2011, c. 517: l'Autore afferma che «Gli strumenti di tutela giurisdizionale sono strettamente legati alla configurazione degli istituti nel diritto sostanziale»; che «le utilità conseguibili dal processo devono essere coerenti con il diritto sostanziale»; e che «il processo non può "inventare" figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale. In altre parole, se il legislatore modifica il regime di un'attività sottraendola al provvedimento e la sottopone a Scia/Dia, liberalizzandola, ciò incide di riflesso anche sui contenuti della tutela giurisdizionale del terzo e il mutamento non può ritenersi lesivo per ciò stesso del diritto di azione. Il punto di partenza del ragionamento non deve essere una tutela del terzo in termini equivalenti a quelli configurabili nei confronti di un provvedimento amministrativo che non esiste più, ma deve essere semmai la disciplina sostanziale dell'istituto». Nello stesso senso, S. Tuccillo, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. giur. edil.*, n. 1/2016, p. 141, secondo cui: «Dall'esame della norma che disciplina il controllo successivo sulla segnalazione discende che il potere inibitorio – sia in forma piena (esercitabile nei 60 giorni successivi alla segnalazione) che attenuata (attingibile invece nel termine di 18 mesi) – ha una durata massima di esercizio pressoché definita. Decorso questo periodo (...) anche l'intervento del terzo dovrebbe considerarsi "fuori campo", se non per il limitato ambito di esplicazione dei poteri sanzionatori residui».

109. Questo aspetto era stato rimarcato da F. Botteon, *Scia e tutela del terzo: un (piccolo) passo avanti del Consiglio di Stato nel rafforzamento dell'istituto*, in *LexItalia*, n. 11/2016 (25 novembre 2016), nonché da G.P. Cirillo, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, in *Giurisdizione amministrativa*, n. 5/2011, p. 218. Nello stesso senso A. Travi, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, *op. cit.*: «La d.i.a. (o la s.c.i.a.) è strumento di "liberalizzazione", in forza della quale la posizione giuridica del privato che avvia l'attività si qualifica essenzialmente come diritto soggettivo; nei confronti dell'esercizio di un tale diritto, la tutela del terzo presuppone fisiologicamente che egli assuma essere stato leso in un proprio diritto, e una tutela del genere, che inerisce a un rapporto fra privati, è demandata al giudice ordinario».

Con la successiva sentenza n. 153 del 2020, la Corte, dopo avere ricordato le conclusioni già raggiunte con la sentenza n. 45 del 2019 in relazione alla tutela del terzo leso dalla Scia, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-*ter*, sollevate dal Tar Emilia Romagna, per difetto di rilevanza e per oscurità e contraddittorietà del *petitum*.

Il rimettente lamentava la violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost: 1) perché l'avere subordinato l'azione del terzo controinteressato alla presentazione di una previa istanza sollecitatoria alla p.a. si risolverebbe in una procrastinazione del momento di accesso alla tutela giurisdizionale; 2) e perché – «qualora, come normalmente accade», l'istanza del terzo sia inoltrata quando siano già decorsi trenta giorni dalla Scia edilizia – il potere dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 19, comma 4, l. n. 241/1990, non è di natura vincolata ma «in autotutela» e discrezionale, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 31, comma 3, cpa, «il giudice amministrativo deve limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, senza potere predeterminare il contenuto del provvedimento da adottare, così non assicurando una tutela piena ed effettiva della posizione giuridica del terzo».

Il riscontrato difetto di rilevanza passa per l'osservazione che nel giudizio *a quo* l'amministrazione non è rimasta silente, ma ha espresso un diniego di intervento basato sull'asserita legittimità delle opere realizzate dal segnalante, sicché il rimettente non deve fare applicazione della norma censurata, che regola la sola ipotesi di «inerzia» dell'amministrazione sull'istanza di sollecitazione dell'interessato, consentendogli, per tale ipotesi, di «esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3» cpa, ossia l'azione avverso il silenzio.

Tale rilievo, oltre a essere comunemente condiviso in dottrina[110] e in giurisprudenza[111], trova conferma testuale anche nell'art. 133, lett. *a*, n. 3, cpa, secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di «silenzio di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, e i provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività di cui all'articolo 19, comma 6-*ter* della legge 7 agosto 1990, n. 24».

La Corte ha poi osservato che la questione è irrilevante, anche ove si ritenga che oggetto di reale censura sia non già l'art. 19, comma 6-*ter*, ma l'art. 19, comma 4, «cui il primo implicitamente rimanda (unitamente ai commi 3 e 6-*bis*) ed in forza del quale, decorso il termine di cui all'art. 19, comma 3, l'intervento (non "in autotutela" ma[112]) conformativo, inibitorio o repressivo dell'amministrazione, quand'anche sollecitato dal terzo, è subordinato alla positiva valutazione discrezionale della presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*novies* (interesse pubblico ulteriore rispetto al ripristino della legalità, bilanciamento fra gli interessi coinvolti e, per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati, esercizio del potere entro il termine massimo di diciotto mesi)».

E ciò perché l'amministrazione «con il provvedimento impugnato non solo non ha esaminato la dedotta difformità dalla legge e dal regolamento delle opere realizzate, limitandosi (...) ad affermare la loro conformità alla Scia, ma nemmeno ha operato alcuna valutazione discrezionale (come pure avrebbe dovuto, essendo decorsi, al momento della sollecitazione, i trenta giorni di cui all'art. 19, comma 6-*bis*)»; correlativamente, «i ricorrenti nel giudizio *a quo* hanno lamentato l'illegittimità del diniego per violazione non dell'art. 19, comma 4, della legge n. 241 del 1990 ma delle norme edilizie e (quanto al motivo residuo) del regolamento comunale, e non hanno chiesto, contestualmente all'azione di annullamento, di accertare la fondatezza della pretesa e di ordinare all'amministrazione di adottare un provvedimento di rimozione delle opere, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lettera *c*), cod. proc. amm.».

Da ciò discende, dunque, che anche dell'art. 19, comma 4, «il rimettente non deve fare applicazione per decidere sulla domanda proposta dai terzi controinteressati»; di esso, semmai, dovrà fare applicazione, nel caso in cui, una volta accolto il ricorso per la riscontrata contrarietà del diniego al regolamento, prima l'amministrazione adduca, in sede di necessaria riedizione del tratto di azione amministrativa lasciato libero dall'accertamento giudiziale, di non potere comunque ordinare la rimozione delle opere in mancanza delle condizioni previste dall'art. 21-*novies* (e richiamate, appunto, dall'art. 19, comma 4), e poi i terzi controinteressati impugnino il nuovo diniego (ed eventualmente spieghino domanda di condanna al rilascio del provvedimento richiesto).

Anche ove non si fosse fermata all'inammissibilità, difficilmente la Corte, dopo la sentenza n. 45 del

110. Vds. nota 97.

111. Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3124; Cons. giust. amm. Reg. sic., 17 aprile 2019, n. 33; Tar Veneto, sez. II, 19 dicembre 2019, n. 1379; Tar Toscana, sez. III, 14 agosto 2019, n. 1174; Tar Campania, Salerno, sez. II, 17 luglio 2019, n. 1298; Tar Basilicata, sez. I, 16 aprile 2019, n. 367; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2017, n. 625.

112. Vds. nota 101.

2019, avrebbe potuto accogliere le questioni sollevate dal Tar Emilia-Romagna.

Quanto alla prima, infatti, come già ricordato, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, «il legislatore gode di ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali (*ex multis*, sentenze n. 172, n. 160, n. 139 e n. 45 del 2019, n. 225, n. 77 del 2018, n. 241, n. 94 del 2017) e nella fissazione di termini di decadenza o prescrizione, ovvero di altre disposizioni condizionanti l'azione (tra le tante, sentenze n. 45 del 2019, n. 6 del 2018, n. 94 del 2017 e n. 155 del 2014), "con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute (*ex plurimis*, sentenze n. 44 del 2016, n. 23 del 2015 e n. 157 del 2014), che si ravvisa, con riferimento specifico all'art. 24 Cost., ogniqualvolta emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire (sentenze n. 44 del 2016 e n. 335 del 2004)" (sentenza n. 121 del 2016)» (sentenza n. 271 del 2019).

Nel caso di specie, la necessità di una previa istanza sollecitatoria dei poteri dell'amministrazione non sembra risolversi in un «sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione» (sentenza n. 117 del 2012) poiché essa non integra un onere aggiuntivo apprezzabile o che ritardi in modo significativo l'azione giurisdizionale, e anzi pone in condizione il segnalante di raggiungere più velocemente il bene della vita, ove l'amministrazione si determini in senso positivo sulla sua istanza, invece di attendere i tempi del giudizio e della successiva attività di conformazione dell'amministrazione medesima.

L'onere di previa sollecitazione, inoltre, è conforme al normale atteggiarsi dell'interesse pretensivo del terzo – che nel caso di specie è l'interesse all'esercizio del potere di controllo dell'amministrazione su un'attività posta in essere da altri (non quindi, come accade di norma, all'accrescimento della propria sfera giuridica) – il quale interesse, per il suo soddisfacimento, postula l'intermediazione di un'attività amministrativa, che normalmente trae origine da un'istanza di parte.

Avendo il legislatore configurato in questi termini la posizione sostanziale del terzo, l'onere di sollecitazione risponde all'apprezzabile *ratio* di fare emergere, a fronte del potere di controllo officioso dell'amministrazione, la sua concorrente posizione legittimante.

Come osservato in dottrina, cioè, la norma parrebbe confermare «la possibile coesistenza di un interesse legittimo pretensivo e di poteri amministrativi ad iniziativa d'ufficio quali sono quelli inibitori/repressivi dell'attività da altri intrapresa a mezzo di Scia. La titolarità di un interesse legittimo in capo al terzo lascia intatta — per il principio di tipicità dell'iniziativa procedimentale, riflesso del principio di legalità dell'azione amministrativa — la conformazione officiosa dell'avvio della procedura di esercizio dei poteri inibitori/repressivi, poteri spendibili pure in assenza di qualsivoglia sollecitazione del terzo»[113].

Correlativamente, da un punto di vista pratico, l'onere della previa sollecitazione «costituisce un espediente (...) per aggirare il delicatissimo (e mai a sufficienza indagato) problema di un silenzio-inadempimento che altrimenti dovrebbe essere inteso come inadempimento del dovere di procedere (*ex officio*), logicamente e cronologicamente antecedente rispetto al dovere di provvedere (e cioè di concludere il procedimento, già avviato d'ufficio, con l'adozione di un provvedimento espresso). La previa sollecitazione è prescritta, come onere del terzo, perché radica uno degli "altri casi previsti dalla legge", nei quali il ricorrente "può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere" (art. 31, comma 1, c.p.a.)» [114]. E infatti – si aggiunge – l'inserimento della citata locuzione «e negli altri casi previsti dalla legge» nel corpo dell'art. 31, comma 1, cpa, ad opera del primo correttivo al codice[115], è stato operato proprio per una ritenuta necessità di coordinamento con il da poco introdotto art. 19, comma 6-*ter*[116].

113. L. Bertonazzi, *SCIA e tutela del terzo*, *op. cit*. In questo senso sembra anche doversi leggere l'inciso della sentenza n. 45 del 2019, secondo cui «il comma 6-*ter è stato introdotto* (...) in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la finalità di escludere l'esistenza di atti amministrativi impugnabili (il cosiddetto silenzio-diniego) e quindi di limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento. Il riferimento alle "verifiche spettanti all'amministrazione", dunque, non è finalizzato ad introdurre nuovi poteri, ma è funzionale alla sollecitazione da parte del terzo».

114. L. Bertonazzi, *ibid.*; vds. anche F. Liguori, *La "parentesi amministrativa"*, *op. cit.*: «Il fatto che l'azione nei confronti del silenzio sia di norma esperibile solo quando sia decorso il termine per la conclusione del procedimento, non può essere d'ostacolo, perché in questo caso i poteri inibitori sono da esercitare immediatamente ed è previsto un termine finale di natura perentoria. Del resto tale lettura è avvalorata dall'estensione (di cui al primo correttivo al c.p.a.) dell'azione *ex* art. 31 anche ai casi previsti dalla legge diversi dall'infruttuosa decorrenza del termine»; nonché F.S. Amodio, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *op. cit*.

115. Ossia dal d.lgs 15 novembre 2011, n. 195 («Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69»).

116. Ad opera dell'art. 6, comma 1, lett. *c*, dl 13 agosto 2011, n. 138, recante «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», convertito con modificazioni nella l. 14 settembre 2011, n. 148. Sul punto, L. Bertonazzi, *SCIA e tutela del terzo*, *op. cit.*; R. Chieppa, *Commento*, *op. cit.*; R. De Nictolis, *Commento all'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Id.* (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato. Aggiornato con il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in L. 25 ottobre 2016, n. 197 e con il*

La previa segnalazione, dunque, farebbe scattare il dovere di provvedere, come se fosse un'istanza di parte[117], integrando uno degli «altri casi previsti dalla legge», che legittimano l'azione avverso il silenzio, ulteriore rispetto all'ipotesi "classica" dello scadere del termine per la conclusione del procedimento.

Detto altrimenti, se non fosse stato introdotto anche l'onere della previa sollecitazione, l'azione avverso il silenzio apprestata dal legislatore avrebbe potuto essere intrapresa solo decorso il termine dei sessanta/trenta giorni (per l'esercizio del potere inibitorio vincolato) o dei successivi diciotto mesi (per l'esercizio di quello discrezionale), posto che prima della scadenza di quei termini, ai sensi della prima parte dell'art. 31, comma 1, cpa, non potrebbe considerarsi cogente il dovere di provvedere, ma ciò avrebbe determinato – in una sorta di perverso corto circuito normativo – una declaratoria di tardività dell'azione a causa della consumazione dell'ormai temporizzato potere della pubblica amministrazione.

Quanto alla seconda questione (che effettivamente sembra cadere sull'art. 19, comma 4 più che sull'art. 19, comma 6-*ter*), l'assunto di fondo da cui muove il rimettente è che una tutela effettiva dell'interesse legittimo del terzo presuppone sempre un potere vincolato dell'amministrazione, con la conseguente possibilità del giudice amministrativo di accertare la fondatezza della pretesa, ai sensi dell'art. 31, comma 3, cpa[118].

Tale assunto è tuttavia insostenibile, poiché non può certamente dirsi che una tutela effettiva dell'interesse legittimo presupponga sempre e comunque l'attribuzione all'amministrazione di un potere vincolato, ed escluda, quindi, l'attribuzione di quelli discrezionali, che, per contro, sono proprio la quintessenza dell'agire amministrativo.

La Corte, del resto, nella citata sentenza n. 45 del 2019 ha affermato la legittimità costituzionale del meccanismo ideato dal legislatore, che, in primo luogo, ha temporizzato il potere di controllo sulla Scia e, in secondo luogo, lo ha connotato come vincolato in una prima fase e discrezionale in una seconda, decorsa la quale si estinguono quel potere di controllo e il correlato interesse legittimo del terzo che con esso dialoga.

La elaborata ricostruzione della disciplina della Scia e della tutela del terzo controinteressato operata dalla Corte nella sentenza n. 45 del 2019 e confermata nella sentenza n. 153 del 2020 è stata recepita dalla giurisprudenza amministrativa[119].

Questa ricostruzione, ciò nonostante, lascia sul tappeto alcuni aspetti critici, esterni al perimetro delle questioni di costituzionalità sollevate, e il cui approfondimento sembra rimesso, quanto meno in prima battuta, al giudice comune.

Quest'ultimo dovrà affrontare, in primo luogo, il problema della "cristallizzazione" del potere di controllo al momento della sollecitazione del terzo: che succede se il terzo presenta l'istanza sollecitatoria nei sessanta (o trenta giorni), ma l'amministrazione decide o non decide (e quindi si forma il silenzio rifiuto) dopo il decorso di tale termine? L'amministrazione esercita o avrebbe dovuto esercitare il potere vincolato o quello discrezionale? O, ancora: che succede se

---

D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, Wolters Kluwer, Milano, 2019 (IV ed.). Dalla relazione illustrativa del decreto legislativo recante disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo emerge che la modifica all'art. 31, comma 1, «è stata apportata in sede di approvazione definitiva, per adeguamento al rilievo in proposito formulato dalla commissione Bilancio della Camera»; che, in particolare, «l'art. 1, comma 1, lettera *g*), recepisce il rilievo formulato dalla Quinta Commissione della Camera, operando il coordinamento del Codice con le modifiche introdotte dall'art. 6 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, in tema di S.C.I.A. e D.I.A., secondo quanto richiesto, in punto di "conseguenze di carattere finanziario", da detta Commissione Bilancio della Camera»; mentre «l'art. 1, comma 1, lettera *ll*), n. 1), recepisce il rilievo sulle "conseguenze di carattere finanziario" formulato dalla V Commissione bilancio della Camera; la previsione – strettamente coordinata con quella di cui alla superiore lettera B), parimenti richiesta dalla Commissione V Bilancio – coordina il Codice con le modifiche introdotte dall'art. 6, comma 3, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazione dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, con riguardo alla S.C.I.A. e alla D.I.A.». Dall'esame dei lavori della Commissione bilancio della Camera del 29 settembre 2011, risulta, infine che le modifiche sono state apportate in ragione della «assenza di coordinamento tra il codice del processo amministrativo e le modifiche di recente introdotte dall'articolo 6, comma 1, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148, all'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, relative, in particolare, alla segnalazione certificata di inizio attività, denuncia e dichiarazione di inizio di attività», e del rilievo che «in assenza di tale coordinamento, il giudice amministrativo potrebbe consentire la proposizione di azioni giurisdizionali avverso le dichiarazioni di inizio di attività e le segnalazioni certificate di inizio attività, determinando l'aumento del contenzioso e l'aggravio del carico di lavoro in capo ai giudici, con prevedibili effetti finanziari negativi sul bilancio dello Stato».

117. L. Bertonazzi, *SCIA e tutela del terzo*, *op. cit*: «*come se* la sollecitazione fosse un atto di iniziativa procedimentale: non lo è, si badi, ma è *come se* lo fosse, ai limitati fini del modo di formazione del silenzio e dei rimedi avverso lo stesso, stante il combinato disposto dell'art. 31, comma 1, c.p.a. e dell'art. 19, comma 6-*ter*, della legge n. 241/1990».

118. Secondo cui «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

119. TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 aprile 2020, n. 4522; TAR Veneto, sez. II, 31 marzo 2020, n. 323; TAR Veneto, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 176; TAR Veneto, sez. I, 19 dicembre 2019, n. 1379; TAR Toscana, sez. III, 14 agosto 2019, n. 1174; TAR Campania, Salerno, sez. II, 17 luglio 2019, n. 1298; Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3124; Cons. giust. amm. Reg. sic., 17 aprile 2019, n. 33; TAR Basilicata, sez. I, 16 aprile 2019, n. 367. In termini, anche Cass. pen., sez. III, 3 marzo 2020, n. 13148.

il terzo presenta la domanda, ad esempio, al secondo giorno del diciassettesimo mese, ma l'amministrazione decide al secondo giorno del diciottesimo mese? L'amministrazione deve esercitare il potere di verifica (discrezionale) o deve considerarsi decaduta, nonostante il terzo si sia attivato per tempo?

In relazione a tale aspetto la Corte, nella sentenza n. 45 del 2019, ha segnalato «l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini (...) di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere».

La dottrina è divisa sulla effettiva necessità di un intervento legislativo, ritenendo alcuni che l'effetto di cristallizzazione discenda già dalla portata retroattiva della sentenza del giudice[120], e non mancano pronunce giurisprudenziali in questo senso[121].

Strettamente connesso a tale profilo è quello dell'individuazione del momento in cui il terzo, una volta effettuata la sollecitazione, può agire in giudizio, ai sensi dell'art. 31 cpa: il terzo, cioè, deve attendere il decorso dei 30 giorni (ai sensi dell'art. 2, comma 2, l. n. 241/1990) perché maturi il silenzio sulla sua "istanza", secondo il modello ordinario, o può agire in giudizio non appena inoltrata la sollecitazione?

La questione risulta complessivamente ancora poco scandagliata dalla giurisprudenza amministrativa.

Nel primo senso potrebbe essere letto il già rammentato inciso della sentenza n. 45 del 2019, secondo cui «il comma 6-*ter* è stato introdotto (...) con la finalità di escludere l'esistenza di atti amministrativi impugnabili (il cosiddetto silenzio-diniego) e quindi di limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento».

Tale ipotesi, tuttavia, finirebbe per rendere inutile l'introduzione della locuzione «negli altri casi previsti dalla legge», perché la possibilità di agire in giudizio dopo la scadenza del termine per concludere il procedimento attivato dalla sollecitazione della parte ricadrebbe già nel presupposto "tradizionale" dell'azione per il silenzio inadempimento, codificato dall'art. 31, comma 1, prima parte, cpa.

D'altro canto, la seconda ipotesi, che restituisce un senso alla locuzione «negli altri casi previsti dalla legge», sembra in contrasto con il classico concetto di «inerzia», che pure l'art. 19, comma 6-*ter*, richiama e che presuppone un contegno silente dell'amministrazione per il periodo fissato per la conclusione del procedimento.

In definitiva, nonostante l'intervento normativo sull'art. 31, comma 1, cpa avesse una finalità di coordinamento con l'art. 19, comma 6-*ter*, l. n. 241/1990, sembra esservi un contrasto di fondo tra la locuzione «negli altri casi previsti dalla legge» introdotta nella prima disposizione e la locuzione «in caso di inerzia» presente nella seconda, contrasto che in via interpretativa può essere risolto solo svilendo la reale portata dell'una o dell'altra.

Vi è poi il problema dell'immediata conoscibilità della Scia a opera del terzo, che potrebbe non essere edotto della stessa e della sua illegittimità fino al momento della realizzazione dell'attività, che però potrebbe darsi quando sono orami decorsi i termini per l'esercizio del potere di controllo dell'amministrazione.

La Corte, nella sentenza n. 45 del 2019 – dopo avere ritenuto che, anche ove spiri il termine del potere di controllo, la tutela del terzo è sufficientemente garantita dagli altri strumenti a sua disposizione (sollecitazione del potere sanzionatorio di inibizione e rimozione delle opere in caso di dichiarazioni mendaci; sollecitazione del potere repressivo di settore; azione risarcitoria nei confronti della p.a. e del funzionario per omesso controllo; azione di risarcimento del danno o riduzione in pristino davanti al g.o. in caso di violazione di diritti soggettivi) – ha comunque segnalato «l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini (...) di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata»[122].

---

120. In questo senso, F. Liguori, *La "parentesi amministrativa"*, *op. cit.*: «L'effetto retroattivo della pronuncia di accertamento dell'inadempimento nello svolgimento della funzione di controllo è, dunque, in grado di far rivivere il potere solo se il terzo si è attivato entro il termine: unicamente in questo caso la pronuncia del giudice, ancorché intervenuta a termine scaduto, può avere effetti retroattivi laddove negli altri casi incontra il "*limite esterno*" costituito dalla irreversibile decadenza del potere per il decorso di termini perentori». *Contra*, F.S. Amodio, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *op. cit.*

121. Si vedano TAR Veneto, sez. II, 31 marzo 2020, n. 323; TAR Veneto, sez. II, 19 dicembre 2019, n. 1379; TAR Veneto, sez. II, 27 settembre 2019, n. 1028; Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3124.

122. F.S. Amodio, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *op. cit.*: «Una possibile soluzione che consentirebbe di rafforzare la tutela del terzo, senza tuttavia contraddire la portata ontologica della s.c.i.a. quale strumento di liberalizzazione appena riaffermata dalla Corte, appare rinvenibile nella definizione di strumenti che consentano ai controinteressati di acquisire conoscenza piena e tempestiva delle segnalazioni presentate, anche indipendentemente dall'avvio effettivo dell'attività. In tal modo, inoltre, si favorirebbe l'immediato coinvolgimento dei controinteressati nel procedimento di verifica dei requisiti dichiarati, con un evidente beneficio in termini di completezza istruttoria. Un interessante suggerimento sul punto può trarsi, ad esempio, dall'esperienza anglosassone, ove la disciplina del *planning permission* prevede l'obbligo per l'istante di dare notizia dell'intervento che intende realizzare a tutti i soggetti potenzialmente interessati ovvero a tutti coloro cui potrebbe derivare un danno dalla nuova opera progettata. D'altra parte, alcune leggi regionali hanno già stabilito che, per darne idonea pubblicità, gli estremi della s.c.i.a. siano riportati nel cartello esposto presso il cantiere».

Vi è, infine, la questione dell'attivabilità o meno – e in che termini – dei poteri repressivi di settore spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990 e, in particolare, di quelli di vigilanza in materia edilizia (artt. 27 ss. dPR n. 380/2002), una volta decorsi i termini del generale potere di controllo sulla Scia[123].

Il problema si pone perché, secondo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa più recente, tali poteri hanno un oggetto più limitato – potendo colpire solo le difformità rispetto alle opere segnalate e non rispetto alla legge, stante il diaframma del titolo ormai inoppugnabile[124] – e perché spesso conducono non alla rimozione delle opere ma all'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Su questo punto la Corte non ha preso espressa posizione, limitandosi a ricordare l'esistenza del potere di vigilanza, quale strumento che concorre a formare l'apparato sistemico di tutela del terzo.

6. Conclusioni

L'esame delle sentenze passate in rassegna – che, per l'ampiezza delle tematiche sottese e per la complessità delle soluzioni adottate, tagliano trasversalmente il "moderno" diritto amministrativo sostanziale e processuale – consegna all'interprete un'idea forte del ruolo della Corte costituzionale: una Corte che negli ultimi anni, anche in questa materia, ha riscoperto la sua assoluta centralità e infungibilità nell'architettura costituzionale[125].

Centralità e infungibilità che passano, in primo luogo, per un aperto, fitto e mai scontato dialogo con la Corte di giustizia (come nel caso delle nota vicenda *Taricco*) e con la Corte europea dei diritti dell'uomo (come nel caso della vicenda *Mottola* e *Staibano*[126]), volto anche al reciproco posizionamento istituzionale[127]; in secondo luogo, per una chiara minore ritrosia a guidare il giudice comune, anche nomofilattico, nell'attività interpretativa *secundum constitutionem* (come emerge dal notevole ridimensionamento delle sentenze di inammissibilità e, in particolare, di quelle per omesso esperimento del tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata[128], nonché per l'alleggerimento del vaglio sulla rilevanza mediante il sostanziale abbandono del criterio dell'influenza concreta nel giudizio *a quo*[129]); e, infine, per una maggiore profondità di scrutinio e conformazione dell'attività legislativa (ad esempio, con il superamento della necessità delle rime obbligate[130] e con il nuovo meccanismo processuale del rinvio della decisione con contestuale "diffida" al Parlamento[131], ma anche con l'intensificarsi dei moniti e degli auspici).

Per restare alle sentenze oggetto di questo contributo, nella prima direzione possono leggersi la n. 271

123. M. Polenzani, *Ancora su SCIA*, *op. cit.*, p. 216, nota 28 e dottrina ivi richiamata.

124. Tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6975; Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2018, n. 7172; Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2017, n. 5018; Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3044. L'Avvocatura dello Stato, nella memoria d'intervento nel giudizio avente ad oggetto le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tar Emilia-Romagna, sembra ritenere, contrariamente alla menzionata giurisprudenza amministrativa, che, quanto meno nella materia edilizia, il potere repressivo possa essere esercitato in ogni tempo, anche a prescindere dal decorso dei termini del potere di controllo (e quindi dall'avvenuta formazione del diaframma del titolo Scia).

125. Sul recente riposizionamento della Corte si vedano, tra i tanti, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019, p. 757; G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, atti del seminario annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, 25 ottobre 2019, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 251; C. Padula, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità* (pubblicato in anteprima in questa *Rivista online*, 23 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/le-spinte-centripete-nel-giudizio-incidentale-di-costituzionalita), e A. Guazzarotti, *Le controspinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, entrambi in questo fascicolo; D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, nonché *Id.*, *La Corte nel contesto*, in questo fascicolo.

126. Sentenze nn. 123 del 2017 e 6 del 2018.

127. Il riferimento è anche e soprattutto alla nota e tormentata vicenda della cd. doppia pregiudizialità, a seguito del nuovo corso iniziato con la sentenza n. 269 del 2017 e poi proseguito, con aggiustamenti di tiro, con le successive decisioni nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019 (sul tema, come è noto, la letteratura è sconfinata, sì che qualsiasi citazione, in questa sede, appare inutile).

128. G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, *op. cit.*; M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, *ivi* (su cui *cfr. Rivista GdP*, n. 3/2019, p. 37, www.gruppodipisa.it/images/rivista/fascicoli/Rivista_Gruppo_di_Pisa_Fascicolo_3_2019.pdf).

129. A.M. Nico, *L'accesso e l'incidentalità*, in *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, *op. cit* (su cui *cfr. Rivista GdP*, n. 1/2020, p. 163, www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Anna_Maria_Nico_-_L_accesso_e_l_incidentalita.pdf).

130. A.M. Nico, *op. ult. cit.* Sul punto si vedano le sentenze nn. 56, 236 del 2016, 222 del 2018, 40, 99, e 112 del 2019.

131. Con l'ordinanza n. 207 del 2018, nel famoso caso *Cappato*, cui ha fatto seguito la sentenza n. 242 del 2019; e poi con l'ordinanza n. 132 del 2020, in materia di pena detentiva a carico dei giornalisti.

del 2019 sulla giurisdizione soggettiva, che fornisce un avallo importante alle condivisibili resistenze del giudice amministrativo di fronte alla posizione inspiegabilmente oltranzista della Corte di giustizia sull'esame dei ricorsi incrociati nella materia degli appalti pubblici; nonché le sentenze nn. 123 del 2017 e 93 del 2018, ove la Corte lascia chiaramente intendere di non poter fornire un lasciapassare incondizionato a un (eventuale) obbligo convenzionale di riapertura dei processi civili e amministrativi in violazione del diritto costituzionale di difesa.

Nella seconda direzione, invece, possono leggersi la sentenza n. 6 del 2018, che, con una statuizione di vestitissima inammissibilità, pone la parola fine a un prolungato contrasto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, oltre che interno alle stesse sezioni unite della Corte di cassazione; la sentenza n. 94 del 2017, che, al fondo, sdogana il contestato abbandono della pregiudiziale amministrativa e rinforza la tregua imposta dal legislatore alla Corte di cassazione e al Consiglio di Stato; ma anche la sentenza n. 160 del 2019, là dove richiama l'attenzione del legislatore e dell'interprete sulla eccezionalità delle deroghe alla tutela annullatoria e sulla sua non disponibilità ad opera del giudice comune; e, infine, la sentenza n. 45 del 2019, che, lungi, dal lasciare a quest'ultimo l'onere di rinvenire nel sistema un termine a tutela del segnalante mediante una pure possibile additiva di principio, si fa carico di individuarlo tra le numerose interpretazioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza.

Nell'ultima direzione, infine, vanno le già citate sentenze nn. 123 del 2017 e 6 del 2018, che, sia pure nei termini sopra esposti, auspicano un intervento del legislatore per regolare l'ipotesi della revocazione delle sentenze civili e amministrative per sopravvenuto contrasto con le pronunce della Corte Edu, nonché la pure citata sentenza n. 45 del 2019, che si premura di indicare al Parlamento degli spazi ulteriori per migliorare la disciplina della (tutela del terzo nella) Scia.

È forse presto per dire se questa tendenza espansiva della Corte nei confronti degli altri attori istituzionali (Corti sovranazionali, giudice comune e legislatore) sia giunta al colmo, ma quel che appare certo è che la stabilizzazione del suo forte riposizionamento nell'architettura costituzionale (al netto di fisiologici e auspicabili assestamenti, dovuti anche alle altrettanto fisiologiche reazioni dei menzionati interlocutori) abbisognerà di quella autorevolezza che nasce solo dalla forza delle motivazioni e dall'attitudine alla cooperazione istituzionale di cui essa, nonostante critiche a volte inutilmente ingenerose, ha dato prova negli ultimi anni.

Il diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale degli ultimi anni

di *Raffaele Gargiulo*

Lo scritto si propone di esaminare alcune significative pronunce della Corte costituzionale rese nell'ultimo lustro nella materia del diritto penale e, in particolare, della procedura penale, analizzandone i contenuti, le *rationes* e i residui profili problematici. Si sono privilegiate soprattutto quelle pronunce che si inseriscono in filoni già oggetto di attenzione da parte della Corte, attinenti alla procedura penale.

1. L'inviolabilità della libertà personale / *1.1. Automatismi nell'individuazione delle misure cautelari (il reato di associazione di tipo mafioso e quello di associazione a scopo di terrorismo)* / *1.2. La deroga all'obbligo di custodia cautelare in carcere per il genitore di figlio infraseienne* / *1.3. la riserva di legge in materia di libertà personale* / **2. Il diritto di azione e di difesa** / *2.1. La legittimazione dello Stato in via esclusiva a costituirsi parte civile per il danno ambientale* / *2.2. Il divieto di chiamata in giudizio del responsabile civile da parte dell'imputato, notaio assicurato per obbligo di legge* / *2.3. Diritto di accesso e diritto di difesa nei riti speciali* / *2.4. Contestazioni suppletive e diritto di accesso ai riti speciali* / *2.5. Diversa qualificazione del fatto e accesso alla messa alla prova* / **3. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova** / **4. La ragionevole durata del processo** / **5. Terzietà e imparzialità del giudice** / **6. Le regole sul processo della Cedu, di altre convenzioni internazionali e del diritto dell'Unione come parametri interposti** / *6.1. Principio di pubblicità delle udienze e riesame* / *6.2.* Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio* / *6.2.1. I riflessi della sentenza* Grande Stevens c. Italia *sulla giurisprudenza costituzionale* / *6.2.2. I riflessi della sentenza* A e B c. Norvegia *sulla giurisprudenza costituzionale* / *6.2.3.* Ne bis in idem *nell'ambito della Cedu e nell'ambito dell'Unione europea* / *6.2.4.* Ne bis in idem *alla luce della giurisprudenza convenzionale:* idem factum *e concorso formale di reati* / *6.2.5. Un ulteriore incidente di costituzionalità motivato dalla necessità di conformarsi alla sentenza della Corte Edu* Scoppola c. Italia *(fattispecie relativa alla richiesta di giudizio abbreviato formulato nella vigenza del dl n. 341/2000)* / **7. La messa alla prova: l'acquisizione degli atti delle indagini preliminari ai fini della decisione sulla richiesta di messa alla prova; il principio di presunzione di innocenza sino alla condanna definitiva; il principio di legalità penale; le prerogative del potere giudiziario**

1. L'inviolabilità della libertà personale

1.1. Automatismi nell'individuazione delle misure cautelari (il reato di associazione di tipo mafioso e quello di associazione a scopo di terrorismo)

La produzione della giurisprudenza costituzionale a proposito di inviolabilità della libertà personale, e della relativa riserva di legge e di giurisdizione, è stata nel tempo piuttosto cospicua.

Nel periodo di riferimento, occorre registrare due recenti interventi della Corte relativamente ai vincoli posti, nella materia cautelare personale, alla discrezionalità del giudice. Ciò con riguardo all'individuazione della misura restrittiva necessaria e sufficiente a garantire le esigenze indicate all'art. 274 cpp e avuto riguardo alla novella che, nel 2015, ha interessato l'art. 275 cpp.

Giova ricordare che nel corso del 2015, proprio e anche in conseguenza della lunga serie di pronunce della Corte iniziata con la pronuncia n. 265 nel 2010, il legislatore ha quasi completamente rinunciato allo strumento della presunzione per la determinazione della misura cautelare personale applicabile nei singoli casi di specie. Nel contesto di un'ampia riforma delle cautele (legge 16 aprile 2015, n. 47, recante «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità*»), il testo del comma 3 dell'art. 275 cpp è stato novellato sì che l'applicazione necessaria della custodia in carcere – sempreché non debba escludersi la ricorrenza di esigenze cautelari – risulta ormai disposta solo per delitti associativi di matrice sovversiva, terroristica o mafiosa, come sanzionati dagli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* cp.

È proprio in relazione alla presunzione concernente il reato di cui all'art. 416-*bis* cp che è nuovamente intervenuta la Corte, confermando sostanzialmente, anche con riguardo alla nuova formulazione della disposizione, sia il precedente risalente al 1995 sia in generale la sua giurisprudenza più recente, la quale aveva sempre posto in evidenza la peculiarità della fattispecie dell'associazione a delinquere di stampo mafioso. Peraltro si è chiuso, in qualche modo, il cerchio, in quanto la Corte si è occupata per la prima volta anche della presunzione assoluta in tema di reato di cui all'art. 289-*bis* cp, vale a dire dell'associazione a delinquere a fini di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. Anche in tal caso la pronuncia, sicuramente di interesse, ha concluso per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata.

Al fine di meglio chiarire il senso della pronuncia intervenuta nel periodo in esame, giova ricordare che vi è stata una rilevante evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, la quale è intervenuta con riferimento alla previgente formulazione dell'art. 275, comma 3, cpp. Essa stabiliva, a fianco di una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari («salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari»), una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia in carcere, applicabile in rapporto a un'ampia serie di reati.

Il punto di svolta si è avuto con la sentenza n. 265 del 2010, che ha posto il primo freno alla sopraindicata presunzione assoluta presente nella norma. Ad essa ne sono seguite molte altre (sentt. nn. 164, 231, 331 del 2011, 110 del 2012, 57, 213, 232 del 2013, 48 del 2015) che hanno riguardato i reati richiamati nella citata disposizione.

Tra i criteri utilizzati dalla Corte per valutare il testo vigente all'epoca dell'art. 275, comma 3, cpp vi è quello per cui «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». Si è dunque specificato come l'irragionevolezza della presunzione assoluta si colga tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione medesima.

Alla luce di questi principi, la Corte ha esaminato i casi in cui la «carcerazione obbligatoria» veniva stabilita sulla base del titolo del reato contestato all'indagato o all'imputato.

Giova ricordare che, con le riforme attuate fino al 2009, la platea dei reati a «carcerazione obbligatoria» era stata fortemente ampliata, fino a comprendere gran parte dei delitti sessuali, l'omicidio volontario e i più gravi tra i reati attribuiti alla cognizione del procuratore «distrettuale» (a norma dei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 cpp). La dilatazione progressiva dei delitti rispetto ai quali operava la presunzione ha indebolito la relativa base empirica, senza più assicurare un'accettabile frequenza delle corrispondenze tra caratteristiche del caso concreto e previsione astratta[1].

Inoltre, la Corte, nell'opera di applicazione dei principi enunciati in apertura, ha conferito rilievo risolutivo alle differenze tra i reati di mafia e quelli nella specie sottoposti alla sua valutazione.

La Corte, nell'ambito di una logica di auto-contenimento già adottata a proposito del patrocinio a spese dell'erario, ha ritenuto illegittima la presunzione in relazione al suo carattere assoluto, di fatto riconoscendo al legislatore la possibilità di fondare sul titolo del reato modificazioni del regime di prova in punto di adeguatezza del trattamento cautelare.

In conclusione, la norma censurata contrastava con l'art. 3 Cost., ma anche con l'art. 13, primo comma, quale parametro fondamentale per il regime delle misure cautelari privative della libertà personale, e con l'art. 27, secondo comma, in quanto attribuiva alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della sanzione.

1. Si rinvia, per una più approfondita trattazione delle pronunce, a G. Leo, *Sei anni di giurisprudenza costituzionale sul processo penale*, Corte costituzionale, Servizio studi, *STU 294*, marzo 2016, (www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_294_Sei_anni_giurisprudenza.pdf).

La Corte, pertanto, seguendo il medesimo schema nelle varie pronunce, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, cpp, come modificato dall'art. 2 dl n. 11/2009, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai singoli delitti di volta in volta oggetto di esame, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Al riguardo vanno ricordate le sentenze: n. 265 del 2010, riguardante i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, primo comma, 609-*bis* e 609-*quater* cp; n. 164 del 2011, riguardante il delitto di cui all'art. 575 cp (omicidio); n. 231 del 2011, in tema di associazione a delinquere finalizzata al narcotraffico (art. 74 dPR n. 309/1990); n. 110 del 2012, in tema di associazione per delinquere "semplice", art. 416 cp, quando commessa al fine di realizzare illeciti pertinenti alla contraffazione dei marchi e al commercio di cose con segni mendaci e marchi contraffatti (artt. 473 e 474 cp); n. 57 del 2013, riguardante i delitti commessi mediante il cd. «metodo mafioso», o commessi al fine di agevolare l'attività di un'organizzazione mafiosa, per i quali è previsto un aggravamento di pena (art. 7 dl 13 maggio 1991, oggi inserito nell'art. 416-*bis*.1); n. 213 del 2013, in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cp); n. 232 del 2013, riguardante la violenza sessuale di gruppo; n. 48 del 2015, in tema di concorso esterno nel reato di cui all'art. 416-*bis* cp. In relazione alla sentenza n. 331 del 2011, la quale non ha riguardato l'art. 275, comma 3, cpp, ma una norma speciale, il comma 4-*bis* dell'art. 12 d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, di contenuto corrispondente a quella del codice di rito, che imponeva l'applicazione della custodia in carcere con riguardo ai reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, la dichiarazione di illegittimità si è articolata comunque nel medesimo verso delle precedenti. Sostanzialmente, la presunzione assoluta si è trasformata in presunzione relativa.

Particolarmente rilevanti, ai fini dell'esame della pronuncia n. 136 del 2017, rientrante nel periodo in esame, appaiono le pronunce n. 57 del 2013 e n. 47 del 2015, relative a due fattispecie contigue all'associazione mafiosa. In particolare la sent. n. 57/2013 riguarda i delitti commessi mediante il cosiddetto «metodo mafioso», o commessi al fine di agevolare l'attività di una organizzazione mafiosa, per i quali è previsto un aggravamento di pena (art. 7 dl 13 maggio 1991, recante «*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*», convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 12 luglio 1991, n. 203, oggi confluito nell'art. 416-*bis*.1 cp) e in relazione ai quali, per effetto dell'inclusione nel novero dei reati di competenza della cd. procura distrettuale (art. 51, comma 3-*bis*, cpp), era appunto vigente l'obbligo sancito dal comma 3 dell'art. 275.

Secondo un metodo ormai collaudato, la Corte ha valutato nel dettaglio la portata della fattispecie sostanziale, al fine di verificare la maggiore o minore omogeneità dei comportamenti in essa ricompresi, e dunque la ricorrenza di una costante nel senso della pericolosità più elevata. L'ha fatto, in particolare, con riguardo alla fattispecie come interpretata dal diritto vivente: considerandola dunque integrata a fronte di un qualsiasi effetto di agevolazione, e anche a fronte di condotte riferibili a persone non partecipi dell'organizzazione interessata. Proprio la possibilità di applicazione nei confronti di soggetti estranei al vincolo associativo ha comportato la differenza essenziale del caso da decidere rispetto a quello attinente all'associazione a delinquere di stampo mafioso, richiamato già dalla sentenza n. 265 del 2010: è "agevole" concepire casi di integrazione della fattispecie da parte di soggetti che, pur responsabili di fatti dalla connotazione mafiosa (magari in modo occasionale), siano liberi da quei vincoli interni di intimidazione e di condizionamento territoriale che hanno storicamente ed empiricamente reso assai probabile la reiterazione di comportamenti delittuosi.

La Corte ha giudicato illegittima (alla luce degli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost.) la previsione di un automatismo non superabile, stabilendo che la custodia in carcere potesse essere evitata in presenza di «elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Nella specie si è, però, precisato che il giudice non avrebbe potuto trascurare quale elemento fondamentale, per la valutazione di ciascun caso concreto, la posizione di intraneità o di estraneità dell'agente alla compagine associativa cui viene eventualmente riferita la condotta in contestazione.

Nel caso della sentenza n. 48 del 2015, la Corte si è occupata invece della fattispecie di "concorso esterno" nell'associazione mafiosa, pervenendo alla medesima dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, nel senso di ribaltare la presunzione legislativa, da assoluta a relativa. Il giudizio della Corte si è fondato proprio sull'idea centrale che caratterizza le contestazioni di concorso esterno, cioè che un soggetto possa partecipare a un fatto associativo, assumendone la corresponsabilità, pur senza essere strutturalmente partecipe dell'organizzazione e dunque senza essere legato ad essa da quel vincolo,

fondato anche sull'intimidazione interna, che rende statisticamente implausibile ipotesi di una rottura con l'ambiente criminale, e dunque di una diminuzione della pericolosità. La Corte ha preso atto, inoltre, che la condotta di concorso esterno può essere integrata anche da un solo contributo alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'organizzazione, circostanza che, a sua volta, può rendere inefficace il ragionamento presuntivo che riguarda i futuri comportamenti della persona accusata.

L'ordinanza n. 136 del 2017, ha dichiarato, invece, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost., dell'art. 275, comma 3, cpp, «nella parte in cui nel prevedere che quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. è applicata la misura della custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

La questione concerne l'art. 4, comma 1, l. n. 47/2015, il quale sostituendo il secondo periodo del comma 3 dell'art. 275 cpp, ha limitato la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere ai reati di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* cp, mentre per gli altri reati oggetto della disposizione previgente ha previsto una presunzione relativa, stabilendo che possono essere applicate anche misure cautelari personali diverse dalla custodia in carcere, quando in concreto risultano sufficienti a soddisfare le esigenze cautelari.

La Corte sottolinea che con la modifica legislativa sopraindicata il legislatore «ha recepito la giurisprudenza della Corte, la quale, dapprima con la sentenza n. 265 del 2010 e successivamente con varie altre, ha dichiarato, rispetto ad alcuni delitti, costituzionalmente illegittimo l'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non faceva salva, altresì, l'ipotesi in cui fossero stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risultava che le esigenze cautelari potevano essere soddisfatte con altre misure».

La Corte precisa di avere, fin dalla sentenza n. 265 del 2010 e, poi, in altre pronunce, «delineato la *ratio* giustificativa del particolare regime stabilito per gli imputati del reato previsto dall'art. 416-*bis* cod. pen., rilevando che l'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso implica, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare che può essere soddisfatta solo con la custodia in carcere, non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza in modo da neutralizzarne la pericolosità».

Tale *ratio* era stata ribadita «anche nella sentenza relativa ai delitti aggravati dall'uso del metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione mafiosa (sentenza n. 57 del 2013) e in quella relativa al concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso (sentenza n. 48 del 2015), che hanno riguardato fattispecie "contigue" a quella dell'art. 416-*bis* cod. pen., ma non caratterizzate da un'uguale esigenza».

La Corte richiama la metodologia argomentativa seguita nelle pronunce concernenti il previgente art. 275, comma 3, cpp, rappresentata da «una comparazione tra gli altri reati previsti da tale disposizione e oggetto delle varie questioni di legittimità costituzionale, da un lato, e l'associazione di tipo mafioso, dall'altro, rimarcando di volta in volta la diversità di quest'ultima». In particolare, individua un valido termine di riferimento nel delitto di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, ma nell'effettuare il test di comparazione, rileva che delitto di associazione di tipo mafioso, pur essendo come l'altro di natura associativa, «è "normativamente connotato – di riflesso ad un dato empirico-sociologico – come quello in cui il vincolo associativo esprime una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti"». La specificità del vincolo mafioso implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, «una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso"».

Snodo cruciale nell'argomentazione della pronuncia è quello secondo cui «[s]ono tali peculiari connotazioni a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione considerata, rendendo ragionevole la convinzione che, nella generalità dei casi, le esigenze cautelari derivanti dal delitto in questione non possano venire adeguatamente fronteggiate se non con la misura carceraria, in quanto idonea – per valersi delle parole della Corte europea dei diritti dell'uomo – "a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine", minimizzando "il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti" (sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia)» (sentenza n. 231 del 2011).

La Corte precisa che, in sede di comparazione, con riferimento all'art. 416-*bis* cp si è generalmente

riferita alla fattispecie della partecipazione all'associazione di tipo mafioso. L'elemento ritenuto in grado di legittimare costituzionalmente «la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere è rappresentato infatti dallo stabile inserimento nell'associazione di tipo mafioso, il quale, per le caratteristiche del vincolo, capace di permanere inalterato nonostante le vicende personali dell'associato e di mantenerne viva la pericolosità, fa ritenere che questa non sia adeguatamente fronteggiabile con misure cautelari "minori"». In tale ottica, pertanto «la diversa graduazione di gravità e di pericolosità tra le condotte dei singoli appartenenti all'associazione rileva ai fini della determinazione della pena da irrogare in concreto, ma non incide sulle esigenze cautelari, perché anche la semplice partecipazione è idonea, per le connotazioni criminologiche del fenomeno mafioso, a giustificare la presunzione sulla quale si basa la norma in questione».

Smentendo l'assunto del giudice *a quo*, la Corte nega che abbia rilievo la distinzione tra la posizione del partecipe e quella degli associati con ruoli apicali, perché, «quali che siano le specifiche condotte dei diversi associati e i ruoli da loro ricoperti nell'organizzazione criminale, il dato che rileva, e che sotto l'aspetto cautelare li riguarda tutti ugualmente, è costituito dal tipo di vincolo che li lega nel contesto associativo, vincolo che fa ritenere la custodia in carcere l'unica misura in grado di "troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità"». Consegue a tali rilievi la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale in relazione a tutti i parametri evocati.

Va aggiunto che la citata l. n. 47/2015 ha determinato, tra l'altro, l'ordinanza n. 41 del 2016, di restituzione degli atti della questione riguardante l'art. 275, comma 3, cpp in relazione al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 260 d.lgs 3 aprile 2006, n. 152 («Norme in materia ambientale»).

L'ultima pronuncia su tale tema specifico è stata la sentenza n. 191 del 2020, riguardante l'altra fattispecie residua, vale a dire l'associazione a delinquere a scopo di terrorismo, caratterizzata dal punto di vista cautelare dalle due presunzioni, l'una relativa circa la sussistenza delle esigenze cautelari e l'altra assoluta, in ordine alla adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere. È proprio tale ultima presunzione che è stata oggetto della questione di legittimità costituzionale sulla quale si è pronunciata la Corte con la sentenza sopraindicata. Essa ha dichiarato non fondate, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di assise di Torino con riguardo all'art. 275, comma 3, cpp, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 270-*bis* cp, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure meno afflittive.

La Corte analizza in modo specifico l'evoluzione legislativa che ha riguardato l'art. 275, comma 3, cpp e il susseguirsi delle sue pronunce in materia, che hanno portato all'ultima modifica normativa rappresentata dall'art. 4 l. n. 47/2015. La pronuncia è calibrata non già sulla generalità dei reati compiuti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, e in ispecie sui "reati fine" dell'associazione di cui all'art. 270-*bis* cpp, bensì proprio e specialmente sulle condotte associative (di promozione, costituzione, organizzazione, direzione, finanziamento e mera partecipazione) contemplate dalla norma incriminatrice in questione.

Nel percorso argomentativo della pronuncia assume rilievo centrale la giurisprudenza della Cassazione sul reato in questione, richiamata con dovizia di particolari. La formula legislativa allude dunque a un doppio livello finalistico che deve caratterizzare l'associazione nel suo complesso: a un primo livello, l'intento di compiere atti di violenza; a un livello ulteriore, la finalità ultima di tali condotte, indicata come «terrorismo» o «eversione dell'ordine democratico». Una particolare attenzione è dedicata proprio alla nozione di finalità di terrorismo, regolata dall'art. 270-*sexies* cp, il quale considera, in particolare, «condotte con finalità di terrorismo» quelle che, sul piano oggettivo, «per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale»; e, sul piano soggettivo, sono compiute con una delle tre finalità alternative indicate dalla norma, e cioè lo scopo: a) di intimidire la popolazione, b) di costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale al compimento o al mancato compimento di un atto, ovvero c) di «destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale». Appare rilevante sottolineare che la pronuncia, nell'analizzare le finalità in questione, richiamandosi alla giurisprudenza della Cassazione, rileva che «la terza finalità corrisponde in larga parte alla tradizionale nozione di finalità di "eversione dell'ordine democratico", divenuta così – oggi – una sottoipotesi della stessa finalità di terrorismo, così come definita dall'art. 270-*sexies* cod. pen.; sicché la loro duplice menzione, che pure è conservata nel

testo e nella rubrica dell'art. 270-bis cod. pen. così come in varie altre norme incriminatrici, costituisce ormai una mera endiadi».

Uno degli snodi principali della pronuncia attiene al consueto confronto con la fattispecie di cui all'art. 416-*bis* cp. A differenza di quest'ultima, infatti, l'art. 270-*bis* cp non fornisce alcuna descrizione del *modus operandi* dell'associazione criminosa ivi disciplinata, né contempla alcun requisito di natura oggettiva in grado di orientare la discrezionalità dell'interprete. Anche in questo caso sono richiamate le sentenze della Cassazione che fissano i requisiti dell'ipotesi di reato considerata e in particolar modo quelle che, in ossequio al principio costituzionale di offensività, hanno in proposito chiarito che, «pur non richiedendosi la predisposizione di un programma operativo di azioni terroristiche, ai fini del riconoscimento di un'associazione ex art. 270-bis cod. pen. occorrerà tuttavia che risulti provata la "costituzione di una struttura organizzativa con un livello di 'effettività' che renda possibile la realizzazione del progetto criminoso (...). Ne deriva che la rilevanza penale dell'associazione si lega non alla generica tensione della stessa verso la finalità terroristica o eversiva, ma al proporsi il sodalizio la realizzazione di atti violenti qualificati da detta finalità: costituiscono pertanto elementi necessari, per l'esistenza del reato, in primo luogo, l'individuazione di atti terroristici posti come obiettivo dell'associazione, quantomeno nella loro tipologia; e, in secondo luogo, la capacità della struttura associativa di dare agli atti stessi effettiva realizzazione nella lettura della fattispecie criminosa" (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 14 luglio-14 novembre 2016, n. 48001; in senso analogo, *ex multis*, sezione sesta penale, sentenza n. 46308 del 2012; sezione sesta penale, sentenza n. 25863 del 2009)».

Il confronto con l'art. 416-*bis* cp induce la Corte costituzionale a ritenere che l'art. 270-*bis* cp non fornisce alcuna definizione nemmeno delle singole condotte relative all'associazione menzionate nel primo e nel secondo comma. Anche in questo caso si attinge pertanto al cd. "diritto vivente", che in modo costituzionalmente orientato ha precisato che la (mera) "partecipazione", che integra l'ipotesi meno grave tra quelle contemplate dalla norma e al tempo stesso segna la soglia minima della rilevanza penale della condotta associativa, «non può essere desunta dal solo riferimento all'adesione ideale al programma criminale, dalla comunanza di pensiero ed aspirazioni, ma occorre l'effettivo inserimento nella struttura organizzata, desumibile da condotte univocamente evocative e sintomatiche, consistenti nello svolgimento di attività preparatorie per l'esecuzione del programma e nell'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 22 marzo-27 maggio 2013, n. 22719 e in senso analogo, più di recente, sezione seconda penale, sentenza 4 dicembre 2019-27 febbraio 2020, n. 7808)».

Pur individuando ulteriori differenze tra l'associazione terroristica e quella di tipo mafioso, attinenti alla struttura rudimentale della prima rispetto alla seconda, che è invece caratterizzata da rigide gerarchie e precise regole di ingresso nel sodalizio, il nucleo dell'argomentazione della pronuncia si coglie nel requisito dell'adesione a un'ideologia propugnante la violenza, che caratterizza la fattispecie in esame. La Corte costituzionale precisa infatti che «la "partecipazione" a un'associazione terroristica – e il rilievo vale, a maggior ragione, per le altre più gravi condotte descritte dalla norma incriminatrice – non si esaurisce nel compimento, pur necessario, di azioni concrete espressive del ruolo acquisito all'interno del sodalizio, ma presuppone altresì l'adesione a un'ideologia che, qualunque sia la visione del mondo ad essa sottesa e l'obiettivo ultimo perseguito, teorizza l'uso della violenza in una scala dimensionale tale da poter cagionare un "grave danno" a intere collettività. Ed è proprio una simile adesione ideologica a contrassegnare nel modo più profondo la "appartenenza" del singolo all'associazione terroristica: un'appartenenza che – proprio come quella che lega, pur con modalità diverse, il partecipe all'associazione mafiosa – normalmente perdura anche durante le indagini e il processo, e comunque non viene meno per il solo fatto dell'ingresso in carcere del soggetto, continuando così a essere indicativa di una sua pericolosità particolarmente accentuata». È proprio il (normale) permanere del vincolo di appartenenza del singolo all'associazione terroristica che è ritenuto alla base della valutazione legislativa che considera «le misure cautelari non custodiali, *in primis* gli arresti domiciliari», inidonee a controllare la sua del tutto peculiare pericolosità. Al riguardo, si evidenzia la pratica impossibilità di impedire che la persona sottoposta a misura extramuraria riprenda i contatti con gli altri associati ancora in libertà attraverso l'uso di telefoni e di *internet*, in quanto tale prospettiva non appare efficacemente neutralizzabile mediante la semplice imposizione dei corrispondenti divieti all'atto della concessione della misura. Da ciò nasce il pericolo, osserva la Corte, che il soggetto si allontani senza autorizzazione dalla propria abitazione e commetta gravi reati in esecuzione del programma criminoso dell'associazione, di cui continua a far parte e dalla quale potrebbe continuare a ricevere ordini, ciò soprattutto in considerazione della struttura fluida, "a rete" di tali associazioni e in particolare dell'utilizzazione di *internet* e dei *social media* non solo come mezzo di reclutamento e di indottrinamento degli associati, ma anche come strumento di pianificazione

e organizzazione degli attentati nei quali si sostanzia lo stesso programma criminoso dell'associazione. In conclusione, secondo la Corte, di fronte alla grandezza dei rischi derivanti da misure diverse dalla custodia in carcere, la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare appare sostenuta da una congrua base empirico-fattuale, sì da sottrarsi al giudizio di irragionevolezza che ha colpito l'analoga presunzione che operava rispetto alle figure di reato – diverse dalla partecipazione all'associazione di tipo mafioso – sinora esaminate.

Aggiunge la Corte che «La compressione, peraltro solo parziale, dei poteri discrezionali del giudice trova qui giustificazione, nell'ambito di un bilanciamento che questa Corte non ritiene di poter censurare dal punto di vista della sua legittimità costituzionale, in relazione alla finalità di tutelare la collettività contro i gravissimi rischi che potrebbero derivare dall'eventuale sopravvalutazione, da parte del giudice, dell'adeguatezza di una misura non carceraria a contenere il pericolo di commissione di reati, pur ritenuto sussistente nel caso di specie». Il giudice deve peraltro valutare, nella fase genetica e poi nell'intero arco della vicenda cautelare, l'effettiva sussistenza e permanenza delle esigenze cautelari, e di disporre la revoca della misura in essere ogniqualvolta risulti che, nel caso concreto, tali esigenze non sussistano o siano cessate, anche alla luce dell'eventuale percorso di distacco dall'associazione e dai suoi programmi criminosi che l'imputato abbia nel frattempo compiuto.

1.2. La deroga all'obbligo di custodia cautelare in carcere per il genitore di figlio infraseienne

Sempre in materia di libertà personale, si è registrata una pronuncia di rilievo anche riguardo alla deroga all'obbligo di custodia cautelare in carcere per la madre di figlio infraseienne.

Essa riguarda anche il tema del bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e la garanzia della funzione genitoriale, quale presidio primario di diritti riconosciuti ai bambini, anche in sede sovranazionale. Tale pronuncia si segnala anche per riaffermare la distinzione tra lo *status* di detenuto in espiazione di pena e quello di detenuto in esecuzione di misura cautelare personale.

Con l'ordinanza n. 17 del 2017, in particolare, la Corte ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 13, 24, 31 e 111 Cost., dell'art. 275, comma 4, cpp, «nella parte in cui prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni».

La Corte parte dalla premessa secondo cui «l'individuazione normativa del limite dei sei anni di età del minore per l'applicazione del divieto di custodia cautelare in carcere non può essere accostata alle presunzioni legali assolute che comportano l'applicazione di determinate misure o pene sulla base di un titolo di reato, con l'effetto di impedire al giudice di tenere conto delle situazioni concrete o delle condizioni personali del destinatario della misura o della pena».

La pronuncia chiarisce il diverso meccanismo alla base dei commi 3 e 4 dell'art. 275 cpp, precisando che l'automatismo che il rimettente lamenta è, semmai, quello contenuto nel citato art. 275, comma 3, il quale, «laddove sussistano esigenze cautelari, prevede – per gli imputati di alcuni gravi reati, fra i quali quello di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. – che esse siano soddisfatte solo attraverso la custodia in carcere. È questa presunzione, in realtà, ad impedire al giudice di valutare la specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari». La Corte, però, anticipando in un certo senso il contenuto dell'ordinanza n. 136 del 2017 (vds. *supra*), rileva che «tale presunzione è stata considerata non irragionevole da questa Corte, poiché i tratti tipici della criminalità mafiosa (qualificata da forte radicamento territoriale, fitta rete di collegamenti personali, alta capacità di intimidazione) forniscono un fondamento razionale alla valutazione legislativa –basata su dati di esperienza generalizzata, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit* – di adeguatezza della sola misura custodiale carceraria».

La disposizione espressamente censurata, cioè il successivo comma 4 dell'art. 275 cpp, invece, contiene «un divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, riferito ad alcune categorie di imputati (tra i quali la madre di figli minori infraseienni con lei conviventi); un divieto, si osservi, di carattere generale, che prescinde, cioè, dal titolo di reato e non è riferibile, pertanto, alle sole ipotesi considerate all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.». La Corte, aderendo alla giurisprudenza di legittimità, precisa che «non si è in presenza di una "situazione di automatismo", ma, al contrario, di una deroga (sia pur soggetta a condizioni e limiti) ai criteri che i commi precedenti del medesimo articolo dettano in tema di applicazione delle misure cautelari e, quindi, anche alla presunzione legale stabilita al comma precedente».

L'attenzione della pronuncia si focalizza, poi, su un'ulteriore censura sollevata nell'ordinanza del giudice *a quo*, consistente nel porre in discussione, alla luce degli artt. 3 e 31 Cost., la valutazione che il legislatore ha compiuto in astratto, bilanciando le esigenze di difesa sociale, da un lato, e l'interesse del minore, dall'altro.

Osserva pertanto la Corte che il divieto posto dall'art. 275, comma 4, cpp «è frutto del giudizio di valore operato dal legislatore, il quale stabilisce che, nei termini e nei limiti ricordati, sulla esigenza processuale e sociale della coercizione intramuraria deve prevalere la tutela di un altro interesse di rango costituzionale, quello correlato alla protezione costituzionale dell'infanzia, garantita dall'art. 31 Cost.».

Dopo avere ripercorso l'evoluzione legislativa riguardante il comma 4 dell'art. 275 cpp, che ha comportato varie modulazioni del citato bilanciamento, «caratterizzate dal progressivo ampliamento della tutela accordata» all'interesse del minore, fino ad arrivare alla disposizione oggetto di scrutinio, la Corte rileva che la scelta legislativa, pur riconoscendo «[l]'elevato rango dell'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, tuttavia, non lo sottrae in assoluto ad un possibile bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono certamente quelli di difesa sociale, sottesi alle esigenze cautelari, laddove la madre sia imputata di gravi delitti», come si evince dalla stessa disposizione censurata, «che fa comunque salve le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza anche in presenza di un figlio minore di sei anni».

Tale scelta «appare non irragionevolmente giustificata dalla considerazione che tale età coincide con l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e, dunque, con l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre».

La Corte aggiunge che l'accoglimento della questione, nei termini dell'addizione richiesta, avrebbe assegnato una «prevalenza assoluta all'interesse del minore, a prescindere dalla sua età, a mantenere un rapporto continuativo con la madre, cancellando il bilanciamento compiuto dal legislatore», mentre la soluzione di affidare alla discrezionalità del giudice l'apprezzamento caso per caso della particolare condizione del minore, avrebbe incongruamente assegnato al giudice penale il compito di applicare una misura all'imputato, sulla base di valutazioni relative non già a quest'ultimo, ma a un soggetto terzo – il minore – estraneo al processo.

La Corte rileva, inoltre, che «Tutte le misure che i codici penale e di procedura penale, nonché la legge 26 luglio 1975, n. 354, recante "Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", prevedono a tutela dei minori, in relazione alla condizione detentiva dei genitori, indicano al giudice un criterio oggettivo, calibrato sull'età del minore (oltre alla disposizione oggetto del presente giudizio e a quella, ad essa collegata, contenuta all'art. 285-*bis* cod. proc. pen., si ricordino gli artt. 146 e 147 cod. pen. e gli artt. 21-*bis*, 21-*ter*, 47-*ter* e 47-*quinquies* della legge n. 354 del 1975). E non può trascurarsi che tali criteri oggettivi – posti dal legislatore in riferimento alla condizione di un soggetto, il minore, estraneo al processo e non coinvolto nelle valutazioni sulla pericolosità dell'imputato – costituiscono anche un efficace usbergo della serenità del giudice, chiamato a delicate decisioni, in special modo nei casi relativi a gravi delitti di criminalità organizzata».

Di conseguenza la Corte ha escluso che la norma *de qua* determinasse un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a disposizioni dell'ordinamento penitenziario che tutelano il preminente interesse dei minori, figli di condannati in via definitiva, sino al compimento dei dieci anni. A fronte dell'identico interesse del minore a mantenere un rapporto costante ed equilibrato con le figure genitoriali e della perdurante necessità di evitare che il costo della strategia di lotta al crimine venga irragionevolmente traslato su un soggetto terzo estraneo alle attività delittuose delle quali un genitore sia imputato o in conseguenza delle quali sia stato definitivamente condannato, il carattere cautelare o esecutivo del titolo di detenzione della madre o del padre condiziona profondamente le contrapposte esigenze di difesa sociale.

La Corte precisa che «le disposizioni in materia cautelare finalizzate alla tutela dell'interesse dei minori figli di genitori imputati non costituiscono idonei *tertia comparationis* rispetto a quelle analoghe dettate dall'ordinamento penitenziario per i genitori ristretti a seguito di condanna», sottolineando, da un lato, «la non assimilabilità, ai fini di uno scrutinio di eguaglianza, di status fra loro eterogenei, quello dell'imputato sottoposto ad una misura cautelare personale, (...) e quello del condannato in fase di esecuzione della pena»; e, dall'altro, le diverse funzioni della pena e della custodia cautelare in carcere, che come tutte le misure cautelari, a differenza della pena, è volta a presidiare i *pericula libertatis*, cioè a evitare la fuga, l'inquinamento delle prove e la commissione di reati.

Se le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, ne consegue – secondo la Corte – che il principio da porre in bilanciamento con l'interesse del minore è, nei due casi, differente e non raggiunge, pertanto, il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l'interesse del minore fornisca esiti non coincidenti.

Infine, la Corte osserva che le disposizioni del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario, sono «attualmente orientate nel senso di assicurare in via primaria il rapporto del minore con la madre». L'allegata assenza del padre non avrebbe potuto giustificare l'estensione del divieto di applicazione della custodia cautelare alle imputate madri di

figli di età superiore ai sei anni, poiché questa soluzione ispirata al principio dell'indispensabile presenza di uno dei due genitori, condurrebbe a giustificare persino la custodia in carcere della madre, se il padre è presente, secondo una *ratio* del tutto eccentrica rispetto al contesto normativo sopraindicato.

1.3. La riserva di legge in materia di libertà personale

Altro filone della giurisprudenza costituzionale riguarda la disciplina dell'astensione dalle udienze degli avvocati, che viene in rilievo con riguardo al principio della riserva di legge assoluta in materia di libertà personale stabilita dall'art. 13, comma 5, Cost.

La sentenza n. 180 del 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2-*bis* l. 13 giugno 1990, n. 146[2], nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati – adottato in data 4 aprile 2007 dall'Organismo unitario dell'avvocatura (Oua) e da altre associazioni categoriali (Ucpi, Anf, Aiga, Uncc), valutato idoneo dalla Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007 e pubblicato nella *Gazzetta ufficiale* n. 3 del 2008 – nel regolare, all'art. 4, comma 1, lett. *b*, l'astensione degli avvocati nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, interferisca con la disciplina della libertà personale dell'imputato.

La pronuncia presenta molteplici aspetti di interesse: oltre ai significativi profili di merito, si è occupata di una questione interpretativa di non scarso rilievo, in materia di processo costituzionale, attinente ai contenuti e all'estensione dell'obbligo, conseguente alla sollevazione di una questione di costituzionalità, di sospendere il processo principale *ex* art. 23, comma 2, l. n. 87/1953[3].

Nel merito, la Corte ritiene che la «questione posta in riferimento all'art. 13, quinto comma, Cost. è fondata nei limiti e nei termini che seguono, con conseguente assorbimento degli altri profili di dedotta illegittimità costituzionale».

Essa muove dalla sentenza n. 171 del 1996, che ha riconosciuto che «"l'astensione dalle udienze degli avvocati e procuratori è manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo", in relazione alla quale è identificabile, più che una mera facoltà di rilievo costituzionale, un vero e proprio diritto di libertà», da porre in bilanciamento «con altri valori costituzionali meritevoli di tutela, tenendo conto che il secondo comma, lettera a), dell'art. 1, della legge 146 del 1990 indica fra i servizi pubblici essenziali "l'amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione"». Nel bilanciamento tra questi valori e il diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva, i primi hanno una «forza prevalente».

La Corte osserva che la legge n. 146/1990, che non aveva operato tale bilanciamento non avendo affatto previsto l'astensione collettiva dei professionisti, era risultata (all'epoca) carente, non prevedendo una razionale e coerente disciplina che includesse tutte le altre manifestazioni collettive capaci di comprimere detti valori primari. Con la sentenza n. 171 del 1996, quindi, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, l. n. 146/1990, nella parte in cui non prevedeva, nel caso dell'astensione collettiva dall'attività defensionale degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione e, altresì, nella parte in cui non prevedeva gli strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali durante l'astensione stessa, nonché le procedure e le misure conseguenziali nell'ipotesi di inosservanza.

Il legislatore è intervenuto solo qualche anno dopo, con la legge 11 aprile 2000, n. 83[4], inserendo nella l. n. 146/1990 il censurato art. 2-*bis*.

La Corte ha quindi chiarito che tale articolo «riconosce il diritto (sindacale) di "astensione collettiva

2. Recante «Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge».

3. La Corte ha affermato, tra l'altro, che «l'art. 23 della legge n. 87 del 1953, interpretato alla luce del principio della ragionevole durata del processo che pervade ogni giudizio – civile, penale, o amministrativo che sia –, non esclude che il giudice rimettente possa limitare il provvedimento di sospensione al singolo momento o segmento processuale in cui il giudizio si svolge, ove solo ad esso si applichi la disposizione censurata e la sospensione dell'attività processuale non richieda di arrestare l'intero processo, che può proseguire con il compimento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante», restando fermo il controllo da parte della Corte costituzionale «dell'effettiva possibilità di circoscrivere la rilevanza della questione, che rimane pur sempre incidentale e che, come tale, è pregiudiziale rispetto ad una decisione del giudice rimettente». Vds., al riguardo, R. Gargiulo, *Quattro anni di giurisprudenza costituzionale sul processo penale (2016-2019)*, Corte costituzionale, Servizio studi, *STU 314*, maggio 2020 (www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20314_ProcessoPenale_2016-2019.pdf).

4. Recante «Modifiche ed integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati».

dalle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria" e fissa, al contempo, il principio del necessario "contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati", ma poi coinvolge gli stessi destinatari di questo bilanciamento richiedendo l'adozione, da parte "delle associazioni o degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate", di "codici di autoregolamentazione".

Il suddetto rinvio è ritenuto formale perché rimette alla disciplina subprimaria il completamento della regolamentazione, ossia l'individuazione delle fattispecie di "prestazioni indispensabili", e non già materiale, che richiede invece che «il richiamo sia indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate dalla stessa norma che lo effettua"».

È stato inoltre evidenziato che il codice di autoregolamentazione, in virtù della delibera di idoneità adottata dalla Commissione di garanzia, autorità amministrativa indipendente, costituisce una vera e propria normativa subprimaria e non già solo un atto di autonomia privata delle associazioni categoriali che raggruppano gli avvocati nell'esercizio del diritto di associarsi (art. 18 Cost.), con validità *erga omnes*. Tale codice vincola il giudice, se le sue disposizioni sono conformi alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.).

La Corte osserva che la «disposizione del codice di autoregolamentazione (art. 4, comma 1, lettera b) richiama in particolare l'art. 420-*ter*, comma 5, cod. proc. pen. che stabilisce che il giudice provvede a norma del comma 1, rinviando ad una nuova udienza, nel caso di assenza del difensore, quando risulta che l'assenza stessa è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, con conseguente sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare ai sensi dell'art. 304 cod. proc. pen., salvo che l'imputato chieda che si proceda in assenza del difensore impedito. Espressamente, quindi, la disposizione del codice di autoregolamentazione mira ad introdurre – ed introduce – una fattispecie analoga e parallela a quella legale che, dando rilievo all'assenso dell'imputato, incide parimenti sul prolungamento, o no, dei termini di durata massima della custodia cautelare, e finisce per toccare proprio la disciplina legale di tali termini».

Proprio per tale profilo, la Corte ha ritenuto la normativa censurata in contrasto con la prescrizione della riserva di legge di carattere assoluto posta dall'art. 13, quinto comma, Cost., in quanto solo la legge può stabilire i limiti massimi della carcerazione preventiva, oggi custodia cautelare. A livello di fonti primarie, il «codice di rito prevede un'articolata disciplina dei termini di durata, fissando termini finali complessivi, in funzione di limite massimo insuperabile, sì da coprire l'intera durata del procedimento, garantendo, da un lato, un ragionevole limite di durata della custodia cautelare, e, dall'altro, attribuendo al giudice una discrezionalità vincolata nella valutazione della sussistenza dei presupposti per la sua sospensione *ex* art. 304 cod. proc. pen. (sentenza n. 204 del 2012)».

La Corte ha ribadito che i «"limiti che deve incontrare la durata della custodia cautelare, discendono direttamente dalla natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo, da un lato, e alle esigenze di tutela della collettività, dall'altro, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è ancora stato giudicato colpevole in via definitiva" (sentenze n. 219 del 2008 e n. 229 del 2005)».

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso nel senso che la norma censurata viola la riserva di legge posta dall'art. 13, quinto comma, Cost., nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di interferire nella disciplina nella libertà personale; interferenza consistente nella previsione che l'imputato sottoposto a custodia cautelare possa richiedere, o no, in forma espressa, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore, con l'effetto di determinare, o no, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare.

Tale pronuncia lascia aperto il problema delle sue ricadute, in ordine al quale si è cimentata la dottrina[5]. Sembra evidente che, stante la dichiarazione di

5. E. Gianfrancesco, *Il codice di autoregolamentazione degli avvocati come fonte del diritto di natura secondaria*, in *Giur. cost.*, n. 4/2018, pp. 1918 ss.; T. Alesci, *Astensione collettiva e procedimento con detenuti. La decisione della Consulta e le ricadute processuali*, in *Processo penale e giustizia*, n. 1/2019, pp. 91 ss.; E. Aprile, *La Consulta interviene sul tema dell'adesione del difensore all'astensione dalle udienze e sugli effetti sul regime cautelare dell'imputato*, in *Cass. pen.*, n. 4/2019, pp. 1540 ss.; F. Ciampi, *L'iter processuale deve prevalere sul diritto di sciopero*, in *Guida al diritto*, n. 35-36/2018, pp. 73 ss.; L. Diotallevi, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'astensione forense nei processi con imputati in stato di custodia cautelare: interrogativi di natura processuale e ragioni di ordine sostanziale*, in *Giur. cost.*, n. 4/2018, pp. 1929 ss.; T.F. Giupponi, *L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'incidentalità: la Corte e il Codice di autoregolamentazione dell'astensione collettiva degli avvocati, tra riserva di legge e disapplicazione*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 6/2019 (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/06/nota_giupponi_180_2018_14_2019.pdf); S. Lonati, *L'astensione del difensore dalle udienze nei processi con imputati in custodia cautelare: in attesa di un intervento del legislatore riemerge per il giudice il potere di bilanciamento dei diritti costituzionali in conflitto*, in *Giur. cost.*, n. 4/2018, pp. 1942 ss.; G. Pecorella, *Una sentenza della Corte costituzionale (apparentemente) oscura. Può ancora esercitarsi il diritto di astensione nei processi con imputati detenuti?*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018; R. Rudoni, *Promovimento in via incidentale del processo costituzionale e sospensione "parziale" del processo principale*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 3/2019 (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/03/nota_180_2018_rudoni.pdf).

illegittimità costituzionale sopraindicata, in assenza di una nuova disposizione di legge, non è consentita ai difensori l'adesione a iniziative di astensione dalle udienze proclamate dalle associazioni di categoria nei procedimenti con imputati detenuti (per i fatti per cui si procede)[6]. L'astensione dei difensori nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trova in stato di custodia cautelare oggi è priva di copertura normativa, tenuto conto che la disciplina subprimaria contenuta nel richiamato art. 4, comma 1, lett. *b* del codice di autoregolamentazione, la quale trovava fondamento nella norma primaria, ritenuta illegittima proprio nella parte in cui fa rinvio al citato art. 4, non è più applicabile. Se si volesse ritenere che, in astratto, nei procedimenti in cui l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, il difensore possa ancora esercitare il diritto di aderire all'astensione collettiva[7], non sarebbe possibile un rinvio del procedimento penale ad altra udienza e, soprattutto, non sarebbe più consentita la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare ai sensi dell'art. 304 cpp. Al riguardo appare estremamente significativo che, in occasione della proclamazione dell'astensione dalle udienze per i giorni dal 20 al 23 novembre 2018, la giunta dell'Unione delle camere penali italiane, con la decisione dell'8 novembre, ha deliberato «secondo le vigenti regole di autoregolamentazione, nel rispetto della sentenza della Corte costituzionale n. 180 del 2018 e dunque con esclusione dei processi con imputati detenuti in custodia cautelare».

2. Il diritto di azione e di difesa

2.1. La legittimazione dello Stato in via esclusiva a costituirsi parte civile per il danno ambientale

Con riferimento al diritto di difesa, con riguardo in particolare al diritto di promuovere una certa azione e di prendere parte a un determinato procedimento penale, vanno segnalate numerose pronunce. La sentenza n. 126 del 2016 ha affrontato la tematica relativa alla legittimazione dello Stato in via esclusiva a costituirsi parte civile per il danno ambientale. La questione di legittimità costituzionale è sollevata con riguardo alla normativa posta dal codice dell'ambiente, la quale costituisce il punto di arrivo di un'evoluzione complessa, frutto anche dell'influenza determinante esplicata dalla disciplina europea.

La questione sollevata dal Tribunale ordinario di Lanusei nel procedimento penale promosso a carico di M.F. e altri, per il reato di cui all'art. 437, commi 1 e 2, cp ha ad oggetto, in riferimento agli artt. 2, 3, 9 24 e 32 Cost., l'art. 311, comma 1, d.lgs 3 aprile 2006, n. 152 («Norme in materia ambientale»), nella parte in cui attribuisce al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e per esso allo Stato, la legittimazione all'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno ambientale, escludendo quella concorrente o sostitutiva della Regione e degli enti locali sul cui territorio si è verificato il danno.

Con la sentenza n. 126 del 2016, la Corte ha ritenuto infondato il dubbio di costituzionalità che si sostanzierebbe, in sintesi, nell'asserita inadeguatezza della disciplina impugnata a salvaguardare la tutela dell'ambiente, anche in relazione al ruolo delle autonomie locali.

La Corte, dopo aver analizzato l'evoluzione della normativa ambientale, evidenzia che, in attuazione della direttiva n. 220/35/CE, il codice dell'ambiente (d.lgs n. 152/2006) ha statuito «la priorità delle misure di "riparazione" rispetto al risarcimento per equivalente pecuniario, quale conseguenza dell'assoluta peculiarità del danno al bene o risorsa "ambiente"». Pertanto due sono le opzioni di scelta che il citato art. 311 riconosce al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare: la via giudiziaria o quella amministrativa. Nel secondo caso (artt. 313 e 314 codice dell'ambiente), «con ordinanza immediatamente esecutiva, il Ministero ingiunge a coloro che siano risultati responsabili del fatto il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine fissato». In caso di mancato adempimento in tutto o in parte al ripristino, il Ministro «determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa attuazione delle misure anzidette secondo i criteri definiti con il decreto di cui al comma 3 dell'art. 311 e, al fine di procedere alla realizzazione delle stesse, con ordinanza ingiunge il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, delle somme corrispondenti».

Si rileva che «la scelta di attribuire all'amministrazione statale le funzioni amministrative trova una non implausibile giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei

6. In tal senso vds. anche E. Aprile, *La Consulta interviene sul tema dell'adesione del difensore all'astensione dalle udienze e sugli effetti sul regime cautelare dell'imputato*, in *Cass. pen.*, n. 4/2019, p. 1543.

7. G. Pecorella, *Una sentenza*, *op. cit.*

problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale».

La disciplina censurata che «ha riservato allo Stato, ed in particolare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il potere di agire, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale (art. 311), e ha mantenuto solo "il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi" (art. 313, comma 7, secondo periodo)», costituisce secondo la Corte la conseguenza logica del cambiamento di prospettiva intervenuto nella materia. All'esigenza di «unitarietà della gestione del bene "ambiente" non può infatti sottrarsi la fase risarcitoria. Essa, pur non essendo certo qualificabile come amministrativa, ne costituisce il naturale completamento, essendo volta a garantire alla istituzione su cui incombe la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie, risorse che hanno appunto questa specifica ed esclusiva destinazione».

L'assetto ora descritto «non esclude che ai sensi dell'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006 sussista il potere di agire di altri soggetti, comprese le istituzioni rappresentative di comunità locali, per i danni specifici da essi subiti». La Corte ricorda, infatti, al riguardo proprio la giurisprudenza della Corte di cassazione, che ha più volte affermato in proposito «che la normativa speciale sul danno ambientale si affianca (non sussistendo alcuna antinomia reale) alla disciplina generale del danno posta dal codice civile, non potendosi pertanto dubitare della legittimazione degli enti territoriali a costituirsi parte civile *iure proprio*, nel processo per reati che abbiano cagionato pregiudizi all'ambiente, per il risarcimento non del danno all'ambiente come interesse pubblico, bensì (al pari di ogni persona singola od associata) dei danni direttamente subiti: danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico, di natura pubblica, della lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale».

Infine, la Corte ha escluso il paventato rischio di una inazione statuale, nel caso di mancata costituzione di parte civile. Fermo restando che la proposizione della domanda nel processo penale è solo una delle opzioni previste dal legislatore, potendo lo Stato agire direttamente in sede civile, o in via amministrativa, «l'interesse giuridicamente rilevante di cui sono portatori gli altri soggetti istituzionali non può che attenere alla tempestività ed effettività degli interventi di risanamento» e il codice dell'ambiente consente alle Regioni, alle Province autonome e agli enti locali, anche associati, oltre agli altri soggetti ivi previsti, di presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, denunce e osservazioni, corredate da documenti e informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e di chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente, esplicitando l'azionabilità di tale interesse dinanzi al giudice amministrativo.

2.2. Il divieto di chiamata in giudizio del responsabile civile da parte dell'imputato, notaio assicurato per obbligo di legge

La Corte, con la sentenza n. 34 del 2018, ha dichiarato non fondate, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 83 cpp «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di citare in giudizio il proprio assicuratore, quando questo sia responsabile civile *ex lege* per danni derivanti da attività professionale».

Le questioni sono state sollevate nell'ambito di un processo penale a carico di un notaio, assicurato per obbligo di legge contro la responsabilità civile per i danni derivanti dall'esercizio della propria attività professionale.

La Corte non ha ritenuto estensibile all'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile del notaio la *ratio decidendi* della sentenza n. 112 del 1998, che aveva giudicato lesiva dell'art. 3 Cost. la denunciata disposizione nella parte in cui non prevedeva che, nel caso di responsabilità civile derivante dalla assicurazione obbligatoria prevista dalla legge 24 dicembre 1969, n. 990, l'assicuratore potesse essere citato nel processo penale a richiesta dall'imputato.

Secondo la Corte, le enunciazioni di principio racchiuse nella sentenza n. 112 del 1998 «si presentano intimamente saldate alle "specifiche caratteristiche che rendono del tutto peculiare la posizione dell'assicuratore chiamato a rispondere, ai sensi della legge n. 990 del 1969, dei danni derivanti dalla circolazione dei veicoli e dei natanti", implicando "una correlazione tra le posizioni coinvolte di spessore tale da rendere necessariamente omologabile il (...) regime ad esse riservato, tanto in sede civile che nella ipotesi di esercizio della domanda risarcitoria in sede penale" (sentenza n. 75 del 2001)».

La decisione del 1998 ha messo risalto due aspetti: «gli artt. 18 e 23 della legge n. 990 del 1969 (trasfusi nell'art. 144 del Codice delle assicurazioni private), prevedendo, rispettivamente, l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore e il litisconsorzio necessario fra responsabile del danno e assicuratore nel giudizio promosso contro quest'ultimo, consentono di collocare la particolare ipotesi di responsabilità civile in discorso fra i casi ai quali si riferisce il secondo comma dell'art. 185 cod.

pen., tradizionalmente raccordato alla assunzione di una posizione di garanzia per il fatto altrui»; la possibilità di «chiamare in causa l'assicuratore – offerta al danneggiante convenuto in sede civile dall'art. 1917, ultimo comma, del codice civile e dall'art. 106 del codice di procedura civile – risulta connessa "al diritto dell'assicurato di vedersi manlevato dalle pretese risarcitorie, con correlativo potere di regresso, al contrario escluso per l'assicuratore" (sentenza n. 75 del 2001)».

A tale «funzione plurima» del rapporto di garanzia – in quanto destinato a salvaguardare direttamente sia la vittima sia il danneggiante – si è ritenuto che «dovesse necessariamente corrispondere l'allineamento, anche in sede penale, dei poteri processuali di "chiamata" riconosciuti in sede civile, onde evitare che l'effettività della predetta funzione venga pregiudicata dalla scelta del danneggiato di far valere la sua pretesa risarcitoria mediante costituzione di parte civile nel processo penale, anziché nella sede naturale».

La Corte ha richiamato la giurisprudenza successiva, che aveva già escluso che la *ratio decidendi* della sentenza n. 112 del 1998 fosse estensibile alla generalità delle ipotesi di responsabilità civile *ex lege* per fatto altrui. In particolare, la Corte ricorda che è stata negata «l'esigenza costituzionale di attribuire all'imputato la facoltà di chiamare in giudizio il proprio assicuratore della responsabilità civile, nel caso di assicurazione facoltativa, in quanto con l'ordinario contratto di assicurazione l'assicuratore non assume alcun obbligo di risarcimento nei confronti dei terzi, ma soltanto un obbligo di tenere indenne l'assicurato che ne faccia richiesta ai sensi dell'art. 1917, secondo comma, cod. civ., per cui mancano nel processo penale, sia il presupposto oggettivo-sostanziale (obbligo del risarcimento *ex lege*), sia il presupposto soggettivo-processuale (destinatario del diritto all'indennizzo) per l'esercizio diretto dell'azione civile da parte del danneggiato, donde l'evidente diversità della posizione dell'assicuratore rispetto a quella che caratterizza la figura del responsabile civile, a norma dell'art. 185, secondo comma, cod. pen.». In sostanza, una pronuncia additiva nei sensi poco sopra indicati «non solo avrebbe riguardato una "ipotesi eccentrica" rispetto alla fattispecie esaminata nella sentenza n. 112 del 1998, ma si sarebbe addirittura risolta "in una prospettiva profondamente innovativa e riservata alla scelta discrezionale del legislatore", mirando la relativa "richiesta a consentire l'inserimento eventuale di una nuova figura processuale nel procedimento penale" (sentenza n. 75 del 2001)».

Tale ultimo rilievo è ritenuto dalla Corte estensibile all'assicurazione per la responsabilità civile del notaio connessa all'esercizio dell'attività professionale.

Essa per un verso garantisce, come ogni altra, l'assicurato, per altro verso è destinata a tutelare anche «l'interesse del terzo danneggiato dall'attività notarile alla certezza del ristoro del pregiudizio patito», in virtù del regime di obbligatorietà. Tuttavia, il legislatore non si è spinto sino a prevedere la possibilità di un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore, «analoga a quella che contraddistingue la responsabilità civile automobilistica: elemento che resta, dunque, dirimente sia al fine di escludere che la posizione dell'assicuratore possa essere inquadrata nel paradigma del responsabile civile *ex lege*, quale delineato dall'art. 185, secondo comma, cod. pen., sia di attribuire correlativamente anche alla pronuncia additiva oggi richiesta la valenza di innovazione sistematica, riservata alla discrezionalità del legislatore».

2.3. Diritto di accesso e diritto di difesa nei riti speciali

Anche negli ultimi cinque anni, come negli anni più prossimi all'adozione dell'attuale codice di rito, la materia dei riti speciali è stata sottoposta con particolare intensità al controllo della Corte, e nuovamente incisa per aspetti non marginali, a riprova di un assestamento che non può ancora dirsi definitivo.

Sono state esaminate questioni varie, ma tutte riconducibili all'idea essenziale che, per i contenuti premiali generalmente connessi alla celebrazione del giudizio mediante riti speciali, l'accesso ai riti medesimi costituisce un'espressione del più generale diritto di difesa che la Costituzione garantisce all'imputato.

Per tale ragione, devono essere garantiti all'accusato i modi e tempi per la necessaria interlocuzione con il difensore tecnico, pur costituendo la decisione in merito al rito l'oggetto di un diritto personalissimo. Occorre dunque che l'articolazione dei singoli meccanismi procedurali non impedisca, o non renda particolarmente difficoltosa, l'opzione dell'accesso ai procedimenti speciali. Occorre, soprattutto, che le pur ammissibili decadenze, fissate allo scopo di regolare ordinatamente la progressione del giudizio, non costituiscano oggettivamente (o addirittura per l'effetto di scelte elusive della pubblica accusa) un transito idoneo a deprivare l'imputato, in assoluto, della possibilità di avvalersi dell'una o dell'altra forma speciale di definizione del procedimento.

Un provvedimento sul diritto di accesso è quello pertinente alla necessità di garantire all'imputato il tempo necessario per una consultazione, con il proprio difensore, circa l'opportunità del relativo esercizio, con riguardo alla facoltà di chiedere la sospensione con messa alla prova, in quanto l'avviso di tale facoltà non era contenuto nel decreto penale.

La sentenza n. 201 del 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 460, comma 1, lett. *e*, cpp, nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova.

La Corte premette quello che costituisce un *leitmotiv* della sua giurisprudenza in materia, vale a dire che l'istituto della messa alla prova, introdotto con gli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* cp, «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova (sentenza n. 240 del 2015)».

Quindi si osserva che l'art. 464-*bis*, comma 2, cpp «stabilisce i termini entro i quali, a pena di decadenza, l'imputato può formulare la richiesta di messa alla prova. Sono termini diversi, articolati secondo le sequenze procedimentali dei vari riti, e la loro disciplina è "collegat[a] alle caratteristiche e alla funzione dell'istituto, che è alternativo al giudizio ed è destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo" (sentenza n. 240 del 2015)».

Come negli altri riti, anche nel procedimento per decreto deve ritenersi che la mancata formulazione della richiesta nel termine stabilito dall'art. 464-*bis*, comma 2, cpp, e cioè con l'atto di opposizione, determini una decadenza, sicché nel giudizio conseguente all'opposizione l'imputato che prima non l'abbia chiesta non può più chiedere la messa alla prova.

Tuttavia, a differenza di quanto accade per gli altri riti speciali, l'art. 460, comma 1, cpp non prevede, tra i requisiti del decreto penale di condanna, l'avviso all'imputato che ha facoltà, nel fare opposizione, di chiedere la messa alla prova.

La Corte, a questo punto, richiama un principio costante della sua giurisprudenza, quello secondo cui «la richiesta di riti alternativi "costituisce anch'essa una modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995e n. 76 del 1993)" (sentenza n. 237 del 2012)». Consegue a ciò che «l'avviso all'imputato della possibilità di richiedere i riti alternativi costituisca "una garanzia essenziale per il godimento di un diritto della difesa" (...), e che la sanzione della nullità *ex* art 178, comma 1, lettera e), cod. proc. pen., nel caso di omissione dell'avviso prescritto, trovi "la sua ragione essenzialmente nella perdita irrimediabile della facoltà di chieder[li]", se per la richiesta è stabilito un termine a pena di decadenza».

La Corte, inoltre, ribadisce lo schema argomentativo in base al quale sono state risolte alcune questioni poste nel passato, secondo cui «quando il termine entro cui chiedere i riti alternativi è anticipato rispetto alla fase dibattimentale, sicché la mancanza o l'insufficienza del relativo avvertimento può determinare la perdita irrimediabile della facoltà di accedervi, "[l]a violazione della regola processuale che impone di dare all'imputato (esatto) avviso della sua facoltà comporta (...) la violazione del diritto di difesa" (sentenza n. 148 del 2004). Non è invece necessario alcun avvertimento quando il termine ultimo per avanzare tale richiesta viene a cadere "all'interno di una udienza a partecipazione necessaria, sia essa dibattimentale o preliminare, nel corso della quale l'imputato è obbligatoriamente assistito dal difensore" (ordinanza n. 309 del 2005)».

L'applicazione del complesso dei principi, elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, al nuovo procedimento di messa alla prova comporta l'illegittimità della disposizione censurata. Infatti, per consentirgli di determinarsi correttamente nelle sue scelte difensive occorre pertanto che all'imputato, come avviene per gli altri riti speciali, sia dato avviso della facoltà di richiederlo. La Corte conclude che, poiché «nel procedimento per decreto il termine entro il quale chiedere la messa alla prova è anticipato rispetto al giudizio, e corrisponde a quello per proporre opposizione, la mancata previsione tra i requisiti del decreto penale di condanna di un avviso, come quello previsto dall'art. 460, comma 1, lettera *e*), cod. proc. pen. per i riti speciali, della facoltà dell'imputato di chiedere la messa alla prova comporta una lesione del diritto di difesa e la violazione dell'art. 24, secondo comma, Cost.». L'omissione di questo avvertimento può infatti determinare un pregiudizio irreparabile, come quello verificatosi nel giudizio *a quo*, in cui l'imputato, nel fare opposizione al decreto, non essendo stato avvisato, ha formulato la richiesta in questione solo nel corso dell'udienza dibattimentale, e quindi tardivamente. Va rilevato che la censura relativa all'art. 3 Cost. è stata dichiarata assorbita.

Questioni di legittimità in parte analoghe sono state sollevate anche con riguardo al provvedimento di giudizio immediato e con riguardo al decreto di citazione diretta a giudizio, ma con due provvedimenti (rispettivamente ordinanza n. 85 del 2018 e ordinanza n. 7 del 2018) la Corte ha dovuto dichiararle manifestamente inammissibili per gravi vizi della motivazione in punto di rilevanza. Recentemente la Corte, con la sentenza n. 19 del 2020, ha però dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 456, comma 2, cpp, nella parte in cui non prevede che il decreto che dispone il giudizio immediato contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova. La Corte ribadisce, in questo caso, le precedenti (in quanto espresse nella sentenza n. 201 del 2016) considerazioni sulla

natura sostanziale e processuale della sospensione con messa alla prova; sulla richiesta di riti alternativi, che costituisce anch'essa una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa; sulla necessità della verifica della scadenza del termine per proporre la richiesta di rito alternativo, se prima o nel corso del dibattimento, al fine di verificare la sussistenza di una violazione del diritto di difesa.

La Corte afferma pertanto che, come nel procedimento per decreto, oggetto della sentenza n. 201 del 2016, anche nel giudizio immediato il termine entro cui chiedere i riti alternativi a contenuto premiale è anticipato rispetto al dibattimento, così che l'eventuale omissione del relativo avviso può «determinare un pregiudizio irreparabile, come quello verificatosi nel giudizio a quo, in cui l'imputato (...), non essendo stato avvisato, ha formulato la richiesta in questione solo nel corso dell'udienza dibattimentale, e quindi tardivamente» (sentenza n. 201 del 2016).

Tali affermazioni, secondo la pronuncia in questione, non possono che essere ribadite in riferimento alla disciplina delineata dall'art. 456, comma 2, cpp, il quale va dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che il decreto che dispone il giudizio immediato contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova. Ne discende – come già da tempo precisato dalla Corte con riferimento all'omesso o inesatto avviso della facoltà di chiedere il giudizio abbreviato nel decreto che dispone il giudizio immediato (sentenza n. 148 del 2004), e come esattamente ritenuto dal giudice *a quo* – che l'omissione dell'avviso qui in considerazione non potrà che integrare una nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. *c*, cpp.

2.4. Contestazioni suppletive e diritto di accesso ai riti speciali

La recente giurisprudenza costituzionale, in continuità con un *trend* risalente al ventennio precedente, si è incentrata, più che su questioni attinenti ai meccanismi legali che regolano l'accesso ai riti, su un aspetto diverso e complementare: sugli strumenti necessari, cioè, a garantire l'effettività del diritto riconosciuto all'accusato, pur nel caso di comportamenti elusivi dell'autorità procedente, o comunque di fenomeni che inducano decadenze (asseritamente) non ragionevoli.

L'attenzione della Corte si è concentrata, in particolare, sulla materia delle contestazioni suppletive, cioè delle modifiche recate all'imputazione dopo l'esercizio dell'azione penale, in sede di udienza preliminare o nel corso del dibattimento, quando ormai i termini per l'accesso ai riti alternativi erano scaduti.

Nei primi anni di applicazione del codice, aveva acquisito un rilievo dirimente la distinzione tra contestazioni suppletive "fisiologiche" e contestazioni "tardive" o "patologiche". Con la prima espressione si allude alle variazioni dell'addebito che la legge consente per conformare l'imputazione alle emergenze scaturite dall'istruttoria dibattimentale (o dalle acquisizioni dell'udienza preliminare): a contestazioni, dunque, che non sarebbero state possibili nel momento in cui l'azione penale è stata promossa. Sono definite "tardive" o "patologiche", invece, le variazioni effettuate dal pubblico ministero avvalendosi delle norme concernenti le contestazioni suppletive, sulla base di cognizioni già disponibili nella fase predibattimentale.

Per lungo tempo si è discusso se gli artt. 516 e 517 cpp davvero consentissero anche le contestazioni tardive. A un certo punto, però, anche in forza d'un intervento delle sezioni unite della Corte suprema (sentenza n. 4 del 1999), è prevalsa la soluzione affermativa, e da quel momento in poi la soluzione è divenuta "diritto vivente".

In seguito alla lettura estensiva fornita dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui le nuove contestazioni previste dagli artt. 516 e 517 cpp possono essere basate anche sui soli elementi già acquisiti nel corso delle indagini preliminari, la Corte ha rilevato come l'istituto delle nuove contestazioni si connota «"non più soltanto come uno strumento – come detto, speciale e derogatorio – di risposta ad una evenienza pur "fisiologica" al processo accusatorio (quale l'emersione di nuovi elementi nel corso dell'istruzione dibattimentale), ma anche come possibile correttivo rispetto ad una evenienza "patologica": potendo essere utilizzato pure per porre rimedio, tramite una rivisitazione degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari, ad eventuali incompletezze od errori commessi dall'organo dell'accusa nella formulazione dell'imputazione (sentenza n. 333 del 2009)"» (sentenza n. 184 del 2014).

A fronte di tale interpretazione, occorreva però tenere conto delle contrapposte esigenze di salvaguardia del diritto di difesa.

La Corte è inizialmente intervenuta per salvaguardare il diritto dell'imputato alla prova in caso di nuova contestazione dibattimentale, escludendo che esso potesse incontrare «limiti diversi e più penetranti di quelli vigenti in via generale per i "*nova*"» (sentenza n. 241 del 1992).

Nella prospettiva del codice di procedura penale «rimanevano, però, preclusi i riti alternativi a contenuto premiale (giudizio abbreviato e patteggiamento), riti che, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, costituiscono anch'essi «"modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, sentenze n. 219 del

2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)" (sentenza n. 237 del 2012), tali da incidere in senso limitativo, sull'entità della pena inflitta» (sentenza n. 184 del 2014).

La contestazione suppletiva in dibattimento non consentiva all'imputato di chiedere e ottenere la definizione del giudizio mediante un rito speciale (dovendo la richiesta intervenire, a pena di decadenza, a seconda dei casi, nella fase di avvio della celebrazione o nella fase dell'udienza preliminare ove prevista). Se la preclusione appariva tollerabile a fronte di contestazioni fisiologiche, che del resto rappresentano un rischio valutabile dalla difesa nel momento in cui si approssimano le soglie preclusive, altrettanto non poteva dirsi quanto ai reati che avrebbero potuto essere contestati in tempo utile per la domanda difensiva (cioè nell'udienza preliminare o con la citazione a giudizio). Qui la perdita di opportunità per l'imputato non dipendeva dall'inevitabile mutevolezza del quadro cognitivo e dalla necessaria flessibilità dell'imputazione, ma da un'inerzia colpevole del pubblico ministero.

Con i suoi primi provvedimenti la Corte aveva voluto evitare manipolazioni del sistema (sentenze nn. 593 del 1990 e 129 del 1993, ordinanza n. 213 del 1992), ma tale posizione è stata superata, la prima volta con riguardo al procedimento di applicazione della pena su richiesta. Gli artt. 516 e 517 cpp erano stati infatti dichiarati illegittimi nella parte in cui non consentivano la richiesta di patteggiamento ove la contestazione suppletiva intervenisse sulla base di elementi già acquisiti al momento di esercizio dell'azione penale, oppure se a suo tempo vi fosse stata richiesta dell'imputato rispetto alle contestazioni originarie (sentenza n. 265 del 1994, che aveva contestualmente ricusato un intervento dello stesso genere per il rito abbreviato). Analogamente, e dopo breve tempo (sentenza n. 530 del 1995), le norme erano state dichiarate illegittime nella parte in cui non consentivano che l'imputato potesse sollecitare l'oblazione per reati oggetto della contestazione suppletiva, sempreché naturalmente ricorressero le condizioni delineate agli artt. 162 e 162-*bis* cp.

Alla base delle due decisioni è il rilievo che le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito speciale dipendono dall'impostazione che il pubblico ministero conferisce all'accusa, cosicché, quando l'imputazione deve essere modificata per un errore o una negligenza dello stesso pubblico ministero (e non per la sopravvenienza di nuovi elementi di prova), la preclusione dell'accesso al rito sarebbe ingiustificatamente lesiva del diritto di difesa.

Più accidentato è stato il percorso riguardante il rito abbreviato, sebbene fosse già evidente che gli argomenti spesi per il patteggiamento e per l'oblazione ben potevano valere anche per il giudizio sullo stato degli atti (si vedano, a vario titolo, le ordinanze nn. 129 del 2003, 236 e 413 del 2005). Una delle ragioni fondamentali nel senso della preclusione derivava dalla difficoltà di innestare una procedura parallela di accertamento nel rito dibattimentale ordinario (la sentenza di oblazione o patteggiamento definisce "istantaneamente" l'addebito), e nell'indurre decisioni con plurime e differenziate basi cognitive. Una difficoltà considerata tanto grave che, da sempre, la giurisprudenza aveva escluso l'ammissibilità di richieste parziali di accesso al rito, cioè concernenti una parte soltanto dei capi di accusa, finanche quando non avessero comportato una decisione contestuale da parte dello stesso giudice. D'altra parte, sembrando irragionevole una rimessione in termini estesa ai reati contestati tempestivamente, il rimedio per i nuovi addebiti, pur tanto sollecitato dalla dottrina e da diversi giudici rimettenti, non poteva che attagliarsi a una domanda parziale, con conseguente frazionamento della *regiudicanda* (ordinanza n. 67 del 2008).

L'intervento additivo, alla fine, era intervenuto con la sentenza n. 333 del 2009. La Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp, nella parte in cui non prevede(va), nel caso di contestazione tardiva, la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente posto a oggetto del nuovo addebito. Inoltre, aveva dichiarato illegittimo anche l'art. 516 cpp, nella parte in cui non prevede(va) – sempre e solo per le contestazioni tardive – la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento.

Il ragionamento aveva preso le mosse dal diritto vivente, secondo il quale, come si è visto, le contestazioni suppletive sono ammissibili anche se tardive. Una volta maturata la scelta di non contrapporsi agli orientamenti della giurisprudenza maggioritaria, la Corte aveva ritenuto che il bilanciamento tra l'esigenza di garantire la necessaria sensibilità dell'imputazione rispetto ai mutamenti del quadro cognitivo, e il diritto dell'imputato di accedere ai riti speciali, non potesse trovare applicazione, attraverso la regola di inammissibilità della richiesta, nei casi in cui la contestazione tardiva dipenda dalla negligenza (o peggio) del pubblico ministero. D'altra parte, a giustificazione dell'*overruling* almeno parziale, la Corte aveva valorizzato i profondi cambiamenti indotti, oltreché dalla cd. "legge Carotti", dalla sua stessa sentenza n. 169 del 2003, con la quale, al fine precipuo di assicurare un sindacato giudiziale sulla decisione di rigetto della domanda di accesso al rito, si erano create le condizioni per la celebrazione del giudizio abbreviato direttamente a opera del giudice dibattimentale.

Il percorso era continuato con la sentenza n. 237 del 2012, che segna un nuovo punto di svolta, in quanto viene individuato un nuovo profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp nella parte in cui non prevede(va) la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione. La Corte ha superato un altro argomento tradizionale, cioè la dipendenza della perdita di *chance* da una libera assunzione del rischio a opera dell'interessato. La Corte ha negato che l'argomento valga realmente a discriminare le contestazioni fisiologiche da quelle patologiche, ed è giunta anzi a notare che le prime sono anche più imprevedibili delle seconde, proprio perché non dipendono da risultanze già conosciute in precedenza. Un ulteriore indice è tratto dalla disciplina in tema di abbreviato, e in particolare dall'art. 441-*bis* cpp, secondo cui «quando muta *in itinere* il tema d'accusa, l'imputato deve poter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire». Pertanto, la preclusione è stata ritenuta illogica dalla Corte, sia in rapporto a ogni altra forma di esercizio dell'azione penale per il reato concorrente, sia per l'eventualità che circostanze casuali comportino la regressione dell'intero giudizio (a cominciare dal carattere discrezionale della contestazione in udienza, invece che nell'ambito di un procedimento separato), sia infine rispetto alle stesse ipotesi di contestazione patologica, ormai "risolte" dalla sentenza n. 333 del 2009. In altri termini: «condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti (...) [S]e all'accusa originaria ne viene aggiunta un'altra, sia pure connessa (peraltro, nella lata nozione desumibile dal vigente art. 12, comma 1, lettera *b*, cod. proc. pen.), non possono non essere restituiti all'imputato termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni».

La Corte quindi, con la sentenza n. 273 del 2014, ha ristabilito la simmetria interrotta dalla sentenza da ultimo citata, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cpp, appunto nella parte in cui non prevede(va) la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

Ulteriore tassello è stato rappresentato dalla sentenza n. 184 del 2014, in cui la Corte è tornata sul terreno delle mutazioni tardive dell'accusa, cioè quelle operate sulla base di elementi già noti al momento di esercizio dell'azione penale. La pronuncia riguarda il cd. patteggiamento, per il quale la domanda in sede dibattimentale era già stata da tempo consentita, come si è visto, riguardo al reato concorrente e al fatto diverso. Residuava il caso della contestazione patologica di una circostanza aggravante. Puntualmente, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp, nella parte in cui non prevede(va) la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena, a norma dell'art. 444 cpp, in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Pur essendo rimasti nell'ambito della contestazione patologica, per la prima volta, si è estesa l'illegittimità anche al caso di contestazione di un'aggravante. La Corte ha sottolineato che la configurazione *ex novo* di una circostanza accede, per definizione, a un fatto già correttamente e compiutamente delineato nelle sue linee essenziali (e con eventuale riguardo ad aggravanti diverse): un fatto per il quale la procedura ordinaria è frutto di una libera opzione dell'interessato, compiuta prima delle ordinarie soglie di decadenza. Nondimeno, la Corte ha inteso porre in luce che la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un significativo mutamento del quadro processuale, incidendo (anche solo in potenza, ed è quel che basta) sulla quantità e talvolta sulla stessa qualità della sanzione applicabile, oppure sul regime di procedibilità per l'illecito contestato. Ammessa la domanda "tardiva" riguardo a un fatto diverso da quello addebitato, è parsa ormai disarmonica la preclusione per un reato diversamente circostanziato (con riguardo anche in tal caso all'art. 3 Cost., rispetto all'ipotesi della contestazione fisiologica, oltreché in rapporto all'art. 24 Cost.).

Con la sentenza n. 139 del 2015 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp, nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione. Ovviamente, le ragioni dell'intervento sono sovrapponibili a quelle che avevano determinato la precedente e analoga pronuncia, riguardante l'applicazione di pena su richiesta.

Appare opportuno sottolineare che, con la stessa sentenza, la Corte ha stabilito l'infondatezza di una seconda questione con cui si chiedeva, in sostanza, che, una volta intervenuta una contestazione suppletiva a carattere patologico riguardo a un reato concorrente o a una circostanza aggravante, l'imputato fosse rimesso in termini per una domanda di giudizio abbreviato riguardo all'intera imputazione, cioè anche con riferimento ai reati contestati in precedenza, e liberamente

valutati, in punto di convenienza del rito, quando ancora sarebbe stata possibile una richiesta tempestiva di definizione sullo stato degli atti. La Corte ha tra l'altro rilevato che non vi sono ragioni costituzionali tali da imporre al legislatore una riapertura generalizzata dei termini, quando si discute di reati volutamente sottoposti dall'imputato alle cure del giudice dibattimentale, individuando anche dei profili di sperequazione al contrario indotti da tale manipolazione del sistema.

Questo, in sintesi, il quadro dei precedenti che la Corte ha valutato, negli ultimi anni, sul tema della "rimessione in termini" per il caso delle contestazioni suppletive (vds., *amplius*, *STU 294*[8]).

Nel periodo in questione la sentenza n. 206/2017 ha nuovamente esaminato la tematica delle contestazioni suppletive, soffermandosi sulla richiesta di patteggiamento relativamente alla cd. «contestazione fisiologica del fatto diverso *ex* art. 516 cod. proc. pen.».

La Corte, nell'occasione, ha accolto la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., dell'art. 516 cpp «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto di nuova contestazione».

Dopo un accurato *excursus* sull'oggetto e sulla portata dei precedenti in materia, la Corte ricorda di essere intervenuta con due recenti sentenze «con riferimento specifico alle ipotesi, come quella in esame, di nuove contestazioni "fisiologiche", volte, cioè, ad adeguare l'imputazione alle risultanze dell'istruzione dibattimentale».

Con la prima (sentenza n. 237 del 2012) – superando il diverso indirizzo espresso in precedenti pronunce, risalenti agli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice di rito – ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di eguaglianza e del diritto di difesa (artt. 3 e 24, secondo comma, Cost.), l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non consente all'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, oggetto della nuova contestazione.

Con la seconda (sentenza n. 273 del 2014), sulla base di argomenti analoghi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cpp, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, oggetto della nuova contestazione.

La Corte rileva quindi che la questione al suo esame «è simile a quella affrontata con quest'ultima sentenza, e molti dei passaggi argomentativi che sorreggono questa decisione possono estendersi alla vicenda in esame, che si differenzia solo perché allora, dopo la modificazione dell'imputazione, era stato chiesto il giudizio abbreviato mentre oggi è stato chiesto il patteggiamento».

La Corte osserva che in seguito «alla contestazione, ancorché "fisiologica", del fatto diverso «l'imputato che subisce la nuova contestazione "viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse stato chiamato a rispondere sin dall'inizio". Infatti, "condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti" (...) (sentenza n. 237 del 2012)" (sentenza n. 273 del 2014), e ciò vale non solo per il giudizio abbreviato, ma anche per il "patteggiamento". In questo procedimento infatti la valutazione dell'imputato è indissolubilmente legata, "ancor più che nel giudizio abbreviato, alla natura dell'addebito, trattandosi non solo di avviare una procedura che permette di definire il merito del processo al di fuori e prima del dibattimento, ma di determinare lo stesso contenuto della decisione, il che non può avvenire se non in riferimento a una ben individuata fattispecie penale" (sentenza n. 265 del 1994). Perciò, anche rispetto al patteggiamento, quando l'accusa è modificata nei suoi aspetti essenziali, "non possono non essere restituiti all'imputato termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni" (sentenza n. 237 del 2012)" (sentenza n. 273 del 2014)».

La pronuncia si sofferma anche sulla nozione di "fatto diverso", conformandosi alla giurisprudenza di legittimità. Si rileva infatti che «il dovere del pubblico ministero di modificare l'imputazione per diversità del fatto risulta strettamente collegato al principio della necessaria correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 cod. proc. pen.), partecipando, quindi, della medesima *ratio* di garanzia. Dunque, come ritiene la giurisprudenza di legittimità, non qualsiasi variazione o puntualizzazione, anche meramente marginale, dell'accusa originaria comporta tale obbligo, "ma solo quella che, implicando una trasformazione dei tratti essenziali dell'addebito, incida sul diritto di difesa dell'imputato: in altre parole, la nozione strutturale di "fatto", contenuta nell'art. 516 cod. proc. pen., va

8. Vds. G. Leo, *Sei anni*, *op. cit.*

coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni delle facoltà difensive. Correlativamente, è di fronte a simili situazioni – e solo ad esse – che emerge anche l'esigenza di riconoscere all'imputato la possibilità di rivalutare le proprie opzioni sul rito" (sentenza n. 273 del 2014)».

Rileva sempre la Corte che la modificazione dell'imputazione, oltre ad alterare in modo significativo la fisionomia fattuale del tema d'accusa, può avere riflessi di rilievo sull'entità della pena irrogabile all'imputato e, di conseguenza, sulla incidenza quantitativa dell'effetto premiale connesso al rito speciale.

La Corte ribadisce, quindi, il superamento degli argomenti contrari fatti valere in passato. Con riguardo «alla necessaria correlazione, nei procedimenti speciali, tra premialità e deflazione processuale», obietta che «l'accesso al rito alternativo dopo l'inizio del dibattimento rimane comunque idoneo a produrre un'economia processuale, anche se attenuata, sia consentendo al giudice di verificare l'esistenza delle condizioni per l'applicazione della pena, senza alcuna ulteriore attività istruttoria, sia escludendo l'appello e, almeno tendenzialmente, anche il ricorso per cassazione. In ogni caso, le ragioni della deflazione processuale debbono recedere di fronte ai princìpi posti dagli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., perché "l'esigenza della "corrispettività" fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa" (sentenza n. 237 del 2012)». Il patteggiamento – sottolinea poi la Corte – «"è una forma di definizione pattizia del contenuto della sentenza, che non richiede particolari procedure e che pertanto, proprio per tali sue caratteristiche, si presta ad essere adottata in qualsiasi fase del procedimento, compreso il dibattimento" (sentenze n. 184 del 2014 e n. 265 del 1994; ordinanza n. 486 del 2002)».

Con riguardo al profilo dell'assunzione, da parte dell'imputato (che non abbia tempestivamente chiesto il patteggiamento), del rischio della modificazione dell'imputazione per effetto di sopravvenienze, la Corte rileva che non può ritenersi che «in seguito a una modificazione "fisiologica" dell'imputazione possa rimanere preclusa la facoltà di chiedere il patteggiamento perché l'imputato, non avendolo chiesto prima, si sarebbe assunto il rischio di tale evenienza. Infatti "non si può pretendere che l'imputato valuti la convenienza di un rito speciale tenendo conto anche dell'eventualità che, a seguito dei futuri sviluppi dell'istruzione dibattimentale, l'accusa a lui mossa subisca una trasformazione, la cui portata resta ancora del tutto imprecisata al momento della scadenza del termine utile per la formulazione della richiesta" (sentenza n. 273 del 2014)».

La Corte aggiunge che, anche in rapporto alla contestazione dibattimentale "fisiologica" del fatto diverso, «è ravvisabile la ingiustificata disparità di trattamento – rilevata sia dalla sentenza n. 237 del 2012 che dalla sentenza n. 273 del 2014, con riguardo al giudizio abbreviato – rispetto al caso del recupero, da parte dell'imputato, della facoltà di accesso al patteggiamento per circostanze puramente "occasionali" che determinino la regressione del procedimento».

Infine, un "nuovo" profilo di disparità di trattamento, messo in luce dallo stesso rimettente e condiviso dalla pronuncia, attiene al fatto che «per effetto della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen., contenuta nella sentenza n. 273 del 2014, dopo una modificazione "fisiologica" dell'imputazione è riconosciuta all'imputato la facoltà di chiedere il giudizio abbreviato ma non anche quella di chiedere il patteggiamento».

Un ulteriore e rilevante capitolo degli interventi in tema di contestazione suppletiva è rappresentato dalla sentenza n. 141 del 2018, la quale ha dichiarato, per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp, nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova. In tal caso la pronuncia si segnala sia per aver esteso la propria giurisprudenza in tema di contestazioni suppletive al rito di nuovo conio rappresentato dalla sospensione con messa alla prova, sia per aver definitivamente superato la distinzione emergente dalle precedenti pronunce tra contestazione suppletiva patologica e fisiologica.

Con riguardo al merito delle questioni, la Corte richiama le sue precedenti statuizioni in tema di messa alla prova, istituto che «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova (sentenza n. 240 del 2015)», sottolineando che i termini, stabiliti dall'art. 464-*bis*, comma 2, cpp, entro i quali, a pena di decadenza, l'imputato può formulare la richiesta di messa alla prova, sono diversi e «articolati secondo le sequenze procedimentali dei vari riti, e la loro disciplina è "collegat[a] alle caratteristiche e alla funzione dell'istituto, che è alternativo al giudizio ed è destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo" (sentenza n. 240 del 2015)».

Nel caso in esame, l'imputato, al momento dell'emanazione della legge n. 67/2014, priva di normativa transitoria, non era più in termini per richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova,

ma la contestazione, da parte del pubblico ministero, dell'aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs n. 285/1992 ha indotto il giudice a ritenere che, in presenza della nuova situazione accusatoria, impedire all'imputato di chiedere la messa alla prova costituisse una lesione delle sue facoltà difensive e fosse in contrasto con l'art. 3 Cost.

Il giudice rimettente – rileva la Corte – si è lamentato, più specificamente, della mancata previsione della facoltà di accesso al nuovo rito speciale della sospensione del procedimento con messa alla prova, in presenza di una contestazione suppletiva cd. "tardiva" o "patologica" di una circostanza aggravante, cioè di una contestazione basata non sulle nuove risultanze dell'istruzione dibattimentale, ma su elementi che già emergevano dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

La Corte ha ricostruito il complesso dei principi enucleati nel tempo con riferimento agli altri riti alternativi, principi che non possono non valere anche per il nuovo procedimento speciale della messa alla prova.

In tale *excursus*, si occupa prima del nucleo di pronunce riguardanti le contestazioni dibattimentali "tardive" o "patologiche" (relative a fatti che già risultavano dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale).

In particolare la Corte ha ricordato di aver escluso, in una prima fase, ogni possibilità di superare l'ordinario limite processuale fissato per la richiesta dei riti alternativi. Tale posizione era motivata sul fatto che «l'interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi che discendono dall'instaurazione di tali riti speciali trova tutela solo in quanto la sua condotta consente l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale che evitando il dibattimento permetta di raggiungere quell'obiettivo di rapida definizione del processo che il legislatore ha inteso perseguire attraverso l'introduzione dei riti speciali». Si era così ritenuto che «se per l'inerzia dell'imputato che ha omesso di richiedere tempestivamente il rito alternativo tale scopo non poteva più essere pienamente raggiunto, essendosi ormai pervenuti al dibattimento, sarebbe stato del tutto irrazionale procedere egualmente con il rito speciale in base alle contingenti valutazioni dell'imputato (sentenze n. 316 del 1992 e n. 593 del 1990; ordinanze n. 107 del 1993 e n. 213 del 1992)».

Successivamente la Corte, con la sentenza n. 265 del 1994, aveva dichiarato l'illegittimità degli artt. 516 e 517 cpp nella parte in cui, nel caso di contestazioni dibattimentali tardive o patologiche, non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 cpp o il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso o al reato concorrente o a una circostanza aggravante. L'evoluzione era stata giustificata dal fatto che «le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito alternativo vengono a dipendere anzitutto dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero; sicché, "quando, in presenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo del reato in cui è incorso il pubblico ministero, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali"». In questo caso, secondo la Corte, è violato anche il principio di eguaglianza, venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal pubblico ministero.

Alle stesse conclusioni era giunta la sentenza n. 184 del 2014, nel caso analogo, della contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, «in quanto "anche la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un significativo mutamento del quadro processuale", sì che l'imputato si trova in una situazione non dissimile da quella del destinatario della contestazione "tardiva" di un fatto diverso, "evenienza che in realtà potrebbe costituire per l'imputato anche un pregiudizio minore". Sicché, una volta divenuta ammissibile la richiesta di "patteggiamento" nel caso di modificazione dell'imputazione a norma dell'art. 516 cod. proc. pen., la preclusione di essa nel caso di contestazione di una nuova circostanza aggravante, ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., doveva considerarsi causa di ingiustificate disparità di trattamento (sentenza n. 184 del 2014)». Per le stesse ragioni, con la sentenza n. 139 del 2015, la Corte aveva «dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione».

La Corte analizza, poi, la successiva evoluzione giurisprudenziale sostanziatasi nelle tre sentenze più recenti, con cui era stata riconosciuta all'imputato «la facoltà di accedere ai riti alternativi del patteggiamento e del giudizio abbreviato anche in seguito a nuove contestazioni fisiologiche, collegate cioè non a elementi acquisiti nel corso delle indagini, ma alle risultanze dell'istruzione dibattimentale», per il reato concorrente e per il fatto diverso. Tali pronunce hanno riguardato infatti la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente (sentenza n. 237 del 2012) o per il

fatto diverso (sentenza n. 273 del 2014), o l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 cpp, per il fatto diverso, emersi nel corso dell'istruzione dibattimentale.

Si era riconosciuto che, in tali ipotesi, «l'imputato che subisce la nuova contestazione "viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse stato chiamato a rispondere sin dall'inizio". Infatti, "condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti" (...) (sentenza n. 237 del 2012)" (sentenze n. 273 del 2014 e n. 206 del 2017)».

La Corte aveva aggiunto che la modificazione dell'imputazione, «oltre ad alterare in modo significativo la fisionomia fattuale del tema d'accusa, può avere riflessi di rilievo sull'entità della pena irrogabile e, di conseguenza, sull'incidenza quantitativa dell'effetto premiale connesso al rito speciale». Non decisivi in senso contrario sono stati considerati gli argomenti fatti valere in passato, relativi, da un lato, alla necessaria correlazione, nei procedimenti speciali, tra premialità e deflazione processuale e, dall'altro, all'assunzione, da parte dell'imputato (che non abbia tempestivamente chiesto il rito alternativo), del rischio della modificazione dell'imputazione per effetto di sopravvenienze, in quanto «l'accesso al rito alternativo dopo l'inizio del dibattimento rimane comunque idoneo a produrre un'economia processuale, anche se attenuata, e (...) in ogni caso le ragioni della deflazione processuale debbono recedere di fronte ai princìpi posti dagli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., perché "l'esigenza della 'corrispettività' fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa" (sentenza n. 237 del 2012)».

La Corte osserva che nel quadro complessivo dei principi sopraindicati, nel caso di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, non prevedere nell'art. 517 cpp la facoltà per l'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova si risolve, come è stato ritenuto per il patteggiamento e per il giudizio abbreviato, in una violazione degli artt. 3 e 24 Cost. Infatti, la richiesta dei riti alternativi costituisce «una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa», e «si determinerebbe una situazione in contrasto con il principio posto dall'art. 3 Cost. se nella medesima situazione processuale fosse regolata diversamente la facoltà di chiederli».

Il punto nodale della pronuncia attiene proprio all'ultima parte della pronuncia, nella quale si supera una volta per tutte la distinzione tra contestazione suppletiva patologica e fisiologica. In essa si afferma che non rileva che la circostanza, dedotta dall'Avvocatura dello Stato, che, nel momento processuale in cui nel procedimento *a quo* avrebbe dovuto essere presentata la richiesta, la legge n. 67/2014 non era ancora stata emanata. Infatti, secondo la Corte, per valutare l'ammissibilità della richiesta «non è a quel momento che occorre fare riferimento, ma al momento in cui è avvenuta la contestazione suppletiva, dato che, come si è visto, il riconoscimento della facoltà di chiedere il rito speciale non deve più ritenersi condizionato dalla "tardività" della contestazione».

Se, infatti, in base alla più recente giurisprudenza, «la facoltà di chiedere un rito speciale deve riconoscersi all'imputato anche quando la contestazione suppletiva è determinata, come del resto dovrebbe normalmente avvenire, da una sopravvenienza dibattimentale, allora è nella sopravvenienza, e soprattutto nella correlativa contestazione suppletiva, che trova fondamento la facoltà di chiedere un rito speciale. Il dato rilevante insomma è la sopravvenienza di una contestazione suppletiva, quali che siano gli elementi che l'hanno giustificata, esistenti fin dalle indagini o acquisiti nel corso del dibattimento, ed è ad essa che deve ricollegarsi la facoltà dell'imputato di chiedere un rito alternativo, indipendentemente dalla ragione per cui la richiesta in precedenza è mancata».

La Corte sottolinea che è nel diritto di difesa che la "nuova" facoltà trova il suo fondamento, perché, se «la richiesta dei riti alternativi costituisce una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio di tale diritto, occorre allora che la relativa facoltà sia collegata anche all'imputazione che, per effetto della contestazione suppletiva, deve effettivamente formare oggetto del giudizio».

L'opera di profonda ricostruzione della disciplina delle nuove contestazioni allo scopo di assicurare una piena tutela del diritto di difesa dopo l'aggiornamento dibattimentale dell'accusa si è arricchita di un nuovo intervento additivo con la sentenza n. 82/2019.

Essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 cpp, relativamente al reato concorrente emerso nel corso del dibattimento e che forma oggetto di nuova contestazione.

La Corte è giunta a tale decisione dopo aver ripercorso le tappe che hanno caratterizzato la tematica dei rapporti tra le nuove contestazioni dibattimentali e il "recupero", da parte dell'imputato, della facoltà di formulare in quella sede richiesta di applicazione di riti alternativi, temporalmente precluse dal raggiungimento dello stadio processuale del dibattimento.

La Corte sottolinea che un punto sostanziale e quasi definitivo di "approdo" della giurisprudenza

costituzionale è stato da ultimo raggiunto con la sentenza n. 141 del 2018, «con la quale – operandosi un tendenziale superamento della distinzione tra nuove contestazioni "fisiologiche" o "patologiche" – è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova».

La Corte richiama alcuni punti rilevanti di tale pronuncia. Essa ha, da un lato, ribadito che «la richiesta dei riti alternativi "costituisce una modalità, tra le più qualificanti (...), di esercizio del diritto di difesa"», determinandosi «una situazione in contrasto con il principio posto dall'art. 3 Cost. se nella medesima situazione processuale fosse regolata diversamente la facoltà di chiederli», e dall'altro, che il dato rilevante «è la sopravvenienza di una contestazione suppletiva, quali che siano gli elementi che l'hanno giustificata, esistenti fin dalle indagini o acquisiti nel corso del dibattimento, ed è ad essa che deve ricollegarsi la facoltà dell'imputato di chiedere un rito alternativo, indipendentemente dalla ragione per cui la richiesta in precedenza è mancata».

La Corte osserva pertanto che se, dunque, «la possibilità di richiedere i riti alternativi si salda a fil doppio al diritto di difesa – in particolare, al diritto di scegliere il modello processuale più congeniale all'esercizio di quel diritto – e se è la *regiudicanda*, nelle sue dimensioni "cristallizzate", a costituire la base su cui operare tali scelte, non può che desumersi la incoerenza con quel diritto di qualsiasi preclusione che ne limiti l'esercizio concreto, tutte le volte in cui il sistema ammetta una *mutatio libelli* in sede dibattimentale. Ciò, tanto più nelle ipotesi – come quella che ricorre nel caso di specie – in cui sono addirittura nuove *regiudicande* ad aggiungersi a quelle precedentemente contestate, sia pure attraverso il collegamento offerto dalla connessione, di cui all'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen.».

La Corte aggiunge che, avendo già ritenuto, con la sentenza n. 184 del 2014, costituzionalmente illegittimo l'art. 517 cpp, nella parte in cui non prevedeva la facoltà per l'imputato di chiedere il patteggiamento in ipotesi di contestazione patologica di una circostanza aggravante, è chiaro che la identica *ratio decidendi* fa ritenere che la medesima facoltà debba essere riconosciuta anche in rapporto a una contestazione fisiologica di un reato connesso.

Allo stesso modo, si ritiene condivisibile il rilievo del giudice *a quo*, che evoca la irrazionalità della censurata preclusione che ancora residua nel sistema, a fronte della sentenza additiva n. 237 del 2012, con la quale, nel caso di contestazione fisiologica del reato connesso, si è consentito all'imputato di richiedere il giudizio abbreviato: «rito, quest'ultimo, il cui "innesto" in sede dibattimentale, risulta ben più problematico del patteggiamento, tant'è che questa Corte – come si è accennato – si era inizialmente orientata (con la sentenza n. 265 del 1994) per la inammissibilità della questione».

Infine, la Corte pone in evidenza che l'accoglimento della questione risulta, per certi aspetti ormai dovuto alla luce della sentenza n. 206 del 2017, dal momento che, «con tale pronuncia è stata estesa la facoltà di proporre richiesta di patteggiamento relativamente al fatto diverso emerso nel corso della istruzione dibattimentale, e, dunque, oggetto di nuova contestazione ugualmente "fisiologica". Fatto diverso e reato connesso, entrambi emersi per la prima volta in dibattimento, integrano, infatti, evenienze processuali che, sul versante dell'accesso ai riti alternativi, non possono non rappresentare situazioni fra loro del tutto analoghe».

Un ulteriore tassello nell'ambito delle contestazioni suppletive è rappresentato dalla sentenza n. 14 del 2020, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cpp nella parte in cui, in seguito alla modifica dell'originaria imputazione, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

La Corte, sinteticamente, richiama l'evoluzione giurisprudenziale in materia, evidenziando che in una prima fase «le dichiarazioni di illegittimità costituzionale erano state spesso circoscritte all'ipotesi in cui la diversa o nuova contestazione concernesse un fatto già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale (così le sentenze n. 184 del 2014, n. 333 del 2009 e n. 265 del 1994). Questo criterio limitativo è stato però progressivamente abbandonato dalle pronunce più recenti (sentenze n. 82 del 2019, n. 141 del 2018, n. 206 del 2017, n. 273 del 2014 e n. 237 del 2012), nelle quali si è in sostanza sottolineato che, in ogni ipotesi di nuove contestazioni – indipendentemente dalla circostanza per cui ciò sia o meno addebitabile alla negligenza del pubblico ministero nella formulazione dell'originaria imputazione –, all'imputato deve essere restituita la possibilità di esercitare le proprie scelte difensive, comprensive della decisione di chiedere un rito alternativo».

Tale generale principio è stato applicato dalla più volte menzionata sentenza n. 141 del 2018 all'ipotesi di contestazione di nuove circostanze aggravanti nel corso dell'istruttoria dibattimentale di cui all'art. 517 cpp, in relazione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova; istituto che, ha osservato questa Corte, «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da

un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio» (sentenza n. 240 del 2015, nonché, nello stesso senso, sentenze nn. 68 del 2019 e 91 del 2018).

La Corte conclude nel senso dell'estensione di tale principio anche all'ipotesi – strutturalmente identica – prevista dall'art. 516 cpp, censurato nell'occasione.

2.5. Diversa qualificazione del fatto e accesso alla messa alla prova

Connessa alla tematica delle contestazioni suppletive è quella della diversa qualificazione del fatto, che viene in rilievo sempre con riguardo alla preclusione della richiesta di riti alternativi.

Al riguardo, la sentenza n. 131/2019, costituente una pronuncia interpretativa di rigetto, ha dichiarato non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 464-*bis*, comma 2, e 521, comma 1, cpp, impugnati, in riferimento agli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., nella parte in cui non prevedono la possibilità di disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova ove, in esito al giudizio, il fatto di reato venga, su sollecitazione dell'imputato, diversamente qualificato dal giudice.

Il rimettente muoveva, infatti, dal presupposto interpretativo che il combinato disposto delle disposizioni censurate precluderebbe al giudice di ammettere l'imputato alla sospensione del processo con messa alla prova, anche nell'ipotesi in cui questi ne abbia formulato richiesta entro i termini di cui all'art. 464-*bis* cpp, ma tale richiesta sia stata respinta in ragione dell'incompatibilità del beneficio con i limiti di pena previsti dalla norma incriminatrice ai sensi della quale il pubblico ministero aveva qualificato il fatto contestatogli, incompatibilità – peraltro – successivamente venuta meno in seguito alla diversa qualificazione del fatto compiuta dal giudice ai sensi dell'art. 521, comma 1, cpp, in esito al giudizio abbreviato.

La Corte ritiene che tale interpretazione, tuttavia, non sia l'unica possibile, ricordando che «in caso di richiesta di sospensione del processo con messa alla prova presentata dall'imputato entro i termini previsti dall'art. 464-*bis* cod. proc. pen., il giudice è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa ed eventualmente a modificarla, ove non la ritenga corretta, traendone le conseguenze sul piano della ricorrenza del beneficio in parola (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenze 8 maggio-31 luglio 2018, n. 36752 e 20 ottobre 2015-3 febbraio 2016, n. 4527)».

Nella pronuncia viene riportato il dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sull'argomento richiamando l'orientamento della Corte di cassazione, in base al quale «la celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato non preclud[e] all'imputato la possibilità di dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del diniego, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 18 settembre-8 ottobre 2018, n. 44888; sezione terza penale, sentenza 15 febbraio-2 luglio 2018, n. 29622)». Pur dando atto dell'esistenza di altre pronunce della Corte di cassazione favorevoli, invece, alla «sussistenza di una tale preclusione, essenzialmente sulla base dell'argomento dell'alternatività tra il beneficio in parola e il rito abbreviato», la Corte rileva che a tale argomento è stato, tuttavia, plausibilmente replicato che «la domanda di giudizio abbreviato conseguente al rigetto della richiesta, formulata in via principale, di ammissione alla sospensione del processo con messa alla prova previa riqualificazione del fatto contestato deve necessariamente intendersi come presentata con riserva; e più in particolare con riserva di gravame, in sede di appello, contro il provvedimento di diniego del beneficio già richiesto in via principale, che non può pertanto intendersi come implicitamente rinunciato all'atto della richiesta del rito abbreviato (in questo senso, le sopra citate Cass., n. 44888 e n. 29622 del 2018)».

Alla luce di tale soluzione, conclude la Corte che se «il giudice di appello investito dell'impugnazione contro una sentenza di condanna resa in sede di giudizio abbreviato può ammettere l'imputato alla sospensione del processo con messa alla prova, allorché ritenga ingiustificato il diniego opposto dal giudice di primo grado a tale richiesta, *a fortiori* una tale possibilità dovrà essere riconosciuta allo stesso giudice di primo grado, allorché – in esito al giudizio – riscontri che il proprio precedente diniego era ingiustificato, sulla base della riqualificazione giuridica del fatto contestato cui lo abilita l'art. 521, comma 1, cod. proc. pen., quando l'imputato abbia dal canto suo richiesto il beneficio entro i termini indicati dall'art. 464-*bis*, comma 2, cod. proc. pen.». Tale soluzione, d'altronde, risponde a ovvie ragioni di economia processuale.

La Corte, dopo aver sottolineato che lo speciale procedimento di sospensione del processo con messa alla prova costituisce un vero e proprio rito alternativo e che «la richiesta di riti alternativi "costituisce una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa"», ha richiamato la sua giurisprudenza con cui «ha più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni del codice di rito nella parte in cui non consentivano all'imputato di essere rimesso in termini al fine di esercitare la propria eventuale opzione per un rito alternativo allorché, in esito al giudizio celebrato con rito ordinario, gli venisse contestato un fatto nuovo o un reato concorrente che

risultava già dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, e che pertanto il pubblico ministero ben avrebbe potuto contestargli già in quel momento, sì da porlo in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa in merito alla scelta del rito (in particolare, sentenza n. 265 del 1994, in relazione al patteggiamento, e sentenza n. 333 del 2009, in relazione al rito abbreviato)».

La Corte, pertanto, ritiene che una situazione a ben vedere «non dissimile è quella che ricorre nel caso di specie, in cui – sulla base dell'interpretazione delle disposizioni censurate fatta propria dal rimettente – l'imputato si vedrebbe negata la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa, sotto lo specifico profilo della scelta di un rito alternativo e dei connessi benefici in termini sanzionatori, in conseguenza dell'erroneo apprezzamento da parte del pubblico ministero – al momento della formulazione dell'imputazione – circa la qualificazione giuridica del fatto contestatogli, laddove tale erronea qualificazione, pur immediatamente contestata dalla difesa, sia stata rilevata dal giudice soltanto in esito al giudizio».

Un tale pregiudizio al diritto di difesa – che si risolverebbe in un evidente *vulnus* dell'art. 24, secondo comma, Cost., oltre che dello stesso principio di eguaglianza – «non è però univocamente imposto dalle disposizioni censurate dal rimettente, che ben si prestano a essere interpretate in modo da evitare quel risultato; sì da consentire, in particolare, al giudice di ammettere l'imputato al rito alternativo che egli aveva a suo tempo richiesto entro i termini di legge, e di garantirgli in tal modo i benefici sanzionatori connessi a tale rito, assicurando che l'errore compiuto dalla pubblica accusa non si risolva in un irreparabile pregiudizio a suo danno. E ciò indipendentemente dalla possibilità di conseguire o meno, nel caso concreto, un effetto deflattivo sul carico della giustizia penale, a cui tra l'altro mirano i procedimenti speciali in parola».

Conclusivamente, il giudice *a quo* ben avrebbe potuto «non solo concedere il beneficio della sospensione del processo con messa alla prova direttamente in sede di udienza preliminare, previa riqualificazione del fatto contestato dal pubblico ministero sulla base degli elementi probatori disponibili; ma avrebbe altresì potuto, una volta avvedutosi – in esito al giudizio abbreviato – dell'erronea qualificazione giuridica dei fatti contestati all'imputato, revocare il proprio precedente provvedimento di diniego della sospensione del processo con messa alla prova, e ammettere conseguentemente al beneficio l'imputato, che ne aveva fatto rituale richiesta entro i termini di cui all'art. 464-*bis* cod. proc. pen., senza necessità di sollecitare il presente incidente di costituzionalità».

Ricca di spunti appare la pronuncia n. 192 del 2020 sulla questione sollevata dal Tribunale di Teramo, in composizione monocratica, che dubita della legittimità costituzionale dell'art. 141, comma 4-*bis*, d.lgs 28 luglio 1989, n. 271 («Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale»), in relazione all'art. 162-*bis* del codice penale, «nella parte in cui non prevede che l'imputato è rimesso in termini per proporre domanda di oblazione qualora nel corso del dibattimento, su iniziativa del giudice e in mancanza di una modifica formale dell'imputazione da parte del pubblico ministero, emerga la prospettiva concreta di una definizione giuridica del fatto diversa da quella contestata nell'originaria imputazione e per la quale l'oblazione non era ammissibile». La Corte ha dichiarato non fondata tale questione in riferimento all'art. 24, secondo comma, Cost.

Anche in tal caso la Corte evidenzia come il vigente codice di procedura penale regoli in modo nettamente differenziato le modifiche dibattimentali *in facto* dell'imputazione (contestazione del fatto diverso, del reato concorrente o di una circostanza aggravante, del fatto nuovo: artt. 516, 517 e 518 cpp) e le modifiche *in iure* (diversa qualificazione giuridica del fatto: art. 521, comma 1, cpp), soffermandosi sulla disciplina riguardante le seconde, anche alla stregua delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte, dopo aver ricordato di essersi già occupata del problema del recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi a fronte di una diversa qualificazione giuridica del fatto, operata *ex officio* dal giudice, con la sentenza n. 131 del 2019 concernente l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, sottolinea che il caso esaminato nell'occasione presentava, tuttavia, una particolarità, in quanto pur a fronte della contestazione di un reato che non lo consentiva, l'imputato aveva, infatti, richiesto tempestivamente la messa alla prova, andando incontro a un diniego: diniego che la successiva riqualificazione del fatto in altra ipotesi di reato aveva reso ingiustificato. La questione è stata quindi risolta con una sentenza interpretativa di rigetto. La Consulta rileva che il caso al suo esame è diverso, in quanto l'imputato non ha, infatti, richiesto l'oblazione entro il termine stabilito, ma solo dopo che, a istruzione dibattimentale conclusa, la prospettiva della riqualificazione giuridica del fatto gli era stata rappresentata dal giudice rimettente (secondo cui il fatto oggetto di giudizio, qualificato nell'imputazione come delitto di atti persecutori, reato non oblabile, doveva essere ricondotto piuttosto alla fattispecie contravvenzionale delle molestie, reato suscettibile di oblazione cosiddetta discrezionale, ai sensi dell'art. 162-*bis* cp).

Secondo la pronuncia in questione, la previsione di cui al censurato art. 141, comma 4-*bis*, norme att. cpp ha lasciato, in effetti, aperto il problema – postosi

già nel vigore del precedente codice di rito – di stabilire se, e a quali condizioni, l'imputato possa essere ammesso all'oblazione nel caso di diversa qualificazione giuridica del fatto che implichi il passaggio da un reato non oblabile ad altro oblabile. A questo punto, la Corte costituzionale richiama la giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione, affermando che il meccanismo della rimessione in termini non può trovare applicazione a fronte di una riqualificazione giuridica del fatto disposta dal giudice, a meno che l'imputato si sia premurato di far rilevare preventivamente l'errore di diritto con contestuale proposizione di domanda di oblazione (Cass., sez. unite penali, sentenza 28 febbraio 2006-2 marzo 2006, n. 7645, ribadita da Cass., sez. unite penali, sentenza 26 giugno 2014-22 luglio 2014, n. 32351). In base a quello che la Consulta considera diritto vivente, ove «la qualificazione del fatto integri un reato la cui pena edittale non consenta il procedimento per oblazione, è onere dell'imputato sindacare la correttezza della qualificazione stessa, investendo il giudice di una richiesta specifica con la quale formuli istanza di oblazione in riferimento alla qualificazione giuridica del fatto che ritenga corretta: in modo tale da permettere, all'esito del necessario contraddittorio, una decisione altrettanto specifica sul punto, con gli evidenti, naturali riverberi in sede di impugnazione. Solo in presenza di una effettiva domanda di oblazione è infatti possibile soddisfare l'esigenza del contraddittorio e del rispetto delle regole sancite dal procedimento scandito dall'art. 141 disp. att. c.p.p., con la conseguenza di permettere al pubblico ministero di interloquire e, al tempo stesso, investire formalmente il giudice della questione». Soluzione analoga è stata adottata anche in rapporto all'ammissione alla sospensione del procedimento con messa alla prova a seguito di diversa definizione giuridica del fatto (tra le altre, Cass., sez. III penale, 5 dicembre 2019-5 marzo 2020, n. 8982; sez. IV penale, sentenza 8 maggio 2018-31 luglio 2018, n. 36752), così come in precedenza era avvenuto con riguardo al patteggiamento (Cass., sez. V penale, sentenza 12 marzo 2010-12 aprile 2010, n. 13597).

In sostanza, il giudice *a quo* ha chiesto alla Consulta di verificare se la disposizione censurata, nella lettura offertane dalle sezioni unite, possa ritenersi realmente compatibile con la garanzia costituzionale dell'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.), quale declinata dalla sua ricordata giurisprudenza relativa al tema specifico del ripristino della facoltà di accesso ai riti alternativi in presenza di modifiche dibattimentali dell'imputazione.

La Corte rileva che le soluzioni da essa adottate in punto di accessibilità dei riti alternativi a fronte di modifiche fattuali dell'imputazione, non siano estensibili *sic et simpliciter* alle modifiche giuridiche, che nel codice hanno una distinta disciplina, di riflesso alla disomogeneità dei due fenomeni. Disomogeneità già posta in evidenza proprio in relazione al problema della tutela del diritto al contraddittorio – con la ricordata sentenza n. 103 del 2010. Non è ritenuto censurabile da un punto di vista costituzionale l'orientamento nomofilattico delle sezioni unite della Corte di cassazione, circa la configurabilità di un onere dell'imputato, il quale si sia visto contestare in forma chiara e precisa il fatto addebitatogli, con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati, secondo quanto prescritto dall'art. 429, comma 1, lett. *c*, cpp, di esercitare prontamente e tempestivamente il suo diritto di difesa riguardo all'inquadramento giuridico della vicenda.

Una cosa infatti è, secondo la Corte, il mutamento del dato storico su cui si basa l'accusa, legato alle risultanze probatorie: mutamento che l'imputato non sarebbe tenuto ad "antivedere", per adeguare ad esso le proprie strategie in punto di opzione per un rito speciale; donde l'abbandono, da parte di questa Corte, del vecchio orientamento basato sulla prevedibilità di variazioni dell'imputazione nel corso del dibattimento e sulla conseguente accettazione del relativo "rischio" da parte dell'imputato che non abbia richiesto per tempo quel rito. Altra cosa, invece, è la sussunzione del dato storico *sub specie iuris*, ossia il suo inquadramento sotto l'uno o l'altro titolo di reato: tema sul quale l'imputato potrebbe invece interloquire subito, nell'esercizio del suo diritto di difesa, particolarmente in rapporto ai riflessi sull'accessibilità al meccanismo oblativo, dolendosi, in specie, di una qualificazione scorretta. La Corte costituzionale, condividendo quanto affermato dalle sezioni unite della Cassazione, ritiene che la regola contestata è volta a evitare che, a fronte della scorretta qualificazione, l'imputato "lucri" uno slittamento in avanti del termine per oblare che erode, senza adeguata giustificazione, gli effetti deflattivi del meccanismo, permettendogli di "regolarsi" secondo gli esiti, a lui più o meno favorevoli, dell'istruttoria dibattimentale.

La Corte aggiunge che, mentre la Corte di Strasburgo non risulta essersi ancora specificamente espressa sul diritto dell'imputato al recupero dei riti alternativi a fronte di modifiche delle componenti giuridiche dell'accusa, la Corte di giustizia dell'Unione europea lo ha fatto invece di recente con la sentenza *Moro*, C-646/17, 13 giugno 2019. La Corte di Lussemburgo, infatti, ha rilevato che tanto la direttiva 2012/13/UE (in modo specifico, il suo art. 6, par. 4), quanto l'art. 48, par. 2, Cdfue (secondo cui il diritto di difesa è garantito a ogni imputato) esigono – anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu – che, nel caso di modifica della qualificazione dei fatti che sono oggetto dell'accusa, l'imputato ne sia informato

in un momento in cui dispone ancora dell'opportunità di reagire in modo effettivo, affinché egli sia posto in grado di predisporre in modo efficace la propria difesa. Né dalla direttiva, né dalla disposizione della Carta può, per converso, ricavarsi l'obbligo, per il legislatore nazionale, di prevedere nella suddetta evenienza una rimessione in termini dell'imputato per accedere a riti alternativi a carattere "premiale" (quale, nella specie, l'applicazione della pena su richiesta). E nemmeno può desumersi, dalle garanzie assicurate a livello sovranazionale, la necessità di equiparare, a livello nazionale, i diritti riconosciuti all'imputato, in punto di fruibilità dei riti alternativi, nel caso di modifiche dei fatti oggetto dell'imputazione e di modifiche della loro qualificazione giuridica.

Quali ricadute delle pronunce nn. 132 del 2019[9] e 192 del 2020, va rilevato che entrambe non assumono un valore vincolante per l'interprete, anche se dovrebbero in concreto indirizzare verso un'interpretazione costituzionalmente orientata i giudici *a quo*. In particolare, con la sentenza n. 192 del 2020 si è affermato che non può estendersi *sic et simpliciter* quanto affermato dalla Corte in tema di modifiche *in facto* dell'imputazione. In realtà, proprio attraverso le due pronunce citate, si può ritenere che si rafforzerà l'idea già presente nella giurisprudenza di legittimità, per cui nel caso in cui l'indagato/imputato abbia tempestivamente richiesto di fruire di un rito alternativo, contestando la qualificazione giuridica del fatto operata dal pubblico ministero, quando il giudice segnali che, alla stregua dell'istruttoria dibattimentale, il fatto può ricevere una qualificazione che invece consente il rito inizialmente escluso, sarà possibile addivenire al citato rito alternativo. La pronuncia n. 192 del 2020 appare, invece, porre un freno a una tale possibilità nel caso di richiesta non preventiva e tempestiva.

3. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova costituisce l'oggetto di alcune pronunce della Corte costituzionale nel periodo in esame. In particolare la Corte ha affrontato la questione dell'estensione delle garanzie difensive previste per gli accertamenti tecnici, disciplinati dall'art. 360 cpp, anche alle attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA costituisce l'oggetto di due pronunce della Corte.

La Corte d'assise d'appello di Roma, in un caso di omicidio e rapina commesso nell'aprile del 2010 ai danni di un'anziana donna all'interno della sua abitazione, aveva ritenuto che l'attività di repertamento delle tracce biologiche rinvenute nell'abitazione della vittima diversi giorni dopo il delitto – quando già il sospettato era stato (*rectius*: avrebbe dovuto essere) iscritto nel registro degli indagati – avrebbe dovuto essere accompagnata dalle garanzie di cui all'art. 360 cpp.

Il giudice *a quo* aveva sollevato, in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 360 cpp, «ove non prevede che le garanzie difensive approntate da detta norma riguardano le attività di individuazione e prelievo dei reperti utili per la ricerca del DNA». Con l'ordinanza n. 118/2016, la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione per la lacunosità della descrizione della fattispecie e, correlativamente, dell'indicazione delle ragioni della rilevanza della questione oltre che per la mancata precisazione di quali garanzie difensive, previste dall'art. 360 cpp, avrebbero dovuto essere estese all'acquisizione del materiale biologico.

Successivamente, il medesimo giudice *a quo*, con nuova ordinanza, "sanando" le precedenti ragioni di inammissibilità, ha sollevato le stesse questioni.

Con la sentenza n. 239/2017, la Corte, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., dell'art. 360 cpp, laddove non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma per gli accertamenti tecnici riguardano anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA.

La Corte ricorda l'orientamento costante della Corte di cassazione che «distingue il "rilievo", che comprende la raccolta o il prelievo dei dati pertinenti al reato, dall'"accertamento tecnico", che riguarda, invece, il loro studio e la loro valutazione critica». Sulla base di tale distinzione, la Corte ha ritenuto priva di fondamento, almeno nella sua assolutezza, la tesi del giudice rimettente secondo cui il prelievo di tracce biologiche, per sua natura, avrebbe caratteristiche tali da farlo assimilare in ogni caso a un accertamento tecnico preventivo e da richiedere quindi le medesime garanzie difensive.

Secondo la Corte, infatti, il «solo fatto che concerna rilievi o prelevamenti di reperti "utili per la ricerca del DNA" non modifica la natura dell'atto di indagine e non ne giustifica di per sé la sottoposizione a un regime complesso come quello previsto dall'art. 360

9. Su tale pronuncia vds., in dottrina, E. Aprile, *Il giudice dell'abbreviato che ritenga di riqualificare il fatto contestato, ben può restituire l'imputato nella facoltà di chiedere la sospensione del processo con messa alla prova, già oggetto di una precedente istanza*, in *Cass. pen.*, n. 10/2019, pp. 3617 ss.

cod. proc. pen., costituito dalla nomina di un consulente, dall'avviso all'indagato, alla persona offesa e ai difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico, dalla possibilità per l'indagato di promuovere un incidente probatorio, con il divieto per il pubblico ministero di procedere agli accertamenti (e, secondo la richiesta estensione della norma, anche ai rilievi e ai prelevamenti in questione) "salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti"». Si aggiunge che, ad esempio, «il prelievo di capelli o di peli rinvenuti in posti sotto l'aspetto probatorio significativi non si differenzia dal prelevamento di altri reperti e non ci sarebbe ragione di effettuarlo con le forme previste dall'art. 360 cod. proc. pen.», come invece auspicato dal rimettente. Questa considerazione – per la Corte – «basterebbe da sola a far ritenere infondate le questioni».

Si rileva, quindi, nella pronuncia che al prelievo di tracce biologiche non si possono «di regola riconoscere caratteristiche tali da differenziarlo da qualunque altra operazione di repertazione», mentre l'esistenza cui ha fatto riferimento il giudice rimettente – «di protocolli per la ricerca e il prelievo di tracce di materiale biologico può, da un lato, rendere routinaria l'operazione e, dall'altro, consentirne il controllo attraverso l'esame critico della prescritta documentazione», considerato oltretutto che nel dibattimento l'imputato ha «la possibilità di verificare e contestare la correttezza dell'operazione anche attraverso l'esame del personale che l'ha eseguita, oltre che dei consulenti tecnici e dell'eventuale perito nominato dal giudice».

La Corte ha aggiunto che le forme dell'art. 360 cpp «potrebbero assai spesso risultare incompatibili con l'urgenza, nel corso delle indagini, di eseguire il prelievo. Urgenza che non è riscontrabile con la stessa intensità negli accertamenti tecnici e che in nessun modo potrebbe essere soddisfatta, perché non sono previste ipotesi in cui tali forme possono essere derogate, come avviene nei casi disciplinati dall'art. 364, comma 5, cod. proc. pen., specie quando vi è fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati».

La tesi sostenuta dal difensore dell'imputato, secondo cui la necessità di procedere nelle forme dell'art. 360 cpp emergerebbe anche dall'art. 117 delle norme di attuazione del codice di procedura penale, è ritenuta infondata perché «questa disposizione riguarda gli "[a]ccertamenti tecnici che modificano lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone", e non l'attività di repertazione delle cose da sottoporre ad accertamento tecnico. In altre parole, la disposizione richiamata non riguarda genericamente tanto i rilievi quanto gli accertamenti tecnici, ma riguarda solo questi, e per la sua applicabilità presuppone perciò l'avvenuta individuazione della natura dell'atto».

La Corte, tuttavia, non ha escluso che il prelievo di tracce biologiche, così come altre operazioni di repertazione, «richieda, in casi particolari, valutazioni e scelte circa il procedimento da adottare, oltre che non comuni competenze e abilità tecniche per eseguirlo, e in questo caso, ma solo in questo, può ritenersi che quell'atto di indagine costituisca a sua volta oggetto di un accertamento tecnico, prodromico rispetto all'altro da eseguire poi sul reperto prelevato». Infatti, come ha rilevato la Corte di cassazione, possono verificarsi «situazioni in cui per la repertazione del campione biologico necessario agli accertamenti peritali si debba ricorrere a tecniche particolari e "[in] tal caso anche l'attività di prelievo assurge alla dignità di operazione tecnica non eseguibile senza il ricorso a competenze specialistiche e dovrà essere compiuta nel rispetto dello statuto che il codice prevede per la acquisizione della prova scientifica" (Corte di cassazione, sezione seconda, 27 novembre 2014, n. 2476/2015)».

Il parametro del contraddittorio nella formazione della prova viene in rilievo, insieme ad altri, anche nella sentenza n. 124 del 2019, che ha dichiarato infondate tutte le censure. Trattandosi di un parametro residuale nell'economia del citato provvedimento, se ne darà conto nella parte della rassegna riguardante la ragionevole durata del processo.

4. La ragionevole durata del processo

In tema di ragionevole durata del processo si annoverano varie pronunce in cui tale parametro ha assunto un peso preponderante.

Il tema ha assunto rilievo centrale, nel periodo di riferimento, anzitutto riguardo a una materia che la Corte aveva affrontato già più volte, cioè quella della (eventuale) riassunzione delle prove dibattimentali in caso di mutamento della persona fisica del giudice.

Il comma 2 dell'art. 525 cpp, esprimendo una regola di continuità che trova fondamento nel principio di immediatezza e oralità, stabilisce che la sentenza debba essere deliberata, a pena di nullità assoluta, dagli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento. Ciò comporta che, una volta mutata in tutto o in parte la composizione dell'organo giudicante, è necessario celebrare nuovamente la fase istruttoria del giudizio.

Naturalmente, la "nuova" istruttoria può comprendere, come la prima, le «letture consentite», le quali riguardano gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, e dunque, tra l'altro, i verbali delle prove assunte nella precedente fase dibattimentale. Tuttavia, per le prove dichiarative, il principio va coordinato con la regola posta dal comma 2 dell'art. 511 cpp, il quale, a presidio appunto dell'oralità, dispone che la «lettura dei verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame

della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo». Ciò vuol dire che se l'esame è richiesto, e può avere luogo, la lettura resta "bloccata", cioè posticipata fino al momento in cui la prova dichiarativa sarà stata nuovamente assunta. In altre parole, e come talvolta si osserva con una certa approssimazione tecnica, la diretta utilizzazione delle prove antecedenti al mutamento di composizione dell'organo giudicante è subordinata a un "consenso" delle parti.

Il fatto che la volontà di una parte sia sufficiente a imporre la ripetizione dell'esame ha generato ripetute questioni di legittimità, per l'asserito contrasto della disciplina con minime esigenze di economia del processo e di conservazione della prova, ma la Corte ha sempre obiettato che il sacrificio è giustificato dall'esigenza di garantire oralità al dibattimento (si veda, ad esempio, l'ordinanza n. 318 del 2008).

L'ordinanza n. 205 del 2010 ha ripreso tali argomenti, sostenendo che la necessaria rinnovazione del dibattimento (sempre che davvero si renda necessaria) costituisce una garanzia del «giusto processo», secondo le prescrizioni dell'art. 111 Cost. e anche dell'art. 6, par. 3, lett. *d*, Cedu. Tale ultima norma non si limita ad assicurare il contraddittorio nell'assunzione della prova, ma prevede che il confronto avvenga innanzi al giudice chiamato alla decisione, affinché quest'ultimo si formi, a proposito della credibilità dei testimoni, un'opinione fondata sull'osservazione diretta del loro comportamento. Da questa esigenza la Corte di Strasburgo ha dedotto che ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante deve comportare, di norma, una nuova audizione del testimone le cui dichiarazioni possano apparire determinanti per l'esito del processo (*ex multis,* sent. 27 settembre 2007, *Reiner c. Romania*).

Il tentativo, a opera del rimettente, di giustificare la rimozione del divieto di lettura in base al principio di ragionevole durata è stato considerato inidoneo. In realtà, come la Corte ha osservato più d'una volta, i diritti dell'uomo reclamano un processo di durata *ragionevole*, e non di durata *breve*: il giudizio deve essere articolato nella misura necessaria ad assicurare la garanzia dei diritti fondamentali di tutte le parti.

In altra prospettiva il rimettente, evocando l'art. 3 Cost., aveva lamentato che l'obbligo di ripetizione (condizionato dalla richiesta di parte) discriminerebbe la situazione da altre similari, e in particolare da quella cui si riferisce l'art. 238 cpp, che ammetterebbe l'acquisizione dei verbali di prova di altri procedimenti fuori da ogni dinamica consensuale. La Corte ha chiarito trattarsi di un equivoco, poiché la norma evocata in comparazione non consente affatto di utilizzare direttamente i verbali di prove assunte in procedimenti diversi, quando si tratti di prove dichiarative. Il comma 5 dell'art. 238 fa espressamente salvo, infatti, il diritto delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite, mentre l'art. 511-*bis* cpp, nel prevedere che il giudice dia lettura dei verbali degli atti indicati dall'art. 238, richiama il comma 2 dell'art. 511, il quale a sua volta prescrive che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni solo dopo l'esame del dichiarante, salvo che questo non abbia luogo. Insomma, il preteso regime differenziale della prova dichiarativa assunta da altro giudice non è affatto tale[10].

Un ulteriore tassello viene aggiunto in seguito alla ordinanza di rimessione del Tribunale ordinario di Siracusa, che ha dubitato della legittimità costituzionale degli artt. 511, 525, comma 2, e 526, comma 1, cpp, chiedendo alla Corte di valutare «se i medesimi siano costituzionalmente illegittimi in relazione all'art. 111 della Costituzione, se interpretati nel senso che ad ogni mutamento della persona fisica di un giudice, la prova possa ritenersi legittimamente assunta solo se i testimoni già sentiti nel dibattimento, depongano nuovamente in aula davanti al giudice-persona fisica che deve deliberare sulle medesime circostanze o se invece ciò debba avvenire solo allorquando non siano violati i principi costituzionali della effettività e della ragionevole durata del processo».

La Corte, con la sentenza n. 132 del 2019[11] ha dichiarato inammissibili le questioni per formulazione

10. Vds. *amplius* G. Leo, *Sei anni*, *op. cit*.

11. In dottrina, vds., tra gli altri, E. Aprile, *Invito della Consulta al legislatore a modificare la disciplina della rinnovazione del giudizio dibattimentale in caso di mutamento della persona fisica del giudice*, in *Cass. pen.*, n. 10/2019, pp. 3623 ss.; L. Agostini, *La mutabilità del giudice: da Corte Costituzionale 132 del 2019 alle Sezioni Unite "Bajrami"*, in *Giur. pen.*, n. 12/2019 (www.giurisprudenzapenale.com/2019/12/12/la-mutabilita-del-giudice-da-corte-costituzionale-132-del-2019-al-le-sezioni-unite-bajrami/); G. Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale* (*AIC*), n. 6/2020, pp. 181 ss. (www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_6_23_Borgia.pdf); M. Daniele, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, pp. 1551 ss.; A. De Caro, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2020, pp. 293 ss.; P. Ferrua, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Archivio penale*, n. 2/2019 (www.archiviopenale.it/il-sacrificio-delloralita-nel-nome-della-ragionevole-durata-i-gratuiti-suggerimenti-della-corte-costituzionale-al-legislatore/articoli/19650); O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi* (www.archiviopenale.it/il-sarto-costituzionale-e-la-veste-stracciata-del-codice-di-procedura-penale/articoli/19649); D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, *ivi* (www.archiviopenale.it/la-corte-costituzionale-mira-a-squilibrare-il-giusto-processo-sulla-giostra-dei-bilanciamenti-/articoli/19648).

del *petitum* in termini di irrisolta alternatività e per impropria richiesta di avallo interpretativo.

La Corte ricostruisce brevemente il quadro normativo, precisando che gli artt. 525, comma 2, e 526, comma 1, cpp «rispettivamente prevedono la partecipazione alla deliberazione della sentenza degli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento e il divieto di utilizzazione, ai fini della deliberazione, di prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento». Dal canto suo, l'art. 511 cpp, «nel disciplinare la lettura degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento e utilizzabili per la decisione, consente la lettura dei verbali di dichiarazioni solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo».

Secondo l'interpretazione offerta dal diritto vivente, dal combinato disposto delle suddette norme «deriva l'obbligo, per il giudice del dibattimento, di ripetere l'assunzione della prova dichiarativa ogni qualvolta muti la composizione del collegio giudicante, laddove le parti processuali non acconsentano alla lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni innanzi al precedente organo giudicante (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 febbraio 1999, n. 2; sezione prima, sentenza 4 novembre 1999, n. 12496; sezione prima, sentenza 7 dicembre 2001-10 maggio 2002, n. 17804; sezione prima, sentenza 23 settembre 2004, n. 37537; sezione quinta, sentenza 7 novembre 2006-31 gennaio 2007, n. 3613; sezione quinta, sentenza 15 dicembre 2011, n. 46561; sezione quinta, sentenza 11 maggio 2017, n. 23015)». Tale interpretazione è stata ripetutamente fatta propria anche dalla giurisprudenza costituzionale, «che peraltro ha, finora, sempre escluso l'illegittimità della disciplina così come interpretata dal diritto vivente (sentenza n. 17 del 1994; ordinanze nn. 205 del 2010, 318 del 2008, 67 del 2007, 418 del 2004, 73 del 2003, 59 del 2002, 431 e 399 del 2001)».

Ciò posto, la Corte rileva che il rimettente ha prospettato, nella motivazione dell'ordinanza di rimessione, la possibilità di una diversa lettura – definita «costituzionalmente orientata» – delle disposizioni censurate, secondo la quale l'obbligo di ripetizione della prova dichiarativa, in caso di mutamento dell'organo giudicante, sussisterebbe solo nella misura in cui la durata del processo non ecceda il limite di durata ragionevole, individuato in tre anni dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 («Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile»). Ove il processo si protragga oltre detto limite temporale, la prova dichiarativa non dovrebbe essere nuovamente assunta – anche se la parte interessata ne faccia richiesta – e le dichiarazioni rese innanzi all'organo giudicante poi mutato potrebbero essere utilizzate per la decisione, mediante lettura dei relativi verbali.

Secondo la Corte, il rimettente, tuttavia, «non fa propria questa interpretazione, evitando così di riassumere le prove dichiarative, ma ritiene invece di promuovere il presente incidente di costituzionalità, chiedendo alla Corte, alternativamente, di avallare tale interpretazione attraverso una sentenza di rigetto, ovvero di dichiarare illegittime le disposizioni censurate se interpretate secondo il diritto vivente».

In tal modo – osserva la Corte – il giudice *a quo* da un lato formula un *petitum* in termini di irrisolta alternatività; e dall'altro mira evidentemente a conseguire un avallo alla propria interpretazione asseritamente *secundum constitutionem* delle disposizioni censurate, il che determina l'inammissibilità delle questioni.

Ciò posto, la Corte indirizza un monito al legislatore, sollecitando rimedi strutturali.

Essa muove dal principio di immediatezza della prova, che è strettamente correlato al principio di oralità: «principi, entrambi, che sottendono un modello dibattimentale fortemente concentrato nel tempo, idealmente da celebrarsi in un'unica udienza o, al più, in udienze celebrate senza soluzione di continuità (come risulta evidente dal tenore dell'art. 477 cod. proc. pen.). Solo a tale condizione, infatti, l'immediatezza risulta funzionale rispetto ai suoi obiettivi essenziali: e cioè, da un lato, quello di consentire "la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio" (ordinanza n. 205 del 2010); e, dall'altro, quello di assicurare che il giudice che decide non sia passivo fruitore di prove dichiarative già da altri acquisite, ma possa – ai sensi dell'art. 506 cod. proc. pen. – attivamente intervenire nella formazione della prova stessa, ponendo direttamente domande ai dichiaranti e persino indicando alle parti "nuovi o più ampi temi di prova, utili per la completezza dell'esame": poteri che il legislatore concepisce come strumentali alla formazione progressiva del convincimento che condurrà il giudice alla decisione, idealmente collocata in un momento immediatamente successivo alla conclusione del dibattimento e alla (contestuale) discussione».

Ricorda, quindi, la Corte di non aver mancato di sottolineare le «incongruità dell'attuale disciplina» in rapporto a un contesto fattuale («con il quale non può non fare i conti ogni discorso sulla tutela dei diritti fondamentali») molto diverso dall'originario disegno normativo. Infatti, i dibattimenti «che si concludono

nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni». In una simile situazione, il principio di immediatezza della prova «rischia di divenire un mero simulacro» sia che il giudice che decide rimanga il medesimo sia, e ancor di più, che si verifichi, per le ragioni più varie, un mutamento dell'organo giudicante. La frequente dilatazione dei tempi processuali, aggravata dalla necessità di riacquisire le prove dichiarative, «produce costi significativi, in termini tanto di ragionevole durata del processo, quanto di efficiente amministrazione della giustizia penale»; inoltre, rimane dubbia l'«idoneità complessiva di tale meccanismo a garantire, in maniera effettiva e non solo declamatoria, i diritti fondamentali dell'imputato, e in particolare quello a una decisione giudiziale corretta sull'imputazione».

Si ritiene così doverosa la sollecitazione di «rimedi strutturali in grado di ovviare agli inconvenienti evidenziati, assicurando al contempo piena tutela al diritto di difesa dell'imputato. Il che potrebbe avvenire non solo favorendo la concentrazione temporale dei dibattimenti, sì da assicurarne idealmente la conclusione in un'unica udienza o in udienze immediatamente consecutive, come avviene di regola in molti ordinamenti stranieri; ma anche, ove ciò non sia possibile, attraverso la previsione legislativa di ragionevoli deroghe alla regola dell'identità tra giudice avanti al quale si forma la prova e giudice che decide».

La Corte sottolinea che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, il legislatore può introdurre ragionevoli eccezioni al richiamato principio, «in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi "compensativi" funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione – come, ad esempio, la videoregistrazione delle prove dichiarative, quanto meno nei dibattimenti più articolati –, e ferma restando la possibilità (già oggi implicitamente riconosciuta dall'art. 507 cod. proc. pen.) per il giudice di disporre, su istanza di parte o d'ufficio, la riconvocazione del testimone avanti a sé per la richiesta di ulteriori chiarimenti o l'indicazione di nuovi temi di prova, ai sensi dell'art. 506 cod. proc. pen.».

Tale pronuncia è stata variamente criticata in dottrina, soprattutto con riguardo al monito[12] con cui sarebbe intervenuta sulla struttura del giusto processo.

Essa ha, inoltre, avuto delle immediate ricadute, essendo stato il suo contenuto espressamente citato nella pronuncia della Corte di cassazione a sezioni unite, *Bajrami*, la quale ha operato una serie di affermazioni che hanno modificato l'orientamento delle sezioni unite, *Iannasso*, risalente al 1999, limitando il diritto delle parti di richiedere l'escussione dei testi già escussi in caso di mutamento del giudice. La pronuncia della Suprema corte ha infatti affermato, da un lato, che il principio di immutabilità di cui all'art. 525 cpp richiede che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso che ha assunto la prova ma anche quello che l'ha ammessa, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto conservano efficacia se non espressamente modificati o revocati (Cass., sez. unite, 30 maggio 2019-10 ottobre 2019, n. 41736, *C.E.D. Cass.*, n. 276754 – 01); dall'altro, che, in caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile (Cass., sez. unite, 30 maggio 2019-10 ottobre 2019, n. 41736, *C.E.D. Cass.*, n. 276754 – 03). Le sezioni unite hanno, inoltre, affermato che l'intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 cpp anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa (Cass., sez. unite, 30 maggio 2019-10 ottobre 2019, n. 41736, *C.E.D. Cass,*, n. 276754 – 02), La facoltà per le parti di richiedere, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione degli esami testimoniali presuppone la necessaria previa indicazione, da parte delle stesse, dei soggetti da riesaminare nella lista ritualmente depositata di cui all'art. 468 cpp (Cass., sez. unite, 30 maggio 2019-10 ottobre 2019, n. 41736, *C.E.D. Cass.*, n. 276754 – 04).

La ragionevole durata del processo costituisce uno dei parametri della questione concernente l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in sede di appello nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa nel giudizio abbreviato.

Tale questione origina non tanto dalla trama lessicale della disposizione citata, quanto dall'interpretazione che di essa hanno fornito, con una giurisprudenza

12. Si possono ricordare, esemplificativamente, le posizioni critiche di P. Ferrua, O. Mazza e D. Negri nei contributi rispettivamente citati alla precedente nota.

consolidata, le sezioni unite della Corte di cassazione. Difatti, anche a fronte del caso in cui il giudizio di primo grado si sia svolto con le forme del rito abbreviato, senza assunzione orale di prove, la Corte di cassazione ha univocamente affermato – già prima della riforma culminata nella "legge Orlando" (n. 103/2017) – che la rinnovazione istruttoria si impone come condizione legittimante la riforma in peggio della sentenza di proscioglimento dell'imputato. Un simile indirizzo deve ritenersi quanto mai attuale, figurando quale parte integrante – in chiave interpretativa – del comma 3-*bis* dell'art. 603 cpp.

La Corte d'appello di Trento, infatti, ha sollevato – con riferimento all'art. 111, secondo e quinto comma, e all'art. 117, comma primo, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 603, comma 3-*bis*, cpp, come introdotto dall'art. 1, comma 58, l. 23 giugno 2017, n. 103 («Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario»), nella parte in cui tale disposizione, così come interpretata dal diritto vivente, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, obbliga il giudice a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche in caso di giudizio di primo grado celebrato nelle forme del rito abbreviato, e pertanto definito in quella sede «allo stato degli atti» ai sensi degli artt. 438 ss. cpp.

La sentenza n. 124 del 2019 ha dichiarato non fondate le citate questioni di costituzionalità.

La Corte ha operato un'ampia ricostruzione dal punto di vista storico e sistematico della normativa censurata. Essa ha rilevato che, nella versione originaria dell'art. 603 cpp, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale con riguardo alle prove già acquisite nel giudizio di primo grado poteva infatti essere disposta su richiesta di parte soltanto se il giudice di appello ritenesse «di non essere in grado di decidere allo stato degli atti» (comma 1), ovvero d'ufficio, laddove il giudice la ritenesse «assolutamente necessaria» (comma 3).

Secondo la Corte, la giurisprudenza assolutamente prevalente dalla Corte di Strasburgo, stimolando nella giurisprudenza italiana un incisivo ripensamento sui presupposti della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, con riferimento alle ipotesi in cui oggetto di impugnazione sia una sentenza assolutoria pronunciata in primo grado, «ritiene incompatibile con la menzionata disposizione convenzionale un giudizio di appello che si concluda con la condanna dell'imputato già assolto in primo grado, senza che le prove dichiarative sulla cui base egli era stato assolto siano state nuovamente assunte davanti al giudice di appello (*ex plurimis*, *Corte EDU*, sentenza 28 febbraio 2017, *Manoli contro Moldavia*, paragrafo 32; sentenza 15 settembre 2015, *Moinescu contro Romania*, paragrafo 36; sentenza 4 giugno 2013, *Hanu* contro Romania, paragrafo 40; sentenza 9 aprile 2013, *Manolachi contro Romania*, paragrafo 50; sentenza 20 marzo 2012, *Serrano Contreras contro Spagna*, paragrafo 40; sentenza 5 luglio 2011, *Dan contro Moldavia*, paragrafi 30-33; sentenza 19 febbraio 1996, *Botten contro Norvegia*, paragrafo 39); e ciò anche nell'ipotesi in cui né l'imputato né il suo difensore abbiano sollecitato una nuova escussione dei testimoni (Corte EDU, sentenza 9 aprile 2013, *Flueraş contro Romania*, paragrafo 60)».

Tali principi sono stati recentemente enunciati anche nei confronti dell'Italia, in una sentenza nella quale è stato ritenuto violato il diritto del ricorrente a un processo equo, in conseguenza della condanna del ricorrente stesso pronunciata per la prima volta in appello in esito a una diversa valutazione di prove dichiarative acquisite nel giudizio di primo grado e non riesaminate direttamente in appello (Corte EDU, sentenza 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, par. 45).

La Corte dà quindi atto dello stato della giurisprudenza di legittimità.

Già in epoca anteriore alla sentenza *Lorefice c. Italia*, le sezioni unite della Corte di cassazione avevano nella sostanza recepito questa giurisprudenza della Corte Edu, attraverso una interpretazione conforme alla Cedu delle disposizioni del codice di procedura penale. Rilevato che «i principi enunciati nella CEDU, come definiti nella giurisprudenza consolidata della Corte EDU, pur non traducendosi in norme direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne, le Sezioni unite hanno infatti affermato che il giudice di secondo grado, ove intenda riformare una sentenza di proscioglimento sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva dal primo giudice, debba procedere – anche d'ufficio – alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disponendo l'esame dei soggetti che hanno reso le relative dichiarazioni. In caso di mancata rinnovazione, la sentenza di riforma del giudice di secondo grado risulterà affetta da vizio di motivazione, censurabile in Cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lettera e), cod. proc. pen., non potendo ritenersi in tal caso che la prova sia stata raggiunta "al di là di ogni ragionevole dubbio", come prescrive l'art. 533 cod. proc. pen. (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 6 luglio 2016, n. 27620)».

In un *obiter dictum* di tale pronuncia (al punto 8.4. del *considerato in diritto*), le sezioni unite hanno altresì affermato che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale deve ritenersi doverosa anche nei giudizi celebrati nelle forme del rito abbreviato, dovendosi anche in tal caso valorizzare il criterio, «da ritenere di carattere generalissimo», del convincimento al di là di ogni ragionevole dubbio.

Questo corollario non è stato condiviso da una sentenza della Corte di cassazione (sez. III penale, sentenza 13 ottobre 2016, n. 43242), richiamandosi ad altre pronunce precedenti, per cui il contrasto giurisprudenziale così creatosi è stato, quindi, nuovamente sciolto dalle sezioni unite, che hanno ribadito che l'obbligatorietà della rinnovazione istruttoria opera anche nel caso di *overturning* da proscioglimento a condanna nell'ambito di giudizio abbreviato non condizionato (Cass., sez. unite penali, sentenza 14 aprile 2017, n. 18620).

In definitiva, a parere delle sezioni unite, «[l]'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria (...). Perché, insomma, l'*overturning* si concretizzi davvero in una motivazione rafforzata, che raggiunga lo scopo del convincimento "oltre ogni ragionevole dubbio", non si può fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive. La motivazione risulterebbe altrimenti affetta dal vizio di aporia logica derivante dal fatto che il ribaltamento della pronuncia assolutoria, operato sulla scorta di una valutazione cartolare del materiale probatorio a disposizione del primo giudice, contiene in sé l'implicito dubbio ragionevole determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti».

La Corte rileva che, introducendo nell'art. 603 cpp il nuovo comma 3-*bis*, la legge n. 103 del 2017 ha recepito gli approdi cui era nel frattempo pervenuta la giurisprudenza delle sezioni unite. La nuova disposizione prevede che «[n]el caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale».

Il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 cpp non chiarisce invero espressamente se l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale valga anche nel caso in cui il giudizio di primo grado, conclusosi con l'assoluzione dell'imputato, sia stato celebrato con le forme del rito abbreviato. All'indomani della novella, peraltro, le sezioni unite – risolvendo negativamente la questione se la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale si imponga anche nel caso, opposto, in cui il giudice d'appello intenda riformare la sentenza di condanna di primo grado – hanno affermato, in un ampio *obiter dictum*, che «[l]'interpolazione operata dal legislatore sul testo normativo dell'art. 603 cod. proc. pen. non contempla eccezioni di sorta, ma consente l'applicabilità della regola posta dal nuovo comma 3-*bis* ad ogni tipo di giudizio, ivi compresi i procedimenti svoltisi in primo grado con il rito abbreviato». Ciò in quanto «[l] a decisione assolutoria del primo giudice è sempre tale da ingenerare la presenza di un dubbio sul reale fondamento dell'accusa. Dubbio che può ragionevolmente essere superato solo attraverso una concreta variazione della base cognitiva utilizzata dal giudice d'appello, unitamente ad una corrispondente "forza persuasiva superiore" della relativa motivazione, quando il meccanismo della rinnovazione debba essere attivato in relazione ad una prova dichiarativa ritenuta decisiva nella prospettiva dell'alternativa decisoria sopra indicata». D'altronde, hanno proseguito le sezioni unite, «[l]a rinuncia al contraddittorio (...) non può riflettersi negativamente sulla giustezza della decisione, né può incidere sulla prioritaria funzione cognitiva del processo, il cui eventuale esito di condanna esige, sia nel giudizio ordinario che in quello abbreviato, la prova della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, poiché oggetto del consenso dell'imputato ai sensi dell'art. 111, quinto comma, Cost. è la rinuncia ad un metodo di accertamento, il contraddittorio nella formazione della prova, non all'accertamento della responsabilità nel rispetto del canone epistemologico attraverso cui si invera il principio stabilito dall'art. 27, secondo comma, Cost. (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 3 aprile 2018, n. 14800, punto 7.3. del Considerato in diritto)».

Per la Corte – a differenza di quanto riscontrato nella sentenza n. 26 del 2007, concernente una disciplina che precludeva al pubblico ministero di impugnare le sentenze di proscioglimento pronunciate in primo grado – la disposizione censurata non introduce alcuno squilibrio tra i poteri processuali delle parti, dal momento che configura un adempimento doveroso a carico del giudice, sottratto al potere dispositivo delle parti, e da realizzare anche in assenza di richiesta delle parti medesime. Essa, inoltre, non «pone l'imputato in alcuna arbitraria posizione di vantaggio rispetto al pubblico ministero, tale da turbare la simmetria delle relative posizioni. Così come nel giudizio di primo grado celebrato con rito abbreviato le parti possono confrontarsi in condizioni di parità sul significato e sull'attendibilità delle prove raccolte durante le indagini preliminari, nel successivo giudizio di

appello le parti saranno nuovamente in condizioni di completa parità in sede di audizione dei testimoni decisivi ai fini della conferma o della riforma della sentenza assolutoria pronunciata in primo grado». La disposizione censurata crea, semmai, un'asimmetria non già tra i poteri processuali delle parti (alle quali sole, peraltro, si riferisce il parametro costituzionale invocato), ma tra gli statuti probatori vigenti in caso di appello del pubblico ministero contro la sentenza di assoluzione, e quelli che si applicano al caso, opposto, di appello dell'imputato contro la sentenza di condanna. Tale asimmetria, però, deriva dalla stessa struttura del processo penale italiano, che non presenta affatto un'architettura simmetrica, alla luce del principio posto dall'art. 27, secondo comma, Cost., in base al quale il processo penale è delineato dall'ordinamento «come strumento di accertamento della colpevolezza e non dell'innocenza».

Nell'escludere il contrasto tra la disposizione censurata e il principio della ragionevole durata del processo, essa osserva che «tale principio va contemperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali, sicché il suo sacrificio non è sindacabile, ove sia frutto di scelte non prive di una valida *ratio* giustificativa (...) e che, quindi, ad esso "possono arrecare un *vulnus* solamente norme procedurali che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorretta da alcuna logica esigenza"», ravvisando idonea ragione giustificativa della dilatazione dei tempi processuali nella necessità, prospettata dalla giurisprudenza delle sezioni unite, di un contatto diretto del giudice con i testimoni – ritenuto il «metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile» –, necessità che è imposta, «anche nell'ambito di un giudizio che nasce come meramente "cartolare", dall'esigenza di far cadere l'"implicito dubbio ragionevole determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti" (Cass., sez. un., n. 18620 del 2017); dubbio che secondo le Sezioni unite è possibile superare soltanto attraverso la "forza persuasiva superiore" della motivazione del giudice d'appello, fondata per l'appunto sull'ascolto diretto delle testimonianze decisive (Cass., sez. un., n. 14800 del 2018)», in quanto necessaria a una piena tutela dell'interesse primario dell'imputato a non essere ingiustamente condannato. Tale interesse è «direttamente connesso tanto all'essenza del principio del "giusto processo" sotteso all'intero art. 111 Cost., quanto alla presunzione di innocenza proclamata dall'art. 27, secondo comma, Cost.; e, nella prospettiva dell'imputato, è certamente poziore rispetto al suo stesso diritto a una sollecita definizione della propria vicenda processuale, fondato per l'appunto sull'art. 111, secondo comma, ultima proposizione, Cost. e sull'art. 6, paragrafo 1, CEDU».

Nessun contrasto sussiste inoltre, per la Corte, con l'art. 111, quinto comma, Cost., a tenore del quale «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non avviene in contraddittorio, per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita». Per la Corte il testo della norma costituzionale invocata «si limita a permettere che la prova possa in casi eccezionali formarsi al di fuori del contraddittorio, in particolare allorché l'imputato vi consenta, ma non prescrive affatto che, una volta che l'imputato abbia prestato il proprio consenso a essere giudicato "allo stato degli atti", una tale modalità di giudizio debba necessariamente valere per ogni fase del processo, compresa quella di appello». Inoltre, non sarebbe corretto «dedurre, da quella che il legislatore costituzionale ha inequivocamente concepito come una garanzia per l'imputato (così, ancora, sentenza n. 184 del 2009; nello stesso senso, Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 3 aprile 2018, n. 14800), una conseguenza pregiudizievole per l'imputato medesimo», derivante dall'eliminazione di una disciplina probatoria concepita anch'essa come garanzia in suo favore contro condanne potenzialmente ingiuste; il che appare intrinsecamente contraddittorio.

Infine, non è stata ritenuta fondata la censura formulata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE, che prescrive che il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo. Come emerge dal dato letterale della disposizione, «da un lato il divieto della rinnovazione superflua dell'audizione della vittima sancito dall'art. 20 riguarda la sola fase delle "indagini penali", corrispondenti – nel contesto del diritto processuale penale italiano – alle indagini preliminari, e non si estende dunque alla fase del processo (fase che la stessa direttiva definisce, all'art. 23, come "procedimento giudiziario", in contrapposizione a quella precedente delle "indagini penali"), nella quale è pacifico che la persona offesa debba poter essere sentita – eventualmente con modalità protette, ove si tratti di vittima vulnerabile – nel contraddittorio tra le parti. Dall'altro lato, tale divieto fa comunque salvi – in conformità a quanto previsto in generale nel considerando n. 58 – i "diritti della difesa", tra i quali si iscrive, in posizione eminente, il diritto al contraddittorio nella formazione della prova».

5. Terzietà e imparzialità del giudice

Un filone giurisprudenziale sempre attivo è quello della terzietà e imparzialità del giudice. Alla garanzia di tali due valori si riferiscono diversi istituti della procedura penale, tra cui quello dell'incompatibilità

e dell'astensione. L'istituto dell'incompatibilità, previsto dall'art. 34 cpp, nel tempo è stato oggetto di numerosissimi interventi della Corte.

Nel periodo di riferimento occorre dare atto di due pronunce che riguardano la fattispecie del giudice dell'udienza preliminare che inviti il pubblico ministero a modificare il fatto nell'ipotesi in cui tale invito sia accolto.

La sentenza n. 18 del 2017 ha affrontato una questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dell'art. 34, comma 2, cpp, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il pubblico ministero a procedere, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, alla modifica dell'imputazione, invito al quale il pubblico ministero ha aderito.

La questione è sorta in relazione all'udienza preliminare, la cui disciplina non contempla una previsione analoga a quella dell'art. 521, comma 2, cpp, che riconosce al giudice la possibilità di disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero, ove, a conclusione del dibattimento, accerti che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio o nella nuova contestazione effettuata a norma degli artt. 516, 517 e 518, comma 2. In tale ipotesi – rileva la Corte – sono state prospettate due soluzioni, sia la possibilità per il giudice dell'udienza preliminare di trasmettere «gli atti al pubblico ministero, in applicazione analogica del citato art. 521, comma 2, cod. proc. pen.», con conseguente «regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari», sia la possibilità di invitare il pubblico ministero «ad esercitare il potere-dovere di modificare l'imputazione, previsto in capo all'attore pubblico dall'art. 423 cod. proc. pen., allorché nel corso dell'udienza preliminare emerga la diversità del fatto», rimanendo nella stessa fase processuale.

Le sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute chiarendo che «i due rimedi non sono alternativi, ma sequenziali», nel senso che il giudice dell'udienza preliminare deve prima «invitare l'organo dell'accusa a modificare l'imputazione» e, solo in caso di mancata adesione all'invito, deve trasmettere gli atti ai sensi del citato art. 521, comma 2.

La Corte ha ritenuto infondato il dubbio di costituzionalità prospettato dal giudice rimettente, in quanto non sussiste alcuna incompatibilità del giudice dell'udienza preliminare a tenere la medesima udienza, dopo aver invitato il pubblico ministero a modificare l'imputazione per la ritenuta diversità del fatto, in quanto si rimane nella medesima fase processuale. È richiamata al riguardo la costante giurisprudenza della Corte, secondo cui, affinché possa configurarsi una situazione di incompatibilità, «è necessario che la valutazione contenutistica sulla medesima regiudicanda si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito». È ritenuto, infatti, «del tutto ragionevole che all'interno di ciascuna delle fasi, intese come sequenze ordinate di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali anche di merito, su quanto in esse risulta, prodromici alla conclusione resti, in ogni caso, preservata l'esigenza di continuità e di globalità», allo scopo di evitare «un'assurda frammentazione del procedimento», con la connessa necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere.

In tale prospettiva, l'invito (accolto) «a modificare l'imputazione non risulta affatto assimilabile all'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero», che determina una regressione di fase, costituendo invece «un rimedio "endofasico": dalla sua formulazione non deriva, dunque, alcuna incompatibilità del giudice all'ulteriore trattazione della medesima fase».

A supporto della conclusione, la Corte riconosce che, «sollecitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione per diversità del fatto, il giudice esterna un convincimento sul merito della *regiudicanda*, ma lo fa come momento immediatamente prodromico alla decisione che è – legittimamente – chiamato ad assumere in quello stesso contesto; segnatamente, per evitare di doversi pronunciare su una imputazione che reputa non aderente alla realtà storica emersa dagli atti processuali. Resta dunque esclusa la configurabilità di una menomazione dell'imparzialità del giudice, atta a rendere costituzionalmente necessaria l'applicazione dell'istituto dell'incompatibilità».

Il medesimo giudice che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale scrutinata dalla Corte con la pronuncia n. 18 del 2017, la ripropone in riferimento non più a parametri "interni", ma all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1 della Cedu, nella parte in cui garantisce il diritto al giudizio di un giudice imparziale, sotto due diversi profili.

Secondo il rimettente, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, una valutazione contenutistica sul merito della *regiudicanda*, quale quella insita nell'invito a modificare l'imputazione, comprometterebbe l'imparzialità del giudice sul piano oggettivo, a prescindere dalla circostanza che essa si collochi nella stessa o in altra fase processuale.

Inoltre, sollecitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione, il giudice verrebbe a partecipare di una funzione tipica dell'accusa, con conseguente commistione di ruoli, anch'essa idonea – secondo la Corte Edu – a minarne l'imparzialità.

Anche se l'unico parametro evocato è l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1, Cedu si ritiene di darne conto in questa sede, stante l'intrinseca connessione e continuità con la precedente pronuncia e riguardando il principio di imparzialità alla stregua della convenzione Edu.

Come affermato proprio nella pronuncia che si va ad esaminare, l'imparzialità prevista dall'art. 6 Cedu «deve essere apprezzata secondo due criteri: soggettivo e oggettivo. Il criterio soggettivo consiste nello stabilire se dalle convinzioni personali e dal comportamento di un determinato giudice si possa desumere che egli abbia una idea preconcetta rispetto a una particolare controversia sottoposta al suo esame. Da questo punto di vista, l'imparzialità del giudice è presunta fino a prova contraria. Il criterio oggettivo, che rileva in questo caso, impone di valutare se, a prescindere dalla condotta del giudice, esistano fatti verificabili che possano generare dubbi, oggettivamente giustificati, sulla sua imparzialità. Sotto questo aspetto, anche le apparenze possono avere una certa importanza: in altre parole, "non si deve solo fare giustizia, ma si deve anche vedere che è stata fatta". È in gioco, infatti, la fiducia che i tribunali in una società democratica debbono ispirare nel pubblico e, nel processo penale, anzitutto nell'accusato (*ex plurimis*, tra le più recenti, Corte EDU, sentenze 16 ottobre 2018, *Daineliene contro Lituania*; *31 ottobre 2017, Kamenos contro Cipro*; 20 settembre 2016, *Karelin contro Russia*; Grande Camera, 23 aprile 2015, *Morice contro Francia*; 15 gennaio 2015, *Dragojević contro Croazia*)».

La Corte, con la sentenza n. 66 del 2019, ripercorre le vicende e il contenuto della pronuncia n. 18 del 2017 soprarichiamata, anche al fine di escludere, pur in presenza di una pronuncia di rigetto, l'effetto preclusivo alla riproposizione di questioni nel corso dello stesso giudizio, in quanto «pur nell'identità della norma censurata e del *petitum*, la questione risulta, infatti, diversa da quelle precedentemente sollevate dal rimettente in rapporto sia al parametro costituzionale, sia alle argomentazioni dedotte a supporto della denuncia di incostituzionalità». Quindi, nel rigettare la questione, la Corte premette un argomento dirimente, quello secondo cui la Corte Edu «ha escluso in più occasioni che le garanzie in tema di equo processo, di cui all'evocato art. 6, paragrafo 1, CEDU», tra cui quella dell'imparzialità del giudice, «siano riferibili all'udienza preliminare prevista dalla legge processuale italiana, fatto salvo il caso in cui vengano adottati riti alternativi che conferiscano al giudice di tale udienza il potere di pronunciarsi sul merito delle accuse». Ciò in quanto l'art. 6 Cedu ha «per finalità principale, nel campo penale (...) quella di assicurare un equo processo di fronte a un "tribunale" competente a decidere "sulla fondatezza di ogni accusa penale": e, cioè – in particolare per quanto attiene alla garanzia dell'imparzialità – a stabilire se l'imputato sia colpevole o innocente (decisione 12 febbraio 2004, *De Lorenzo contro Italia*)», mentre «nei casi sottoposti all'esame della Corte europea, per contro, il giudice dell'udienza preliminare si era limitato a decidere – in conformità alla funzione istituzionale di tale udienza – se l'imputato dovesse essere, o non, rinviato a giudizio (ossia se dovesse essere giudicato da un "tribunale"), senza affatto pronunciarsi sulla sua innocenza o colpevolezza». Peraltro, la Corte osserva che nel giudizio principale non vi era stata una richiesta di riti alternativi.

La Corte costituzionale, dopo aver richiamato le nozioni di imparzialità in senso soggettivo e oggettivo, e in particolare le pronunce concernenti tale ultimo criterio, riconosce che non si rinviene nella giurisprudenza "convenzionale" una teorizzazione corrispondente a quella da essa operata «riguardo alla non configurabilità di un pregiudizio all'imparzialità del giudice in conseguenza di valutazioni effettuate nell'ambito della medesima fase processuale», ma di fatto, nella generalità dei casi, «il pregiudizio all'imparzialità di tipo "funzionale" è stato collegato dalla Corte europea a decisioni assunte in altra e precedente fase del procedimento (tipici i casi dell'adozione di provvedimenti cautelari nella fase preprocessuale o la partecipazione a precedenti gradi di giudizio), ovvero in procedimenti distinti (quali quelli contro soggetti concorrenti nel medesimo reato)».

Non constando «pronunce della Corte EDU che abbiano ravvisato la lesione del principio di imparzialità in fattispecie analoghe a quella» oggetto di scrutinio, la Corte conclude che non può affermarsi che, alla luce della giurisprudenza della Corte europea, la quale deve peraltro risultare consolidata, «la norma convenzionale evocata accordi al diritto della persona da giudicare, in rapporto alla specifica evenienza di cui si discute, una tutela più ampia di quella prefigurata dalla norma costituzionale interna – gemellare nell'ispirazione – di cui all'art. 111, secondo comma, della Carta fondamentale».

Quanto al secondo profilo di asserito contrasto con la norma convenzionale, legato alla commistione tra le funzioni di giudice e quelle di pubblico ministero, situazione peraltro regolata dal comma 3 e non dal comma 2 dell'art. 34, la Corte costituzionale rileva che, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, «la confusione tra le funzioni inquirenti e giudicanti è effettivamente idonea a minare l'imparzialità del giudice, e ciò anche quando essa si realizzi all'interno della stessa fase del giudizio». L'unico precedente in cui il fenomeno è venuto all'attenzione della Corte europea riguarda «quello della totale assenza di un rappresentante dell'accusa in dibattimento (o in

una parte rilevante delle relative udienze): assenza a fronte della quale i relativi compiti, anzitutto in tema di formazione della prova a carico dell'accusato, erano stati integralmente assunti, in sua vece, dal giudice (Grande Camera, sentenza 15 dicembre 2005, *Kyprianou contro Cipro*)».

L'ipotesi oggetto di esame è ritenuta «sensibilmente distante da tale paradigma», in quanto il giudice che, a conclusione dell'udienza preliminare, «si limita a riscontrare che il fatto, risultante dagli elementi probatori, è (...) diverso da come descritto nel capo di imputazione», invitando il pubblico ministero «a esercitare il suo potere-dovere di modifica dell'imputazione nella stessa udienza preliminare», al fine di evitare la regressione del procedimento, risponde, nella stessa visione delle sezioni unite della Corte di cassazione, «a canoni di economia e concentrazione processuale. Il pubblico ministero, dal canto suo – serbando intatto il suo ruolo di *dominus* del tema d'accusa – resta pienamente libero di aderire, o non, all'invito».

Anche per questo verso – conclude la Corte – non emerge un contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo della disciplina nazionale oggetto di censura.

La Corte dichiara, pertanto, non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cpp, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1 Cedu.

Va peraltro rilevato che l'ordinanza n. 19 del 2017 si occupa sempre della tematica dell'incompatibilità, ma con riguardo alla sospensione del processo con messa alla prova, istituto introdotto nel 2014 dal legislatore.

La questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, investe l'art. 34, comma 2, cpp, in relazione alla legge 28 aprile 2014, n. 67 («Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili»), nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova sulla base dei parametri di cui all'art. 133 del codice penale.

La questione è dichiarata manifestamente inammissibile, in quanto il rimettente si è limitato a richiamare genericamente l'eccezione formulata dal difensore dell'imputato in una memoria (integrata poi in udienza) e ad evocarne i parametri, affermando di ritenere la questione «non manifestamente infondata attesi i dubbi interpretativi sollevati in sede di applicazione della norma». La Corte, in applicazione di una sua costante giurisprudenza, secondo cui nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale non è ammessa la cd. motivazione *per relationem*, ritiene l'ordinanza del tutto priva di motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza.

Il riferimento alle regole sovranazionali che apprestano garanzie per i diritti della persona nell'ambito dei procedimenti penali, e segnatamente all'art. 6 della Cedu, ha segnato in modo sempre crescente le questioni di legittimità costituzionale proposte dai giudici italiani.

6. Le regole sul processo della Cedu, di altre convenzioni internazionali e del diritto dell'Unione come parametri interposti

Una volta consolidatosi il sistema "costruito" dalle cd. "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007), e salve le ricorrenti tensioni verso forme di applicazione "diretta" delle norme convenzionali, i giudici *a quo* hanno spesso evocato le norme sovranazionali quali parametri interposti, attraverso il riformato primo comma dell'art. 117 Cost. Nelle pagine che precedono, già più volte la norma costituzionale è risultata inclusa nel novero delle regole sulle quali è stata chiesta la verifica di legittimità di disposizioni del diritto interno. Del resto, l'ampia coincidenza tra la conformazione assunta dai principi del *fair trial*, anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e i contenuti precettivi espressi dagli artt. 24 e 111 Cost. (quest'ultimo riformato facendo ampio riferimento proprio all'art. 6 Cedu), rende pienamente comprensibile il fenomeno evocato.

Va rilevato che vengono in rilievo, talvolta, anche quali norme interposte in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., altre convenzioni internazionali, come ad esempio la Convenzione sui diritti del fanciullo.

Si prendono in considerazione, anche in questo caso, alcuni filoni nei quali l'asserito contrasto con il parametro sovranazionale è risultato elemento esclusivo o dominante della valutazione condotta dalla Corte. In tale contesto assumono decisivo rilievo, per ragioni evidenti, le pronunce concernenti le modalità utili all'esecuzione delle sentenze deliberate dalla Corte di Strasburgo, nei casi che richiedono la "rimozione" di una norma del diritto interno. Va rilevato che, come affermato per la prima volta dalla sentenza n. 49 del 2015, il giudice nazionale è vincolato all'osservanza delle sole sentenze costituenti «diritto consolidato» o delle «sentenze pilota» in senso stretto. Infatti, se è vero che alla Corte di Strasburgo spetta pronunciare la "parola ultima" in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e

l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, resta fermo che l'applicazione e l'interpretazione del sistema generale di norme è attribuito in prima battuta ai giudici degli Stati membri. Il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo, poggiando sull'art. 117, primo comma, Cost. deve quindi coordinarsi con l'art. 101, secondo comma, Cost. nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. Dunque, il giudice comune è tenuto a uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza e fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro.

6.1. Principio di pubblicità delle udienze e riesame

Va ricordato preliminarmente che l'art. 6, par. 1, Cedu stabilisce che «ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata (...) pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale», soggiungendo altresì che «il giudizio deve essere pubblico, ma l'ingresso nella sala di udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia».

Secondo la giurisprudenza della Corte Edu, richiamata specificamente dalla sentenza n. 93 del 2010, la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del pubblico e costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia nei giudici (tra le altre, sentenza 14 novembre 2000, nella causa *Riepan c. Austria*). Con la trasparenza che essa conferisce all'amministrazione della giustizia, contribuisce, quindi, a realizzare lo scopo dell'art. 6, par. 1, Cedu: ossia l'equo processo (*ex plurimis*, sentenza 25 luglio 2000, nella causa *Tierce e altri c. San Marino*).

Verso la fine dello scorso decennio, per ben tre volte, la Corte di Strasburgo aveva ritenuto valevole tale principio anche riguardo al nostro procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione (sentenza 13 novembre 2007, nella causa *Bocellari e Rizza c. Italia*; sentenza 8 luglio 2008, nella causa *Pierre e altri c. Italia*; sentenza 5 gennaio 2010, nella causa *Bongiorno c. Italia*). Condannando il nostro Paese, la Corte aveva ritenuto «essenziale», ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma convenzionale, «che le persone (...) coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello». La Convenzione, in effetti, ammette eccezioni al principio di pubblicità, ma, in linea generale, solo per specifiche caratteristiche del caso concreto, e non per una intera categoria di procedimenti. È concepibile anche una deroga per tipo di procedura, ma solo quanto a fasi di giudizio con carattere «altamente tecnico» (*infra*). Quindi un divieto positivo e incondizionato di celebrare udienza pubblica risulta illegittimo, a maggior ragione per giudizi che siano privi della caratteristica indicata.

La pertinenza delle decisioni di Strasburgo alla materia delle procedure riguardanti le misure di prevenzione, che qui non interessa direttamente, ha implicato che le prime sollecitazioni accolte dalla Corte, in base all'ormai nota utilizzazione della norma convenzionale quale parametro interposto, abbiano riguardato appunto la disciplina delle udienze nel procedimento di prevenzione.

Il regime all'epoca vigente non consentiva di celebrare udienza pubblica neppure in caso di richiesta dell'interessato. Le leggi speciali prescrivevano la procedura in camera di consiglio, e la relativa disciplina prevedeva che l'udienza si svolgesse in assenza del pubblico (in questo senso si erano pronunciate anche le sezioni unite della Cassazione, con la sentenza n. 26156 del 2003).

La Corte aveva rilevato che non si trattava di un mero procedimento amministrativo, ma di un «procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (...) nonché la stessa libertà di iniziativa economica (...) il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato».

In applicazione del principio di pubblicità delle udienze come declinato dalla Convenzione, ritenendo assorbita la censura riguardante l'art. 111 Cost., la sentenza n. 93 del 2010 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (...) e dell'art. 2-*ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575 (...), nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica».

Allo stesso periodo risale un'ulteriore importante decisione, sempre relativa alle misure di prevenzione, che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l. n. 1423/1956 e dell'art. 2-*ter* l. n. 575/1965, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., dalla Corte di cassazione (sent. n. 80 del 2011). Tale pronuncia ha sinteticamente affermato che i modelli procedimentali, per verificarne la compatibilità con il principio di pubblicità, vanno in effetti apprezzati nel loro complesso e che, quando è preceduta da udienze che sono (o possono essere) aperte al pubblico, una fase finale dedicata esclusivamente alla verifica di legittimità può utilmente essere celebrata in forma non partecipata.

Il contenzioso relativo al procedimento di prevenzione si è spostato, successivamente, su procedure di natura diversa, direttamente riconducibili al codice di procedura penale, a cominciare dal giudizio finalizzato alla riparazione per ingiusta detenzione. La Corte, con la sentenza n. 214 del 2013, ha dichiarato inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 315, comma 3, in relazione all'articolo 646, comma 1, cpp, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in quanto in contrasto con il principio di pubblicità delle udienze sancito dall'art. 6, par. 1, Cedu, così come interpretato dalla Corte europea, la quale, con la sentenza 10 aprile 2012, *Lorenzetti c. Italia*, aveva ritenuto «essenziale», ai fini del rispetto di detto principio, «che i singoli coinvolti in una procedura di riparazione per custodia cautelare "ingiusta" si vedano quanto meno offrire la possibilità di richiedere una udienza pubblica innanzi alla corte di appello» (la questione era stata posta anche in rapporto all'art. 111, primo comma, Cost., per contrasto con la regola del «giusto processo»).

Con la sentenza n. 135 del 2014, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 678, comma 1, e 679, comma 1, cpp, nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza si svolgesse, davanti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza, nelle forme dell'udienza pubblica.

Secondo la Corte, esigenze di garanzia analoghe a quelle della sentenza n. 93 del 2010 segnava anche il procedimento concernente le misure di sicurezza, il cui scopo precipuo era la verifica di una condizione attuale di pericolosità dell'interessato, alla quale eventualmente consegue (rendendo la "posta in gioco" particolarmente alta) l'applicazione di provvedimenti di forte limitazione della libertà personale. Si trattava di «un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su un bene primario dell'individuo, costituzionalmente tutelato, quale la libertà personale».

La Corte, poi, generalizzando i risultati determinati dalla sentenza n. 135 del 2014, ha dichiarato, con la sentenza n. 97 del 2015, l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, e 678, comma 1, cpp, questa volta nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza si svolgesse nelle forme dell'udienza pubblica e dunque in relazione a ogni altra questione, ulteriore rispetto alle misure di sicurezza, che la legge riserva alla trattazione del tribunale di sorveglianza. Si trattava comunque di procedimenti con elevata «posta in gioco», privi di carattere spiccatamente «tecnico» e anzi essenzialmente finalizzati a un accertamento in fatto.

Ciò fino alla sentenza n. 109 del 2015, con la quale la Corte ha esteso il sistema della pubblicità a domanda alle udienze del procedimento di esecuzione che tratti di misure di sicurezza patrimoniali, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 667, comma 4, e 676 cpp, nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolgesse, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica.

Nell'ambito di tale sequenza di pronunce, si inserisce la sentenza n. 263 del 2017, la quale ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6, par. 1, Cedu, degli artt. 309, comma 8, e 127, comma 6, cpp, «nella parte in cui non consentono che il procedimento per il riesame delle misure cautelari si svolga, su richiesta dell'indagato o del ricorrente, nelle forme della pubblica udienza».

Nella prospettazione del rimettente, un rilievo preminente assume la censura di violazione della garanzia della pubblicità dei procedimenti giudiziari, stabilita dall'art. 6, par. 1, Cedu, così come interpretato dalla Corte Edu: violazione cui consegue, di riflesso, quella dell'art. 117, primo comma, Cost. Ciò alla luce del noto indirizzo della giurisprudenza di questa Corte – inaugurato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 –, secondo il quale le norme della Cedu, nel significato loro attribuito (con giurisprudenza consolidata: sentenza n. 49 del 2015) dalla Corte di Strasburgo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione, integrano, quali «norme interposte», il citato parametro costituzionale, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Il giudice *a quo* ritiene che una pronuncia di illegittimità costituzionale si imponga anche in rapporto al procedimento di riesame delle misure cautelari personali, che si caratterizza come procedimento non connotato da un elevato tasso di tecnicismo, trattandosi di giudizio volto a verificare «la fondatezza dell'addebito cautelare», sotto il profilo della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari e in cui la «posta in gioco» sarebbe, inoltre, altissima, discutendosi dell'applicazione di provvedimenti restrittivi della libertà personale che possono avere effetti coincidenti con quelli della pena irrogata con la sentenza definitiva e che incidono, altresì, sull'«onorabilità» del soggetto attinto.

Lo snodo cardine della pronuncia, con riferimento al parametro di cui all'art. 117 comma 1, Cost. in relazione all'art. 6 Cedu, attiene al fatto che la norma interposta ricavabile dalla Cedu, come interpretata dai giudici di Strasburgo, destinata a integrare il parametro costituzionale evocato, risulta essere di segno diverso da quello ipotizzato dal giudice *a quo*. Se è vero che la Corte Edu, nella sentenza 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, richiamata dal giudice *a quo*, ha ritenuto incompatibile con la garanzia della pubblicità dei procedimenti giudiziari il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, del quale la legge italiana all'epoca vigente prevedeva la trattazione in forma camerale, è anche vero – osserva la Corte costituzionale – che, nel formulare la doglianza, il giudice *a quo* non ha tenuto conto «della giurisprudenza della Corte di Strasburgo attinente, in modo specifico, al procedimento di verifica della legittimità della detenzione *ante iudicium* della persona indiziata di un reato, secondo cui la Convenzione non richiede, in via di principio, che le relative udienze siano aperte al pubblico» (sentenza 15 novembre 2005*, Reinprecht c. Austria*, confermata da sentenze successive tanto da dar luogo a una giurisprudenza consolidata).

Il suddetto procedimento, specificamente disciplinato dall'art. 5, comma 4, Cedu, secondo la Corte europea «deve avere carattere giudiziale, assicurando il rispetto dei principi del contraddittorio e della "parità delle armi", in quanto "fondamentali garanzie di procedura" e richiede, nel caso in cui la detenzione ricada nella previsione dell'art. 5, paragrafo 1, lettera *c*) – ossia quando si tratti di detenzione preventiva della persona indiziata di un reato – lo svolgimento di un'udienza» senza imporre necessariamente il suo carattere pubblico. In particolare, tale requisito non può essere ritenuto implicito nella previsione dell'art. 5, par. 4, in quanto finalizzata alla protezione contro l'arbitrio, ovvero desunto dallo stretto collegamento esistente, nella sfera dei procedimenti penali, tra tale previsione e l'art. 6, par. 1 della Convenzione. L'applicabilità del citato art. 6, par. 1, nella fase anteriore al giudizio «resta, infatti, limitata alle garanzie che, se non applicate in questa fase, pregiudicherebbero l'"equità" dei processi "nella loro interezza", pregiudizio che il difetto di pubblicità dell'udienza di riesame della legalità della detenzione, durante la quale l'interessato sia stato assistito da un difensore, non appare invece idoneo a produrre».

La Corte, sempre richiamando il contenuto della citata pronuncia della Corte Edu, considera altresì, che «le disposizioni degli artt. 5, paragrafo 4, e 6, paragrafo 1, della CEDU, malgrado la loro connessione, perseguono diverse finalità. La prima mira a proteggere l'individuo contro l'arbitraria detenzione, garantendo un rapido riesame della legalità di ogni forma di privazione della libertà personale. L'art. 6, paragrafo 1, si occupa invece della verifica della fondatezza di un'accusa penale ed è volto a garantire che il merito della causa – ossia la questione se l'accusato sia o no colpevole dei fatti contestatigli – fruisca di una "equa e pubblica udienza". Tale diversità di obiettivi spiega perché l'art. 5, paragrafo 4, preveda requisiti procedurali più flessibili di quelli dell'art. 6, mentre sia molto più stringente con riguardo alla rapidità della decisione: esigenza con la quale la pubblicità delle udienze potrebbe collidere. Di qui la conclusione che l'art. 5, paragrafo 4, della CEDU, "pur richiedendo un'udienza per il riesame della legittimità della detenzione anteriore al giudizio, non richiede come regola generale che detta udienza sia pubblica"».

In tale ottica – dà atto la pronuncia – la pubblicità delle udienze, come affermato sempre dalla Corte Edu, «non rientra nel "nocciolo duro" delle garanzie inerenti alla nozione di "equità", nello specifico contesto dei procedimenti in materia di detenzione (Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 maggio 2011, *Khodorkovskiy contro Russia*)», così come «la procedura prevista dall'art. 5, par. 4, non deve sempre accompagnarsi a garanzie identiche a quelle pretese dall'art. 6, posto che le due disposizioni perseguono obiettivi differenti (tra le ultime, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 maggio 2017, *Mustafa Avci contro Turchia*; 13 dicembre 2016, *Kolomenskiy contro Russia*)». A fronte di ciò, «in fattispecie nelle quali il difetto di pubblicità delle udienze dei procedimenti in questione era stata censurata in rapporto tanto all'art. 5 quanto all'art. 6 della CEDU», la Corte Edu ha «rigettato la censura ai sensi dell'art. 35, paragrafi 3 e 4, della Convenzione, reputandola manifestamente infondata (Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 dicembre 2011, *Rafig Aliyev contro Azerbaigian*; 9 novembre 2010, *Farhad Aliyev contro Azerbaigian*)».

La Corte costituzionale si sofferma anche sul parametro interno rappresentato dalla dedotta violazione dell'art. 111, primo comma, Cost., per contrasto

con i principi del «giusto processo». Essa ricorda, in via preliminare, come già prima della legge costituzionale n. 2/1999, al principio di pubblicità delle udienze giudiziarie, «pur in assenza di un esplicito richiamo in Costituzione, era stata riconosciuta una indubbia valenza costituzionale, in particolare quale corollario della previsione dell'art. 101, primo comma, Cost. (secondo la quale "[l]a giustizia è amministrata in nome del popolo")». Tuttavia, era stato precisato come tale regola non avesse valore assoluto ma fosse affidato alla discrezionalità legislativa il bilanciamento dei vari interessi in gioco (sentenze nn. 235 del 1993 e 373 del 1992), «potendo il legislatore introdurre deroghe al principio di pubblicità in presenza di particolari ragioni giustificative, purché obiettive e razionali (n. 50 del 1989 e n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sentenza n. 12 del 1971)». Al principio di pubblicità, pur non espressamente costituzionalizzato neppure in occasione dell'inserimento in Costituzione dei principi del «giusto processo» a opera della l. cost. n. 2/1999, era stata tuttavia riconosciuta tale valenza individuandone il riferimento normativo nella previsione del novellato primo comma dell'art. 111 Cost. (secondo la quale «[l]a giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»), sul presupposto che rappresentasse una componente coessenziale del processo equo.

Va rilevato che la Corte riconosce che, nelle precedenti sentenze nn. 109 e 97 del 2015 e n. 135 del 2014, l'illegittimità costituzionale, oltre che per la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla disciplina convenzionale, era stata pronunciata anche per la violazione dell'art. 111, primo comma, Cost.

Tuttavia, nel caso concreto si esclude che l'intervento auspicato dal giudice *a quo* possa ritenersi imposto dalla norma costituzionale interna sul «giusto processo», la quale non impone «in modo indefettibile la pubblicità di ogni tipo di procedimento giudiziario e di ogni fase di esso». La Corte opera, infatti, una ricostruzione delle caratteristiche del riesame, il quale «costituisce un procedimento incidentale, innestato sul tronco di un più ampio procedimento penale e non inerente al merito della pretesa punitiva (non diretto, cioè, a stabilire se l'imputato sia colpevole o innocente), ma finalizzato esclusivamente a verificare, in tempi ristrettissimi e perentori, la sussistenza dei presupposti della misura cautelare applicata». Non si tratta, inoltre, «di una *sedes* deputata all'acquisizione della prova (e, in particolare, della prova orale-rappresentativa)», in quanto il «perimetro cognitivo del tribunale del riesame è (...) segnato dagli atti trasmessigli dall'autorità giudiziaria procedente ai sensi dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., nonché dagli "elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza" (art. 309, comma 9, primo periodo, cod. proc. pen.)», sì che siamo di fronte a «un giudizio preminentemente cartolare, condotto sulla base di dati raccolti fuori dal contraddittorio». Ancora, «la decisione assunta in sede di riesame «è intrinsecamente provvisoria, essendo destinata a rimanere superata dagli esiti del successivo giudizio», sì che il cosiddetto giudicato cautelare, suscettibile di formarsi all'esito della decisione del tribunale del riesame non è, notoriamente, un giudicato vero e proprio, esaurendosi nel mero impedimento alla riproposizione, *rebus sic stantibus*, di richieste al "giudice della cautela" basate su motivi già dedotti. Manca dunque l'«idoneità ad incidere in modo definitivo su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati», uno degli elementi che le sentenze nn. 135 del 2014 e 93 del 2010 hanno considerato come idonei «a differenziare i procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione e di sicurezza "da un complesso di altre procedure camerali", conferendo "specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato"».

La Corte affronta anche la problematica evocata dal rimettente concernente la tutela del segreto investigativo, osservando che «il procedimento di riesame – ove esperito nel corso della fase delle indagini preliminari, come avviene il più delle volte (...) – pone anche problemi di tutela della segretezza cosiddetta esterna degli atti di indagine». Pur condividendo il rilievo del rimettente secondo cui l'ostensione all'imputato degli atti di indagine nell'ambito del procedimento di riesame determina la caduta del segreto sugli stessi, a mente dell'art. 329, comma 1, cpp, la Corte afferma che «resta fermo, tuttavia, il divieto di pubblicazione, anche parziale, degli atti fino alla conclusione delle indagini preliminari (ovvero fino al termine dell'udienza preliminare) sancito dall'art. 114, comma 2, cod. proc. pen. (essendo possibile unicamente la divulgazione del loro contenuto, ossia delle informazioni che se ne possono trarre: comma 7 dell'art. 114). Divieto che rischierebbe di essere travolto ove il pubblico fosse ammesso ad assistere direttamente all'udienza di riesame».

La Corte conclude che «malgrado l'entità della "posta in gioco", la scelta di escludere la pubblicità delle udienze di riesame costituisce frutto di un ragionevole esercizio della discrezionalità che al legislatore compete in materia. Si è, infatti, di fronte ad un incidente che si inserisce in un impianto processuale più ampio, entro il quale il principio di pubblicità trova il suo "naturale" sbocco, satisfattivo della relativa esigenza costituzionale, nella fase dibattimentale».

Da tali considerazioni la Corte ha fatto discendere anche la non fondatezza della restante censura relativa all'art. 3 Cost., «connessa all'asserita irragionevole disparità di trattamento dei soggetti coinvolti nel

procedimento di riesame rispetto a quelli coinvolti nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione e di misure di sicurezza (i quali, grazie all' intervento di questa Corte – recepito poi dal legislatore, quanto al procedimento di prevenzione – sono abilitati a chiedere l'udienza pubblica), nonché ai soggetti coinvolti nel giudizio abbreviato e nel giudizio ordinario», in quanto i *tertia comparationis* appaiono disomogenei. Infatti, «diversamente dal procedimento di riesame, i procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione e di misure di sicurezza sono procedimenti autonomi, nei quali il giudice di merito è chiamato ad esprimere – all'esito di un'attività di acquisizione probatoria – giudizi definitivi in ordine al *thema decidendum*». Ancora più evidente è la non omologabilità – quanto all'esigenza di rispetto del principio di pubblicità – del procedimento di riesame al giudizio abbreviato e al giudizio ordinario, in quanto in questi casi si discute della sede elettiva di esplicazione del principio di pubblicità, rappresentata dalla decisione sul merito dell'accusa penale.

6.2. Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio*

Il principio contenuto nel brocardo latino "*ne bis in idem*", che vieta di perseguire o giudicare per un secondo illecito una persona già condannata o sanzionata per gli stessi fatti ha, com'è noto, origini antiche.

Esso ha acquisito un rilievo cruciale nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della sentenza della Corte Edu *Grande Stevens c. Italia*, riguardante la compatibilità con esso della disciplina del cd. "doppio binario" sanzionatorio, in relazione a ipotesi che contemplano il cumulo tra sanzione penale e sanzione (formalmente) extrapenale per lo stesso fatto. Tale pronuncia, infatti, ha censurato specificamente l'ordinamento italiano per aver previsto un sistema di "doppio binario" sanzionatorio nel settore degli abusi di mercato. La Corte di Strasburgo ha, da un lato, affermato la natura penale della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 187-*bis* d.lgs n. 58/1998, in virtù dei cd. "criteri Engel", e, dall'altro, la violazione da parte della Repubblica italiana dell'art. 4 Protocollo n. 7 alla Cedu, per avere proceduto in sede penale ai sensi dell'art. 185 d.lgs n. 58/1998, nonostante fosse già divenuta definitiva una prima condanna per il medesimo fatto, sia pure diversamente qualificato giuridicamente.

Il principio del *ne bis in idem* ha conosciuto un'evoluzione sia nella giurisprudenza della Corte Edu, soprattutto con la sentenza *A e B c. Norvegia*, che in quella della Corte di giustizia dell'Unione europea, con il trittico di pronunce in materia risalente al 2018, evoluzione che ha avuto (vds. *infra*) un immediato riflesso nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

6.2.1. I riflessi della sentenza Grande Stevens c. Italia *sulla giurisprudenza costituzionale*

Dal punto di vista cronologico occorre muovere dalla sentenza n. 102 del 2016, la quale, intervenuta dopo la sentenza della Corte Edu *Grande Stevens c. Italia*, ha dichiarato inammissibili tutte le questioni sottoposte al suo esame, attinenti alla compatibilità della concorrenza delle sanzioni amministrative e penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni del mercato con il diritto fondamentale al *ne bis in idem*, così come declinato dalla giurisprudenza di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu.

La Corte dichiara, anzitutto, inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione penale, in via principale, dell'art. 187-*bis*, comma 1, d.lgs 24 febbraio 1998, n. 58[13], nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché «Salvo che il fatto costituisca reato», per violazione dell'art. 117, primo comma, Costituzione, in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu.

La Cassazione rimettente era investita nella specie di un ricorso contro una sentenza di condanna pronunciata dal giudice penale per il delitto di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184 Tuf, in relazione al medesimo fatto storico per il quale il ricorrente era già stato sanzionato in via definitiva dalla Consob per il parallelo illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis* Tuf.

Il giudice *a quo* aveva rilevato come la stessa pendenza di un processo penale, una volta divenuta definitiva la sanzione amministrativa irrogata dalla Consob, rappresentasse una violazione del diritto al *ne bis in idem* ai sensi della disposizione convenzionale citata, dal momento che – secondo quanto affermato dalla Corte Edu nel caso *Grande Stevens*, avente ad oggetto proprio la disciplina sanzionatoria italiana degli abusi di mercato – le sanzioni irrogate dalla Consob, pur se formalmente qualificate come "amministrative" nell'ordinamento italiano, dovevano invece essere considerate come sostanzialmente penali, sicché la loro irrogazione in via definitiva precludeva la possibilità di celebrare o proseguire un ulteriore

13. Recante «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52».

processo penale avente ad oggetto il medesimo fatto, sia pure diversamente qualificato.

La Corte, prima di affrontare gli aspetti processuali, inquadra le questioni secondo il diritto interno e quello sovranazionale. I relativi passaggi sono comunque di interesse, a prescindere dall'esito della decisione. Secondo la Corte infatti: «In questo ambito, sino al 2005 le figure dell'abuso di informazioni privilegiate e della manipolazione del mercato erano sanzionate esclusivamente in sede penale come delitti dagli artt. 184 e 185 del Testo unico della finanza – TUF (d.lgs. n. 58 del 1998). Successivamente, con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), attuativa della direttiva n. 2003/6/CE (cosiddetta *Market Abuse Directive*, MAD), ai delitti di cui sopra sono stati affiancati due paralleli illeciti amministrativi previsti, rispettivamente, dagli artt. 187-*bis* (*insider trading*) e 187-*ter* (manipolazione di mercato) del novellato TUF. Gli illeciti amministrativi sono descritti in modo sovrapponibile ai corrispondenti delitti, ovvero con una formulazione tale da ricomprendere, di fatto, anche l'omologa fattispecie penale. La sovrapposizione dell'ambito applicativo di ciascun delitto con il corrispondente illecito amministrativo è contemplata dallo stesso legislatore, come risulta dalla clausola di apertura degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* "[s]alve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato", che, in tal modo, stabilisce, da un punto di vista sostanziale, il cumulo dei due tipi di sanzioni. Proprio tali clausole sono oggetto di censura nelle due ordinanze di rimessione».

È richiamato, a questo punto, il contenuto della sentenza della Corte europea *Grande Stevens*, la quale aveva stigmatizzato la citata disciplina, in quanto contrastante con il principio del *ne bis in idem,* di cui all'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu, che vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo illecito nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi siano i medesimi fatti.

La Corte costituzionale prende atto che il principio del *ne bis in idem* è diversamente interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu «rispetto a come esso è applicato nell'ordinamento interno», e ciò in virtù di due aspetti. Il primo riguarda la valutazione della "identità del fatto", l'"*idem*". La Corte europea ritiene che «tale valutazione sia da effettuarsi in concreto e non in relazione agli elementi costitutivi dei due illeciti. In particolare, la giurisprudenza europea ravvisa l'identità del fatto quando, da un insieme di circostanze fattuali, due giudizi riguardino lo stesso accusato e in relazione a situazioni inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio» (la questione sarà meglio sviluppata nella successiva sentenza n. 200 del 2016, vds. *infra*). Il secondo aspetto «riguarda la nozione di sanzione penale, da definirsi non in base alla mera qualificazione giuridica da parte della normativa nazionale, ma in base ai cosiddetti "criteri Engel" (così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Paesi Bassi* e costantemente ripresi dalle successive sentenze in argomento). Si tratta di tre criteri individuati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da esaminare congiuntamente per stabilire se vi sia o meno una imputazione penale: il primo è dato dalla qualificazione giuridica operata dalla legislazione nazionale; il secondo è rappresentato dalla natura della misura (che, ad esempio non deve consistere in mere forme di compensazione pecuniaria per un danno subito, ma deve essere finalizzata alla punizione del fatto per conseguire effetti deterrenti); il terzo è costituito dalla gravità delle conseguenze in cui l'accusato rischia di incorrere. Alla luce di tali criteri, sanzioni qualificate come non aventi natura penale dal diritto nazionale, possono invece essere considerate tali ai fini della applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle relative garanzie».

La Corte sottolinea che in questo panorama giurisprudenziale si è inserita la sentenza della Corte Edu 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, la quale «censura specificamente l'ordinamento italiano per aver previsto un sistema di "doppio binario" sanzionatorio nel settore degli abusi di mercato. La decisione della Corte europea attribuisce natura sostanzialmente penale alle sanzioni amministrative stabilite per l'illecito di manipolazione del mercato *ex* art. 187-*ter* del TUF, in considerazione della gravità desumibile dall'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e dalle conseguenze delle sanzioni interdittive. La medesima pronuncia sottolinea poi la mancanza di un meccanismo che comporti l'interruzione del secondo procedimento nel momento in cui il primo sia concluso con pronuncia definitiva. Infine, essa evidenzia l'identità dei fatti, dato che i due procedimenti, dinanzi alla CONSOB e davanti al giudice penale, riguardano un'unica e stessa condotta, da parte delle stesse persone, nella stessa data. Da tali considerazioni, la Corte europea desume la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU».

In entrambi i casi, secondo la Corte rimettente, «il *vulnus* al principio del *ne bis in idem,* come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Grande Stevens, avrebbe una valenza sistemica e potenzialmente riguarderebbe non solo gli abusi di mercato, ma tutti gli ambiti in cui l'ordinamento italiano ha istituito un sistema di doppio binario sanzionatorio, in cui il rapporto tra illecito amministrativo e penale non venga risolto nel senso di un concorso apparente di norme».

La Cassazione ha sottoposto dunque alla Corte costituzionale due questioni di legittimità costituzionale, una in via principale e l'altra in via subordinata. Per quanto attiene alla prima, essa ha ad oggetto la peculiare clausola di apertura dell'art. 187-*bis* Tuf, che disciplina le sanzioni amministrative previste per l'abuso di informazioni privilegiate, facendo salve però le sanzioni penali eventualmente irrogabili per i medesimi fatti. Ciò che il giudice *a quo* chiedeva era di sostituire questo inciso con la clausola di sussidiarietà – usuale nelle sanzioni amministrative – «salvo che il fatto costituisca reato», in modo tale da raggiungere l'effetto, esattamente opposto a quello voluto dal legislatore, di escludere l'applicabilità delle sanzioni amministrative (e, quindi, del relativo procedimento) allorché il fatto costituisse *anche* un illecito penale, in particolare ai sensi della parallela disposizione di cui all'art. 184 Tuf.

La questione è stata dichiarata, però, inammissibile per difetto di rilevanza, avendo ad oggetto una disposizione (l'art. 187-*bis* Tuf) che era già stata applicata una volta per tutte nell'ambito del procedimento amministrativo e giurisdizionale di irrogazione della sanzione Consob, e che non spiegava più alcun ruolo nel processo penale pendente avanti il giudice *a quo*, nel quale si discuteva piuttosto della disposizione di cui all'art. 184 Tuf, che prevede il corrispondente illecito penale di abuso di informazioni privilegiate.

A tale argomento la Corte costituzionale aggiunge la considerazione che un ipotetico accoglimento della questione non sarebbe valso a impedire la lamentata violazione del diritto convenzionale, posto che – anche nell'ipotesi ove la precedente sanzione Consob fosse stata revocata *ex* art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 in conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale, come ipotizzato dal giudice *a quo* – il processo penale instaurato nei confronti dell'imputato (già sottoposto a precedente procedimento amministrativo) ai sensi del citato art. 184 si sarebbe comunque dovuto celebrare e concludere. Il che avrebbe semmai contribuito alla violazione dell'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu, che vieta non già l'irrogazione di una doppia sanzione, ma la celebrazione di un secondo processo per il medesimo fatto.

La Corte esclude che siano utili in senso contrario gli argomenti sviluppati dal rimettente per sostenere che, comunque, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*bis* d.lgs n. 58/1998 produrrebbe effetti favorevoli all'imputato, posto che, in forza dell'art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953, andrebbe revocata la sanzione amministrativa pecuniaria determinata in base alla norma dichiarata incostituzionale e divenuta perciò priva di base legale.

La Corte non prende posizione, in tal caso, affermando di non averne motivo, sulla plausibilità dell'argomentazione del rimettente sull'applicabilità dell'art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953 al caso in cui sia stato dichiarato incostituzionale non un reato ma un illecito amministrativo, che assume veste "penale" ai soli fini del rispetto delle garanzie della Cedu (tale questione, lasciata impregiudicata in questa sede, sarà poi affrontata dalla Corte con la pronuncia n. 43/2017, che ha ritenuto applicabile il citato art. 30, comma 4, alle sole ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di norme penali, e non anche di norme amministrative), ritenendo evidente che, in ogni caso, si tratta di «profili attinenti alle vicende della sanzione amministrativa, privi di rilevanza per il giudice rimettente, e quindi estranee al presente giudizio» e che soprattutto «non scongiurerebbero in alcun modo la violazione del *ne bis in idem*, pienamente integrata dal proseguimento, auspicato dal giudice *a quo*, del giudizio penale, quali che siano poi gli effetti di quest'ultimo sulla fase di esecuzione delle sanzioni penali e amministrative».

La Consulta, nell'aggiungere che la questione posta in via principale dalla Corte di cassazione, se da un lato non vale a prevenire il *vulnus* all'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu nel processo principale, dall'altro lato, sul piano sistematico, eccede lo scopo al quale dovrebbe essere invece ricondotta sulla base della norma interposta richiamata, definisce la natura del divieto di *bis in idem* in base alla consolidata giurisprudenza europea. Esso, infatti, «ha carattere processuale, e non sostanziale» e dunque «permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro». In tale ottica, la Corte rileva che «non può negarsi che un siffatto divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa, ma è chiaro che spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU». La Corte ricorda, al riguardo, che in tale prospettiva si muove il recente art. 11, comma 1, lett. *m* della legge delega 9 luglio 2015, n. 114, per l'attuazione alla direttiva 2014/57/UE, che «impone agli Stati membri di adottare sanzioni penali per i casi più gravi di abuso di mercato, commessi con dolo e permette loro di aggiungere una sanzione amministrativa nella linea dell'art. 30 del regolamento 16 aprile 2014, n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e

del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE».

Quanto alla questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di cassazione penale in via subordinata, essa investe l'art. 649 cpp, nella parte in cui non prevede «l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli», in relazione al medesimo parametro e alla medesima norma interposta della questione principale.

Anche questa seconda questione è giudicata inammissibile dalla Corte costituzionale, in considerazione del «carattere perplesso della motivazione sulla sua non manifesta infondatezza».

Particolarmente significativa appare, anche in questo caso, la motivazione che conduce all'inammissibilità.

Sottolinea la Corte come lo stesso giudice rimettente consideri che l'eventuale accoglimento della questione determinerebbe «un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente. Infatti, l'intervento additivo richiesto non determinerebbe un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti – penale e amministrativo – cosicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile, ponendo così rimedio ai singoli casi concreti, ma non in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *bis in idem*, come censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Grande Stevens».

Inoltre, sempre secondo il giudice *a quo*, l'incertezza e la casualità delle sanzioni applicabili potrebbero a loro volta dar luogo alla «violazione di altri principi costituzionali: anzitutto, perché si determinerebbe una violazione dei principi di determinatezza e di legalità della sanzione penale, prescritti dall'art. 25 Cost.; in secondo luogo perché potrebbe risultare vulnerato il principio di ragionevolezza e di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost.; infine, perché potrebbero essere pregiudicati i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea, come esplicitato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza 23 febbraio 2013, in causa C-617/10 *Aklagaren contro Akerberg Fransson*), in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost.».

Nel ragionamento del giudice rimettente, però, «tali "incongruenze" dovrebbero soccombere di fronte al prioritario rilievo da conferire alla tutela del diritto personale a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto. Il sacrificio dei principi costituzionali or ora ricordati è perciò legato strettamente, nell'*iter* logico del giudice *a quo*, all'infondatezza della questione principale, che la Corte di cassazione ha individuato quale via privilegiata per risolvere il dubbio di costituzionalità».

La Corte, pertanto, al fine di affermare il carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione subordinata, sottolinea come sia «lo stesso rimettente a postulare, a torto o a ragione, che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU dovrebbe avvenire prioritariamente attraverso una strada che egli non può percorrere per difetto di rilevanza, cosicché la questione subordinata diviene per definizione una incongrua soluzione di ripiego».

Inammissibile, in quanto formulata in maniera dubitativa e perplessa, è, infine, giudicata anche la questione di legittimità costituzionale prospettata dalla sezione tributaria della Cassazione, investita del ricorso contro l'ordinanza di una corte d'appello confermativa di sanzioni irrogate dalla Consob ai sensi dell'art. 187-*ter* Tuf per un fatto di manipolazione del mercato, per il quale i ricorrenti avevano già patteggiato una pena, divenuta nel frattempo definitiva, ai sensi della parallela disposizione incriminatrice di cui all'art. 185 Tuf. La questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 2 e 4 Prot. n. 7 alla Cedu, ha investito l'art. 187-*ter*, comma 1, d.lgs n. 58/1998, nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 185 del medesimo d.lgs n. 58/1998 e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-*ter* dello stesso decreto.

Secondo la Corte, il giudice *a quo* non ha sciolto i dubbi dal medesimo formulati quanto alla «compatibilità tra la giurisprudenza della Corte EDU e i principi del diritto dell'Unione europea – sia in ordine alla eventuale non applicazione della normativa interna, sia sul possibile contrasto tra l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* prescelta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e quella adottata nell'ordinamento dell'Unione europea, anche in considerazione dei principi delle direttive europee che impongono di verificare l'effettività, l'adeguatezza e la dissuasività delle sanzioni residue – dubbi che dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata. Tali perplessità e la formulazione dubitativa della motivazione si riflettono, poi, sull'oscurità e incertezza del

petitum, giacché il rimettente finisce per non chiarire adeguatamente la portata dell'intervento richiesto a questa Corte, ciò che costituisce ulteriore ragione di inammissibilità della questione sollevata».

La questione concernente la compatibilità tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, in particolare in relazione al delitto di cui all'art. 10-*ter* d.lgs n. 74/2000, è stata oggetto dell'ordinanza n. 112 del 2016, di restituzione degli atti al giudice rimettente.

In particolare, il giudice *a quo* ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cpp «in relazione all'art. 10-*ter* del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205), nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata applicata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi Protocolli», per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu.

In tal caso, l'intervento, successivamente all'ordinanza di rimessione, del d.lgs 24 settembre 2015, n. 158 («Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23»), che ha profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra gli illeciti penali e amministrativi in questione, modificando alcune delle disposizioni prese in considerazione dal rimettente per ravvisare la violazione e, segnatamente, quelle di cui agli artt. 10-*ter* e 13 d.lgs n. 74/2000, introducendo fra l'altro una causa di non punibilità per il caso del pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrative, ha imposto la restituzione degli atti al giudice rimettente perché rivaluti la rilevanza della questione alla luce del *novum* normativo.

Per le medesime ragioni è stata disposta, con l'ordinanza n. 229 del 2016, la restituzione degli atti al giudice *a quo* nel caso di analoga questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 10-*bis* d.lgs n. 74/2000, per contrasto, tra l'altro, con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu. Va sottolineato che la Corte ha provveduto in tal senso, «a prescindere da ogni rilievo riguardo alla carenza, nel caso di specie – eccepita dall'Avvocatura generale dello Stato – del presupposto di applicabilità dell'evocato principio del *ne bis in idem*, rappresentato dall'identità del soggetto sottoposto a duplice procedimento sanzionatorio per il medesimo fatto (essendo l'imputato nel giudizio *a quo* chiamato a rispondere del reato di omesso versamento delle ritenute nella veste di legale rappresentante di una società per azioni, alla quale soltanto sono state dunque applicate le sanzioni amministrative, in base a quanto disposto dall'art. 7 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, recante "Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici", convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326)».

6.2.2. I riflessi della sentenza A e B c. Norvegia *sulla giurisprudenza costituzionale*

La sentenza n. 43 del 2018 rappresenta un ulteriore snodo cruciale nell'ambito della valutazione del doppio binario sanzionatorio. Si tratta di un caso, non frequente, in cui la Corte ha adottato la forma della sentenza (e non dell'ordinanza) per disporre la restituzione degli atti al giudice rimettente. Ciò testimonia anche il rilevante impegno argomentativo presente nella pronuncia. Tale restituzione degli atti è stata determinata, poi, dalla sopravvenienza non di un *novum* legislativo o giurisprudenziale interno, bensì di una sentenza della Corte Edu (come già avvenuto con l'ordinanza n. 150 del 2012), Grande Camera, nel caso *A e B c. Norvegia*.

Il Tribunale di Monza ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli».

Il rimettente giudicava una persona per il delitto punito dall'art. 5, comma 1, d.lgs 10 marzo 2000, n. 74 («Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205»), consistito nell'omissione delle dichiarazioni relative all'imposta sui redditi e all'imposta sul valore aggiunto, al fine di evaderle per una somma superiore alla soglia di punibilità.

Il medesimo fatto storico integrava anche gli estremi degli illeciti amministrativi previsti dall'art. 1, comma 1, d.lgs 18 dicembre 1997, n. 471 («Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q, della legge 23 dicembre 1996, n. 662»), quanto all'Irpef, e dall'art. 5, comma 1, del medesimo decreto, quanto all'Iva. In relazione a tali ultimi illeciti,

l'imputato era già stato destinatario di una sanzione tributaria di importo pari al 120 per cento delle imposte evase, all'esito di un procedimento amministrativo oramai definitivamente concluso con atti non più soggetti a impugnazione.

La Corte delinea l'atteggiarsi del doppio regime sanzionatorio in ambito tributario e la sua interferenza con il *ne bis in idem* convenzionale, avuto riguardo al momento di emissione dell'ordinanza di rimessione.

L'art. 19 d.lgs n. 74/2000, enunciando il principio di specialità nel rapporto tra reato e illecito amministrativo tributario, assicura che la persona non possa subire l'applicazione sia della sanzione tributaria sia della sanzione penale. All'esito dei procedimenti gli verrà applicata la sola sanzione prevista dalla disposizione speciale, che secondo il rimettente è quella penale, il che esclude il verificarsi del *bis in idem* sostanziale, ovvero il cumulo tra sanzione amministrativa e sanzione penale in rapporto al medesimo fatto, perché impedito dall'operare del principio di specialità.

Al contempo, la normativa vigente postula che per lo stesso fatto debbano svolgersi due procedimenti distinti, l'uno penale e l'altro tributario, e non esclude che uno di essi possa essere avviato o proseguito anche dopo che l'altro si è definitivamente concluso. Difatti, anche quando opera la specialità, l'amministrazione è comunque tenuta a irrogare le sanzioni amministrative, che si prestano così a divenire definitive. Esse restano però ineseguibili, fino a quando il procedimento penale non è stato definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21, comma 2, d.lgs n. 74/2000).

In altri termini la sanzione tributaria viene disposta e acquisisce natura definitiva, ma, in virtù del principio di specialità, può essere messa in esecuzione solo se per il medesimo fatto non è stata inflitta una pena. A questo fine è necessario avviare il procedimento penale, quand'anche, come è accaduto nel giudizio *a quo*, esso sia posteriore alla definizione del procedimento e del contenzioso tributario.

La normativa vigente presuppone perciò una fisiologica duplicazione dell'attività sanzionatoria, che dà vita a un fenomeno di *bis in idem* processuale: è consentito procedere nuovamente per il medesimo fatto già oggetto di un procedimento di altra natura anche se quest'ultimo è già stato definito.

Pertanto, una volta riconosciuta la natura penale, in base all'art. 7 Cedu, della sanzione amministrativa tributaria, la fattispecie a livello convenzionale è presidiata dalla garanzia del divieto di *bis in idem*; il fatto che la legislazione vigente esiga lo svolgimento di un procedimento penale per il medesimo fatto, nonostante la definitività dell'accertamento tributario, lederebbe, a parere del rimettente, l'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu e, con esso, l'art. 117, primo comma, Cost.

Considerato che, allo stato, il divieto di *bis in idem* recato dall'art. 649 cpp si applica alla sola materia penale in senso proprio, e non si estende perciò alla relazione tra procedimento tributario e procedimento penale, per la quale vige invece la regola opposta, il Tribunale di Monza ha chiesto di conformare l'ordinamento italiano alla Cedu e, dunque, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale nei termini sopraindicati.

A questo punto, la Corte prende atto dell'evoluzione della giurisprudenza europea in tema di *bis in idem*, rispetto al momento in cui era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, questione che era stata dunque correttamente formulata all'epoca.

La premessa è che le disposizioni della Cedu e dei suoi protocolli addizionali «vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (...), che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata».

La consolidata giurisprudenza di Strasburgo, anteriore all'innovativa sentenza della Grande Camera del 15 novembre 2016, *A e B contro Norvegia*, assegnava al *ne bis in idem* convenzionale «carattere tendenzialmente inderogabile». Il principio aveva un'efficacia «che non era mediata da apprezzamenti discrezionali del giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori, ma si riconnetteva esclusivamente alla constatazione che un fatto, colto nella sua componente naturalistica (cosiddetto *idem factum*), era già stato giudicato in via definitiva, con ciò impedendo l'avvio di un nuovo procedimento».

Tale indirizzo non era mitigato dalla ritenuta possibilità, in casi sporadici, di concludere un secondo procedimento, nonostante la già intervenuta definizione del primo, «a condizione che sussistesse tra i due un legame materiale e temporale sufficientemente stretto» (Corte Edu, sentenza 13 dicembre 2005, *Nilsson contro Svezia*; analogamente, sentenza 17 febbraio 2015, *Boman contro Finlandia*, concernente ipotesi in cui la seconda sanzione costituiva una conseguenza, in sostanza automatica e necessitata, della condanna con cui era stata inflitta la prima pena, era il caso del ritiro in via amministrativa della patente di guida, a seguito della condanna penale per un reato legato alla circolazione stradale). Altra parte della giurisprudenza europea non aveva neppure menzionato «il criterio del legame temporale e materiale tra i due procedimenti (ad esempio, Grande Camera, sentenza 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine contro Russia*; sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens contro Italia*)»

o ne escludeva l'operatività nei rapporti tra procedimento tributario e procedimento penale, «quando, come accade nell'ordinamento italiano, entrambe le autorità chiamate in gioco sono tenute ad un autonomo apprezzamento dei fatti (Corte EDU, sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev contro Svezia*; sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen contro Finlandia*; sentenza 20 maggio 2014, *Glantz contro Finlandia*)».

L'altro aspetto sottolineato dalla Corte è che il divieto convenzionale di *bis in idem* aveva, alla luce della giurisprudenza vigente al tempo dell'ordinanza di rimessione, «natura esclusivamente processuale». L'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu, pur permettendo «agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni», richiedeva che ciò avvenisse «in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro». La tutela convenzionale basata su quella disposizione «non richiedeva perciò alcun controllo di proporzionalità sulla misura della sanzione complessivamente irrogata, né, allo scopo di prevenire un trattamento sanzionatorio eccessivamente afflittivo, subordinava la quantificazione della pena inflitta per seconda a meccanismi compensativi rispetto alla sanzione divenuta definitiva per prima».

La Corte si sofferma anche sui "pregressi" rapporti tra il *ne bis in idem* convenzionale e quello di derivazione eurounitaria, rilevando che «gli approdi della giurisprudenza di Strasburgo non coincidevano pienamente con quanto statuito dalla grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, *Fransson*. Nell'ambito del diritto dell'Unione, secondo quanto affermato da tale decisione, a fronte di un obbligo a carico dello Stato membro di repressione di certe condotte, l'efficacia del divieto di *bis in idem* basato sull'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, è subordinata ad una verifica sul carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicate», sicché, ove la risposta sanzionatoria fosse sotto tale verso inadeguata, «il giudice potrebbe procedere, in *malam partem*, nel secondo giudizio anche dopo l'esaurimento del primo», così aprendosi la strada a una valutazione sul peso combinato delle sanzioni applicabili in due separate sedi; valutazione che incrina la portata meramente processuale della regola.

Il divieto convenzionale di *bis in idem*, viceversa, «escludeva, al pari di quello ricavabile nella materia penale dalla Costituzione (sentenza n. 200 del 2016), ogni valutazione di tale natura, operando su una sfera esclusivamente processuale».

Sulla base di tale premessa, il dubbio di legittimità costituzionale era stato correttamente formulato, assumendo a presupposto, in forza della giurisprudenza europea allora in essere, che il *ne bis in idem* convenzionale opera, nel rapporto tra accertamento tributario e accertamento penale, ogni qual volta sia stato definito uno dei relativi procedimenti.

La Corte (prendendo posizione in modo netto nel senso del carattere innovativo della pronuncia) rileva, però, che con la sentenza 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, la Grande Camera della Corte di Strasburgo «ha impresso un nuovo sviluppo alla materia di cui si discute». La «rigidità del divieto convenzionale di *bis in idem*, nella parte in cui trova applicazione anche per sanzioni che gli ordinamenti nazionali qualificano come amministrative, aveva ingenerato gravi difficoltà presso gli Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 7 alla CEDU, perché la discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, pur non negata dalla Corte di Strasburgo, finiva per essere frustrata di fatto dal divieto di *bis in idem*».

Per alleviare tale inconveniente, la Corte Edu ha enunciato «il principio di diritto secondo cui il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto ("*sufficiently closely connected in substance and in time*"), attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza».

In particolare si rileva che, secondo la Corte di Strasburgo (par. 132 della sentenza *A e B c. Norvegia*), «legame temporale e materiale sono requisiti congiunti»; il «legame temporale non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività, a condizione che essa sia tanto più stringente, quanto più si protrae la durata dell'accertamento»; il «legame materiale dipende dal perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi, e soprattutto dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di evitare l'imposizione di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito». Al contempo, «si dovrà valutare anche se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto».

La conclusione che trae la Corte è dunque nel senso che, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, «entrambi i presupposti intorno ai quali è stata costruita l'odierna questione di legittimità costituzionale sono venuti meno».

Il *ne bis in idem* convenzionale «cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio

della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una "*close connection*" è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro».

Inoltre, «neppure si può continuare a sostenere che tale principio ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di *bis in idem* pienamente operante».

Il carattere innovativo che la regola della sentenza *A e B c. Norvegia* ha impresso in ambito convenzionale al divieto di *bis in idem* può essere sintetizzato nel passaggio «dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata».

La svolta giurisprudenziale è stata reputata dalla Corte potenzialmente produttiva di effetti con riguardo al rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale.

In precedenza, la loro reciproca autonomia «escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di *bis in idem*; oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di *bis in idem*, come testimonia la stessa sentenza A e B contro Norvegia, che proprio a tali procedimenti si riferisce».

Naturalmente la decisione non può che «passare da un giudizio casistico, affidato all'autorità che procede. Infatti, sebbene possa affermarsi in termini astratti che la configurazione normativa dei procedimenti è in grado per alcuni aspetti di integrare una "*close connection*", vi sono altri aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedimentali si sono atteggiate nel caso concreto».

Ne consegue, secondo la Corte, che «il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Se, infatti, il giudice *a quo* ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 cod. proc. pen., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto».

La Corte, in conclusione, sottolinea che la nuova regola della sentenza *A e B contro Norvegia* rende «meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto», ma «non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedimentali».

La Corte conclude, pertanto, la pronuncia con un invito al legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cosiddetto doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU» (sentenza n. 102 del 2016).

6.2.3. Ne bis in idem *nell'ambito della Cedu e nell'ambito dell'Unione europea*

Quasi coeva alla pronuncia sopraindicata è l'ordinanza n. 54 del 2018, con cui la Corte affronta una questione di per sé avente un certo interesse in quanto riguardante una normativa che impone una sanzione amministrativa indipendentemente dalla sanzione penale, in una materia che costituisce attuazione dell'ordinamento eurounitario, evocando quale parametro l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu e non l'art. 50 della Carta di Nizza. Anche se non entra nel merito delle questioni, la pronuncia ribadisce l'esistenza di una differenza tra la tutela del divieto di *bis in idem* nell'ambito della Cedu e nell'ambito dell'Unione europea, ma ciò quando non era ancora intervenuto sul tema il trittico delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2018.

La Corte ha dichiarato manifestamente inammissibili, per la carente e incerta motivazione dell'ordinanza di rimessione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 649 cpp e dell'art. 3, comma 1, legge 23 dicembre 1986, n. 898 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 ottobre 1986, n. 701, recante misure urgenti in materia di controlli degli aiuti comunitari alla produzione dell'olio di

oliva. Sanzioni amministrative e penali in materia di aiuti comunitari nel settore agricolo»), per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione in riferimento all'art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 alla Cedu.

Secondo il rimettente, l'art. 3, comma 1, l. n. 898/1986 – il quale impone il pagamento di sanzioni amministrative pecuniarie «[i]ndipendentemente dalla sanzione penale», violerebbe l'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu, nell'applicazione datane dalla Corte Edu con la sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, secondo cui sarebbe vietato sottoporre la stessa persona a un secondo giudizio in relazione al medesimo fatto, inteso come dato fenomenico, indipendentemente dalla qualificazione dello stesso come reato o come illecito amministrativo, se di natura sostanzialmente penale. Analoga violazione sarebbe ravvisabile, sempre secondo il rimettente, con riferimento all'art. 649 cpp, che vieta di sottoporre lo stesso imputato, condannato o prosciolto con sentenza irrevocabile, a un secondo procedimento penale per il medesimo fatto, solo in caso di giudizi formalmente qualificati come penali.

La Corte sottolinea che il giudice *a quo* «oblitera del tutto la differenza tra la tutela del divieto di *bis in idem* nell'ambito della CEDU e nell'ambito dell'Unione europea, tanto da considerare l'art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU come "norma comunitaria" e ritenere che la citata disposizione convenzionale vieterebbe "la legiferazione di norme interne in contrasto con l'ordinamento comunitario"», confusione tanto più rilevante in quanto la disciplina di cui alla legge n. 898/1986 è attuativa di una specifica normativa comunitaria.

Ulteriore appunto mosso all'ordinanza di rimessione consiste nel fatto che essa «trascura di esaminare i principi di diritto dell'Unione europea applicabili al caso di specie, i quali, peraltro, non sono del tutto coincidenti con quelli sviluppati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento al richiamato art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU». Quindi, il rimettente omette passaggi motivazionali indispensabili per un'adeguata prospettazione delle questioni di legittimità costituzionale.

La Corte sottolinea, inoltre, che, anche in riferimento alla tutela convenzionale citata dal rimettente, questi «omette qualsiasi motivazione sui presupposti» individuati dalla giurisprudenza della Corte Edu «per riconoscere natura sostanzialmente penale alla sanzione amministrativa prevista dal censurato art. 3 della legge n. 898 del 1986, ai fini dell'applicabilità del divieto convenzionale di *bis in idem*, come tutelato dall'art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU».

Ulteriore rilievo attiene al fatto che il rimettente «non prende in alcuna considerazione la circostanza che il procedimento penale riguarda la persona fisica, mentre il procedimento civile di opposizione alla sanzione amministrativa riguarda la società di cui la persona fisica è legale rappresentante» (*cfr*. sul punto ord. n. 229 del 2016, *supra*).

Ulteriore tassello in materia di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio, in particolare con riguardo alle sanzioni in materia tributaria, è rappresentato dalla sentenza n. 222 del 2019, la quale interviene dopo l'emissione della trilogia di sentenze della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenze *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma*), riguardanti la compatibilità del doppio sistema sanzionatorio con l'art. 50 della Carta di Nizza. Pur trattandosi di una sentenza di inammissibilità, che non scende nel merito della questione, la pronuncia offre notevoli spunti di interesse in quanto, da un lato, ribadisce quanto già affermato circa il *ne bis in idem* convenzionale nella sentenza n. 43 del 2018 e, dall'altro, richiama il contenuto della tre pronunce della Corte di giustizia sopraindicate, ritenendo che esse si pongano in rapporto di sostanziale conformità con la giurisprudenza convenzionale in tema di *ne bis in idem*. In sostanza, si evidenzia un allineamento tra le nozioni di *bis in idem* a livello convenzionale ed eurounitario.

Il Tribunale ordinario di Bergamo ha sollevato – in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione Edu – questioni di legittimità costituzionale dell' art. 649 cpp, «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli».

Il giudice *a quo* doveva giudicare della responsabilità penale di una persona fisica cui veniva contestato il delitto di cui all'art. 10-*ter* del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 («Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'art. 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205»), in relazione all'omissione del versamento dell'imposta sul valore aggiunto (Iva) per un importo superiore all'attuale soglia di punibilità di 250.000 euro. Il medesimo imputato era, peraltro, già stato destinatario, per la medesima omissione, di una sanzione amministrativa di importo pari al 30 per cento della somma evasa ai sensi dell'art. 13, comma 1, d.lgs 18 dicembre 1997, n. 471, recante «Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q), della

legge 23 dicembre 1996, n. 662»: sanzione divenuta ormai definitiva.

La peculiarità della vicenda sta nel fatto che il cuore delle censure del rimettente è l'asserita contrarietà dell'art. 649 cpp, nella sua attuale e lacunosa formulazione, con il divieto di *bis in idem*, nell'estensione riconosciutagli dalla Corte di giustizia dell'Unione europea dalla sentenza 20 marzo 2018, in causa C-524/15, *Menci*, pronunciata in risposta a una domanda pregiudiziale formulata dallo stesso giudice *a quo*, ma il rimettente indica specificamente quale parametro interposto il solo art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu, mentre la sentenza *Menci* – sulla quale è imperniata la motivazione dell'ordinanza di rimessione – interpreta in realtà la corrispondente disposizione del diritto dell'Unione, rappresentata dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

La Corte rileva che dalla «logica complessiva dell'ordinanza di rimessione si evince, peraltro, che il giudice *a quo* intende sottoporre alla Corte la questione della compatibilità della disciplina censurata tanto con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, quanto con l'art. 50 CDFUE, evocato del resto dalla motivazione; e ciò muovendo dal presupposto di una sostanziale coincidenza tra gli approdi cui è pervenuta da un lato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, e dall'altro la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nella citata sentenza Menci».

Secondo il rimettente, la duplicazione del procedimento sanzionatorio e delle relative sanzioni per lo stesso fatto – il mancato versamento del medesimo debito Iva – determinerebbe la violazione del *ne bis in idem*, così come declinato dalla citata sentenza *Menci*, non potendo essere ritenute soddisfatte nella specie le condizioni da quella sentenza fissate perché possa legittimarsi un doppio binario sanzionatorio per un medesimo fatto; condizioni indicate dal rimettente nella complementarietà di scopi tra procedimenti e relative sanzioni, nella diversità di taluni aspetti della condotta, nonché nella sussistenza di una normativa di coordinamento atta a limitare l'onere supplementare derivante dal cumulo di procedimenti e di norme idonee a garantire la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del reato.

Di qui le questioni di legittimità costituzionale sopraindicate.

Secondo la Corte, la censura fondamentale prospettata dal rimettente, che assume il contrasto dell'art. 649 cpp con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu (e implicitamente all'art. 50 Cdfue), è «inammissibile, dal momento che l'ordinanza di rimessione non chiarisce adeguatamente le ragioni per le quali non sarebbero soddisfatte nel caso di specie le condizioni di ammissibilità di un "doppio binario" procedimentale e sanzionatorio per l'omesso versamento di IVA, così come enunciate dalla giurisprudenza europea evocata», limitandosi a sottolineare la natura "punitiva" della sanzione amministrativa irrogata all'imputato ai sensi dell'art. 13, comma 1, d.lgs n. 471/1997, nonché l'identità storico-naturalistica del fatto (l'omesso versamento del debito Iva) astrattamente oggetto delle due sanzioni.

La Corte rileva che «la recente giurisprudenza tanto della Corte EDU, quanto della Corte di giustizia dell'Unione europea, da cui il rimettente prende le mosse, non affermano affatto che la mera sottoposizione di un imputato a un processo penale per il medesimo fatto per il quale egli sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa integri, sempre e necessariamente, una violazione del *ne bis in idem*».

Al riguardo viene evocata la sentenza n. 43 del 2018, la quale, nel richiamare la *sentenza A e B c. Norvegia* della Corte Edu, aveva ritenuto che «debba essere esclusa la violazione del diritto sancito dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU allorché tra i due procedimenti – amministrativo e penale – che sanzionano il medesimo fatto sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto; legame che deve essere ravvisato, in particolare: quando le due sanzioni perseguano scopi diversi e complementari, connessi ad aspetti diversi della medesima condotta; quando la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile per l'interessato; quando esista una coordinazione, specie sul piano probatorio, tra i due procedimenti; e quando il risultato sanzionatorio complessivo, risultante dal cumulo della sanzione amministrativa e della pena, non risulti eccessivamente afflittivo per l'interessato, in rapporto alla gravità dell'illecito. Al contempo – come sottolineato ancora dalla sentenza n. 43 del 2018 – "si dovrà valutare", ai fini della verifica della possibile lesione dell'art 4 Prot. n. 7 CEDU, "se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto"».

La Corte ravvisa, quindi, un parallelismo con le recenti pronunce della Cgue (Grande Sezione), che «è giunta ad approdi in larga misura analoghi, nelle tre sentenze coeve del 20 marzo 2018 (rispettivamente in causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri*, in cause C-596/16 e C-597/16, *Di Puma* e *CONSOB*, e in causa C-524/15, *Menci*)». A parere del Supremo giudice dell'Unione, infatti, «la violazione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE non si verifica a) allorché le due sanzioni perseguano scopi differenti e

complementari, sempre che b) il sistema normativo garantisca una coordinazione tra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l'interessato, e c) assicuri comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione. La sostanziale coincidenza di tali criteri rispetto a quelli enunciati dalla Corte di Strasburgo è, del resto, espressamente sottolineata dalla Corte di giustizia, che richiama il principio generale, posto dall'art. 52, paragrafo 1, CDFUE, dell'equivalenza delle tutele assicurate dalla Carta rispetto a quelle approntate dalla CEDU e dei suoi protocolli (sentenza *Menci*, paragrafi 61-62)».

La Corte rileva che la sentenza *Menci* ha concluso nel senso che «la disciplina italiana in materia di omesso versamento di IVA, riservando la perseguibilità in sede penale alle sole violazioni superiori a determinate soglie di imposta evasa e attribuendo tra l'altro rilevanza, in sede penale, al volontario pagamento del debito tributario e delle sanzioni amministrative, appare conformata in modo tale da "garantire" – sia pure "con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio" – che "il cumulo di procedimenti e di sanzioni che essa autorizza non eccede quanto è strettamente necessario ai fini della realizzazione dell'obiettivo" di assicurare l'integrale riscossione dell'IVA (paragrafo 57). In tal modo, la Corte di giustizia da un lato suggerisce al giudice del procedimento principale che il complessivo regime sanzionatorio e procedimentale previsto dal legislatore italiano in materia di omesso versamento di IVA non si pone in contrasto, in linea generale, con il *ne bis in idem* riconosciuto dalla Carta, pur facendo salva la diversa conclusione cui il giudice del rinvio dovesse pervenire in applicazione dei criteri enunciati in via generale dalla Corte; e, dall'altro, affida allo stesso giudice nazionale il compito di verificare che, nel caso concreto, "l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso" (sentenza *Menci*, paragrafo 64)».

La Corte rileva che la questione sottopostale «sottende, invece, un giudizio di radicale contrarietà al *ne bis in idem* – così come riconosciuto tanto dall'art. 4 Prot. n. 7, quanto dall'art. 50 CDFUE – dell'attuale sistema di "doppio binario" sanzionatorio e procedimentale, così come previsto in astratto dalla legislazione italiana in materia di omesso versamento di IVA»; contrarietà che si produrrebbe sempre e necessariamente, ma tale conclusione «avrebbe però meritato più puntuale dimostrazione da parte del giudice *a quo*, alla luce dei criteri enunciati dalle due Corti europee nelle sentenze appena rammentate».

Nel chiarire le ragioni dell'inammissibilità, la Corte fornisce una serie di indicazioni sui criteri da valutare nelle fattispecie ai fini del rispetto del *ne bis in idem* convenzionale ed eurounitario.

In merito «anzitutto alle finalità delle due sanzioni – il primo dei criteri enunciati da entrambe le Corti europee –, l'ordinanza di rimessione si limita ad affermarne apoditticamente l'identità di scopo, senza però chiarire – in particolare – le ragioni per cui dovrebbe escludersi che la minaccia di una sanzione detentiva per l'evasione di importi IVA annui superiori – oggi – a 250.000 euro, in aggiunta a una sanzione amministrativa pecuniaria calcolata in misura percentuale rispetto all'importo evaso, possa perseguire i legittimi scopi di rafforzare l'effetto deterrente spiegato dalla mera previsione di quest'ultima, di esprimere la ferma riprovazione dell'ordinamento a fronte di condotte gravemente pregiudizievoli per gli interessi finanziari nazionali ed europei, nonché di assicurare *ex post* l'effettiva riscossione degli importi evasi da parte dell'amministrazione grazie ai meccanismi premiali connessi all'integrale saldo del debito tributario».

Rileva poi la Corte che nell'ordinanza di rimessione nessuna parola è spesa sul «requisito – enunciato dalla Corte EDU nella sentenza A e B contro Norvegia – della necessaria prevedibilità per l'interessato della duplicazione dei procedimenti e delle sanzioni. Prevedibilità che è, peraltro, in *re ipsa*, dal momento che la legislazione italiana stabilisce chiaramente la sanzionabilità in via amministrativa della violazione ai sensi dell'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 471 del 1997 da un lato, e in via penale ai sensi dell'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000, limitatamente – nella formulazione attuale – agli omessi versamenti di importo superiore ai 250.000 euro, dall'altro».

La Corte, inoltre, stigmatizza che il giudice *a quo*, pur avendo affermato «l'eccessiva onerosità, per l'imputato, del cumulo tra procedimento amministrativo e procedimento penale – ciò che determinerebbe in effetti la violazione del *ne bis in idem* secondo la giurisprudenza di entrambe le Corti europee –», non ha fornito «alcuna plausibile motivazione dell'assunto».

Invero, «l'ordinanza di rimessione si limita a richiamare gli artt. 19, 20 e 21 del d.lgs. n. 74 del 2000 – relativi alla specialità tra sanzioni amministrative e penali, all'assenza di pregiudizialità tra procedimento amministrativo e procedimento penale, e alla sospensione dell'esecuzione delle sanzioni amministrative in pendenza di procedimento penale – per poi asserire che la disciplina in questione, non essendo idonea a inibire l'avvio o la prosecuzione del procedimento penale dopo la definitività della sanzione amministrativa, risulterebbe in contrasto con il *ne bis in idem*», ma così facendo il giudice *a quo* ha trascurato «però di considerare che, secondo la giurisprudenza

delle due Corti europee, l'eccessiva onerosità per l'interessato dei procedimenti amministrativo e penale deve essere esclusa allorché essi risultino avvinti da una stretta connessione sostanziale e temporale».

In particolare, «il rimettente omette di dare conto delle numerose disposizioni normative, ulteriori rispetto agli artt. 19, 20 e 21 del d.lgs. n. 74 del 2000, che regolano i rapporti tra procedimento amministrativo e procedimento penale in materia tributaria. Al di là di un fugace accenno all'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 74 del 2000, relativo alla causa di non punibilità costituita dalla volontaria estinzione del debito tributario e della sanzione amministrativa – nella specie non applicabile per mancato integrale pagamento di dette somme da parte dell'imputato –, il rimettente trascura di descrivere gli ulteriori istituti premiali introdotti dal decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 158 (Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23), quali la concessione di termine per adempiere al pagamento del residuo debito tributario rateizzato (art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 74 del 2000) o gli effetti dell'adempimento del debito erariale sulla confisca (art. 12-*bis* del medesimo testo normativo), e di saggiarne la portata, in termini di introduzione di elementi di raccordo tra adempimento del debito tributario da un lato, e svolgimento ed esito del processo penale, dall'altro lato».

La Corte considera, poi, che il giudice *a quo* non si è confrontato «con le disposizioni, estranee al *corpus* normativo del d.lgs. n. 74 del 2000, che prevedono obblighi di comunicazione degli illeciti tributari da parte della Guardia di Finanza all'autorità giudiziaria (art. 331 cod. proc. pen.) e, specularmente, da parte dell'autorità giudiziaria alla Guardia di Finanza (art. 36 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 [...]) e all'Agenzia delle entrate (art. 14, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 [...]), miranti ad assicurare una sostanziale contestualità dell'avvio dell'accertamento tributario e di quello penale», né con quelle «che consentono forme di circolazione del materiale probatorio raccolto dall'indagine penale all'accertamento tributario e viceversa (art. 63, comma 1, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 [...] e art. 33, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973 e, specularmente, art. 220 delle Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale)».

Nemmeno risulta richiamata la giurisprudenza della Corte di cassazione civile e penale relativa all'utilizzabilità del materiale istruttorio raccolto in ciascun procedimento, quale elemento di prova e fonte di convincimento da parte del giudice che istruisce l'altro procedimento.

Ulteriore carenza dell'ordinanza di rimessione attiene all'omessa spiegazione del motivo per il quale «l'irrogazione di una pena detentiva – destinata con ogni verosimiglianza, peraltro, a essere condizionalmente sospesa – risulterebbe sproporzionata rispetto alla gravità del reato (consistente, nella specie, nell'omissione del versamento di 282.495,76 euro dovuti a titolo di IVA), se combinata con la sanzione amministrativa già applicata (pari in concreto al 30 per cento dell'imposta evasa), con conseguente violazione del *ne bis in idem* nei confronti dell'imputato».

Si nota, infine, che nessun argomento è stato speso, infine, dal giudice *a quo* «sulla questione della riconducibilità o meno delle sanzioni penali previste in materia di evasione di IVA al "nocciolo duro" del diritto penale, rispetto al quale – secondo la sentenza A e B contro Norvegia della Corte europea dei diritti dell'uomo – più rigoroso dovrebbe essere il vaglio di compatibilità del "doppio binario" sanzionatorio con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem*».

Secondo la Corte, pertanto, le segnalate lacune determinano un'insufficiente motivazione tanto della non manifesta infondatezza della questione prospettata, quanto della sua rilevanza, che si riverbera anche sulle censure *ex* art. 3 Cost., declinate come ancillari rispetto alla prima, determinandone parimenti l'inammissibilità.

6.2.4. Ne bis in idem *alla luce della giurisprudenza convenzionale:* idem factum *e concorso formale di reati*

La sentenza n. 200 del 2016 ha affrontato la tematica dei criteri per identificare la medesimezza del fatto, ai fini del divieto di *bis in idem* in materia penale. Nell'occasione la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu, l'art. 649 cpp nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

Il giudice *a quo* aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cpp, nella parte in cui tale disposizione limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Cedu.

Il rimettente si trovava a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio proposta nei confronti di una persona imputata dell'omicidio doloso di 258 persone, già prosciolta, in un precedente giudizio, in relazione alla medesima condotta, per prescrizione dei reati previsti dagli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, cp.

Il giudice *a quo* ha premesso di non poter applicare l'art. 649 cpp, che enuncia il divieto di *bis in idem* in materia penale, a causa del significato che tale disposizione avrebbe assunto nel diritto vivente: vi sarebbero infatti due ostacoli insuperabili per l'interprete che intenda adeguarsi a tale consolidata giurisprudenza.

In primo luogo, pur a fronte di una formulazione letterale della norma chiaramente intesa a porre a raffronto il fatto storico, il diritto vivente esigerebbe invece l'identità del fatto giuridico, valutando non la sola condotta dell'agente, ma la triade "condotta-evento-nesso di causa", indagando sulla natura dei reati e sui beni che essi tutelano.

In secondo luogo, il rimettente ha richiamato la pacifica giurisprudenza di legittimità secondo cui l'omicidio concorre formalmente con i reati indicati dagli artt. 434 e 437 cp, quando, come è accaduto nel caso di specie, il primo e i secondi sono commessi con un'unica azione od omissione, escludendo l'applicabilità dell'art. 649 cpp.

Il giudice *a quo* ha, dunque, censurato il diritto nazionale così come sopra identificato, denunciandone il contrasto con la Cedu (art. 4 Prot. n. 7), come interpretato dalla sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine contro Russia*, che ha invece un significato più favorevole per l'imputato, ravvisando identità del fatto quando medesima è l'azione o l'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata, non ostando al divieto di *bis in idem* né la diversità dell'evento conseguente alla condotta né la configurabilità di un concorso formale di reati.

La Corte costituzionale muove dalla considerazione secondo cui appare ormai pacifico, alla stregua della la sentenza *Zolotoukhine*, che la Convenzione recepisca, nell'interpretare il principio del *ne bis in idem*, «il più favorevole criterio dell'*idem factum*, a dispetto della lettera dell'art. 4 del Protocollo n. 7, anziché la più restrittiva nozione di *idem* legale».

Secondo la Corte, il "fatto", di per sé, va definito secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, e non quella di un eventuale approccio epistemologico. Diventa essenziale, pertanto, «rivolgersi alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, per comprendere se esso si restringa alla condotta dell'agente, ovvero abbracci l'oggetto fisico, o anche l'evento naturalistico».

Dopo un'approfondita ricognizione della giurisprudenza convenzionale, la Corte conclude che «non è possibile isolare con sufficiente certezza alcun principio, alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'*idem factum* (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo). In particolare, non solo non vi è modo di ritenere che il fatto, quanto all'art. 4 del Protocollo n. 7, sia da circoscrivere alla sola condotta dell'agente, ma vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale».

Una volta chiarita la portata del vincolo derivante dalla Cedu, la Corte esamina il contenuto del diritto vivente formatosi sull'art. 649 cpp e si discosta dalla lettura datane dal giudice rimettente, tutta incentrata sul criterio dell'*idem* legale.

La Corte ricorda di aver già preso atto che «"l'identità del 'fatto' sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona" (sentenza n. 129 del 2008) e statuisce che è in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l'art. 649 cod. proc. pen. vive nell'ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell'odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un'affermazione netta e univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico».

La Corte conclude, pertanto, che non vi è contrasto tra l'art. 649 cpp e la normativa interposta convenzionale, perché entrambe recepiscono il criterio dell'*idem factum* e, all'interno di esso, la Convenzione non obbliga a scartare l'evento in senso naturalistico dagli elementi identitari del fatto, e dunque a superare il diritto vivente nazionale.

La Corte passa, poi, a esaminare l'ulteriore profilo di contrasto segnalato dall'ordinanza di rimessione, tra l'art. 649 cpp e l'art. 4 Prot. n. 7 alla Cedu, riguardante la regola, enucleata dal diritto vivente nazionale, che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto.

In tal caso la Corte ritiene fondata la questione.

Dopo aver illustrato la natura del "concorso formale di reati", quale istituto del diritto penale sostanziale espressione di mutevoli scelte di politica incriminatrice proprie del legislatore, la Corte precisa che tali opzioni in sé «non violano la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, che si sviluppa invece con assolutezza in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo».

La Corte prende atto che il «diritto vivente, come è stato correttamente rilevato dal rimettente, ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di

bis in idem, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen. La garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 cod. pen., con il reato per il quale si procede».

La Corte chiarisce che per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 cp, «l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*».

Nel sistema della Cedu e in base alla Costituzione repubblicana, «l'esercizio di una nuova azione penale dopo la formazione del giudicato deve invece dipendere esclusivamente dal raffronto tra la prima contestazione, per come si è sviluppata nel processo, e il fatto posto a base della nuova iniziativa del pubblico ministero, ed è perciò permessa in caso di diversità, ma sempre vietata nell'ipotesi di medesimezza del fatto storico (salve le deroghe, nel sistema convenzionale, previste dal secondo paragrafo dell'art. 4 del Protocollo n. 7). Ogni ulteriore criterio di giudizio connesso agli aspetti giuridici del fatto esula dalle opzioni concesse allo Stato aderente».

La conclusione è che sussiste perciò «il contrasto denunciato dal rimettente tra l'art. 649 cod. proc. pen., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre un concorso formale di reati tra *res iudicata e res iudicanda*, e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, che vieta invece di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo».

Di particolare interesse sono le considerazioni rivolte ai giudici comuni e al rimettente, ai fini dell'attuazione della regola affermata.

L'esistenza o no di un concorso formale tra i reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* è ritenuta «un fattore ininfluente ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen., una volta che questa disposizione sia stata ricondotta a conformità costituzionale, e l'ininfluenza gioca in entrambe le direzioni, perché è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale. Ai fini della decisione sull'applicabilità del divieto di *bis in idem* rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico».

Pertanto, l'autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice *a quo*) sarà tenuta «a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale, e con essa, ad esempio, l'insieme degli elementi indicati dal rimettente nel giudizio principale (la natura del reato; il bene giuridico tutelato; l'evento in senso giuridico)».

In tale prospettiva, il giudice può affermare, «sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico», che «il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze».

Va sottolineato che la Corte individua come primo elemento di comparazione non la mera contestazione operata dal pubblico ministero, ma la stessa «per come si è sviluppata nel processo» e, dunque, nel contraddittorio tra le parti, fino a cristallizzarsi quale oggetto del giudicato. Successivamente, come si è visto, tale concetto è ribadito individuando il primo termine di raffronto nel «fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva».

6.2.5. Un ulteriore incidente di costituzionalità motivato dalla necessità di conformarsi alla sentenza della Corte Edu Scoppola c. Italia *(fattispecie relativa alla richiesta di giudizio abbreviato formulato nella vigenza del dl n. 341/2000)*

La sentenza della Corte Edu, in data 17 settembre 2009, nel procedimento *Scoppola contro Italia* ha dato la stura a una serie di questioni di legittimità costituzionale in connessione col parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost.

Va rilevato che la "vicenda Scoppola", per quanto relativa a istituti di carattere tipicamente processuale

(cioè il rito abbreviato e il giudicato), ha riguardato (non solo, ma) principalmente una questione di diritto sostanziale, e cioè l'asserita cogenza del principio di retroattività della legge più favorevole.

Al fine di meglio comprendere le vicende occorre brevemente dare atto dell'evoluzione del quadro normativo vigente all'epoca. La disposizione originaria dell'art. 442, comma 2, cpp prevedeva la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni di reclusione; questa norma, però, con la sentenza n. 176 del 1991, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega e di conseguenza, tra il 1991 e il 1999, l'accesso al rito abbreviato è rimasto precluso agli imputati di delitti puniti con l'ergastolo.

L'art. 30, comma 1, lett. *b*, legge n. 479/1999, entrata in vigore il 2 gennaio 2000, ha modificato l'art. 442, comma 2, cpp, reintroducendo, per i reati puniti con l'ergastolo, il giudizio abbreviato e la sostituzione dell'ergastolo con la pena di trenta anni di reclusione.

Il dl 24 novembre 2000, n. 341, entrato in vigore nella medesima data e convertito dalla l. n. 4/2001, con l'art. 7 ha modificato nuovamente l'art. 442 cpp, stabilendo, in via di interpretazione autentica, che «Nell'articolo 442, comma 2, ultimo periodo, del codice di procedura penale, l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno» (art. 7, comma 1) e aggiungendo, alla fine dello stesso comma 2, la frase: «Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo» (art. 7, comma 2).

In seguito a quest'ultima modificazione, il giudizio abbreviato comporta per l'imputato la sostituzione dell'ergastolo senza isolamento diurno con la pena di trenta anni di reclusione e la sostituzione dell'ergastolo con isolamento diurno con l'ergastolo semplice.

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 479/1999, l'art. 4-*ter* dl n. 82/2000 ha stabilito che nei processi in corso nei gradi di merito per reati puniti con l'ergastolo, quando il termine per presentare la richiesta fosse già scaduto, l'imputato poteva chiedere il giudizio abbreviato nella «prima udienza utile successiva» all'entrata in vigore della legge n. 144/2000, di conversione del dl n. 82/2000.

Com'è noto, la Corte europea (dando luogo a un cd. *overruling*) ha letto l'art. 7 della Cedu nel senso che, fermo il limite del giudicato, nei confronti del reo *deve* essere applicata una norma sopravvenuta al fatto, se per lui più favorevole. Per questa ragione, oltreché per il principio secondo il quale la disapplicazione dei benefici promessi con un accordo processuale viola la prescrizione dell'equo giudizio, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'Italia, reintroducendo (con una norma asseritamente interpretativa ma, di fatto, retroattiva) la pena dell'ergastolo per gli omicidi giudicati con rito abbreviato – pena comminata all'epoca del fatto, ma sostituita dalla reclusione per trenta anni al momento del rito – avesse appunto violato gli artt. 6 e 7 della Convenzione.

Dopo la sentenza della Corte Edu sulla vicenda Scoppola, si è posto il problema di quale decisione adottare nei confronti di tutti gli altri condannati all'ergastolo che si trovavano in una situazione analoga, in quanto avevano chiesto il giudizio abbreviato tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000 ed erano stati condannati alla pena perpetua per effetto della sopravvenuta modificazione normativa. Le sezioni unite penali della Corte di cassazione, trovandosi di fronte a un incidente di esecuzione per un caso analogo a quello di Scoppola, avevano sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 dl n. 341/2000.

Con la decisione di tale questione (sentenza n. 210 del 2013), la Corte, dopo aver riconosciuto il dovere dello Stato di conformare l'ordinamento ai principi affermati dalla Corte Edu, ha concluso che con ragione le sezioni unite avevano ritenuto che la sentenza *Scoppola* non consentisse all'Italia di limitarsi a sostituire in quel caso la pena dell'ergastolo, ma la obbligasse a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni.

Quest'obbligo, secondo la sentenza n. 210 del 2013, non trovava ostacolo nell'avvenuta formazione del giudicato, il cui valore può diventare recessivo in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo. In tale prospettiva, e con riferimento all'art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953, era apparsa non implausibile la prospettazione delle sezioni unite, le quali avevano ritenuto che il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della stessa norma, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Un ulteriore aspetto problematico affrontato dalla sentenza n. 210 del 2013 riguarda l'utilizzabilità del procedimento esecutivo per conformarsi alla sentenza della Corte Edu, e la cosa è stata giudicata possibile solo nell'ipotesi in cui «si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva».

La Corte ha dunque dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, dl 24 novembre 2000, n. 341 («Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia»),

convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4 (sentenza n. 210 del 2013).

La Corte non ha, peraltro, inteso affermare che il fenomeno di retroattività focalizzato nella sentenza *Scoppola* implichi che, ogni qualvolta vi sia un'estensione dei presupposti per l'accesso a un rito premiale, si determini l'invalidazione, *a posteriori*, delle pene inflitte a coloro che, nell'epoca del giudizio che li riguarda, non abbiano potuto fruire del beneficio poi introdotto.

È il caso definito con l'ordinanza n. 235 del 2013 (e, come vedremo, anche quello della sentenza n. 57 del 2016, per cui vds. *infra*). Il giudizio *a quo* constava di un incidente di esecuzione promosso da persona condannata irrevocabilmente all'ergastolo, la quale, prima della riforma dell'art. 442 cpp (attuata con la l. n. 479/1999), aveva inutilmente richiesto l'accesso al rito abbreviato, in quel momento non consentito per il delitto in contestazione. Mentre il giudizio si trovava pendente in Cassazione, la legge aveva reintrodotto la possibilità di definire con rito abbreviato i reati puniti in astratto con la pena perpetua, ammettendo il beneficio anche nei procedimenti già avviati con il rito ordinario, purché ancora pendenti in fase di merito. Dunque, nel caso di specie, il rito era rimasto inaccessibile.

Il rimettente aveva denunciato la disciplina transitoria recata dall'art. 4-*ter*, comma 3, dl 7 aprile 2000, n. 82 («Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato»), convertito, con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2000, n. 144, che aveva riaperto i termini per la proposizione della richiesta di giudizio abbreviato solo per i processi pendenti nei gradi di merito e nei quali rimanessero da compiere atti di istruzione dibattimentale, e non anche per quelli pendenti in Cassazione per asserita violazione degli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 6 e 7 della Cedu. In tal modo, il giudice *a quo* mirava in sostanza a "recuperare", attraverso la retroattività *in mitius*, la possibilità di discutere, pur dopo il giudicato, la citata disciplina transitoria. Il logico presupposto del ragionamento consisteva proprio nella pretesa che – stabilita l'illegittimità della norma preclusiva del rito – dovesse consentirsi la relativa celebrazione nei giudizi già definiti, al fine di applicare la pena corrispondente secondo la disciplina sopravvenuta.

La Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza delle questioni sollevate, in quanto il giudice *a quo* non era chiamato a fare applicazione della norma censurata, poiché l'interessato non versava affatto in una situazione identica o similare a quella presa in esame dalla sentenza ora citata. In base alla sentenza n. 210 del 2013, nel procedimento instaurato davanti al giudice dell'esecuzione, è rilevante la questione di legittimità costituzionale della norma interna che impedisca l'adeguamento alla sentenza della Corte europea (nella specie, l'art. 7, comma 1, dl n. 241/2000, in quanto volto a dotare la nuova disciplina da esso introdotta di effetto retroattivo: norma che è stata in effetti dichiarata, per tale ragione, costituzionalmente illegittima), ma tale conclusione riguarda «esclusivamente l'ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo»: ipotesi nella quale soltanto può giustificarsi «un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione» (sentenza n. 210 del 2013).

In sostanza la fattispecie oggetto del procedimento principale, lungi dal replicare la situazione avuta di mira dalla sentenza *Scoppola*, se ne differenziava sotto il profilo essenziale che l'imputato non è mai stato ammesso al giudizio abbreviato.

Inoltre la norma censurata dal giudice *a quo* non aveva natura sostanziale, ma processuale, non attenendo all'entità della riduzione di pena conseguente al giudizio abbreviato, ma ai termini di proposizione della relativa richiesta, sì che il caso in questione era dunque assimilabile, più che a quello della sentenza *Scoppola*, a quello che aveva dato luogo alla successiva decisione della Corte europea 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, concernente il regime transitorio previsto dal comma 1 dello stesso art. 4-*ter* dl n. 82/2000 in rapporto all'avvenuta soppressione, da parte della l. n. 479/1999, del requisito del consenso del pubblico ministero.

La Corte ha ricordato come tale pronuncia aveva escluso una violazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione: «gli Stati contraenti non sono obbligati dalla Convenzione a prevedere dei procedimenti semplificati (...): ad essi incombe soltanto l'obbligo, allorquando tali procedure esistono e sono adottate, di non privare un imputato dei vantaggi che vi si collegano».

Nel caso Morabito, come nella fattispecie posta a oggetto del giudizio *a quo*, il ricorrente non era mai stato ammesso al giudizio abbreviato. L'illegittimità della sua esclusione alla luce della norma processuale vigente avrebbe dovuto essere denunciata come violazione di legge. L'illegittimità della norma di esclusione correttamente applicata, invece, avrebbe dovuto essere prospettata nel giudizio di cognizione (vds., *amplius*, *STU 294*[14]).

14. G. Leo, *Sei anni*, *op. cit.*

Con la sentenza n. 57 del 2016, la Corte è giunta ugualmente a una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza, in una vicenda nella quale il giudice *a quo* con la questione sollevata tendeva a consentire al condannato, in virtù della retroattività *in mitius*, di giovarsi dei benefici di un rito alternativo, pur avendolo chiesto quando la disciplina prevedeva un trattamento più sfavorevole. Ciò sul presupposto di avere acquisito il diritto alla pena più mite, in quanto era già pendente in secondo grado il processo all'epoca della legge (più favorevole) n. 479 del 1999, anche se l'(allora) imputato non aveva potuto chiedere il giudizio abbreviato, non essendo stata ancora fissata la prima udienza.

Il giudice *a quo* era investito della richiesta di sostituzione della pena dell'ergastolo, inflitta dalla corte d'assise d'appello con sentenza emessa, all'esito di un giudizio col rito abbreviato, in data 11 marzo 2002 e passata in giudicato il 29 novembre 2002, con quella della reclusione di trenta anni. Il caso oggetto dell'incidente di esecuzione, secondo lo stesso giudice rimettente, non era uguale a quello sul quale è intervenuta la sentenza n. 210 del 2013 per consentire l'esecuzione in Italia della sentenza della Corte Edu (Grande Camera) *Scoppola c. Italia*, del 17 settembre 2009. L'imputato, infatti, in quel caso aveva chiesto il giudizio abbreviato prima dell'entrata in vigore del dl n. 341/2000, che aveva determinato un trattamento sanzionatorio meno favorevole di quello applicabile al momento della richiesta, mentre nel giudizio *a quo* l'imputato aveva formulato la richiesta dopo il 24 novembre 2000, quando era già entrato in vigore l'art. 7 del decreto-legge in questione con la previsione di un trattamento sanzionatorio "sfavorevole" rispetto a quello stabilito dall'art. 30, comma 1, lett. *b*, legge n. 479/1999.

Il giudice rimettente dubitava, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7, par. 1, Cedu, della legittimità costituzionale dell'art. 4-*ter*, commi 2 e 3, dl 7 aprile 2000, n. 82 («Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato»), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 5 giugno 2000, n. 144, e dell'art. 7, commi 1 («come risultante dalla declaratoria di incostituzionalità del 3-7-2013 della Corte costituzionale») e 2, dl 24 novembre 2000, n. 341 («Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia»), convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, l. 19 gennaio 2001, n. 4, nella parte in cui, alla luce dell'orientamento «consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità (da ultimo Cass. Sez. I, sentenza n. 23931 del 17/05/2013)», non escludono «dall'applicazione della disciplina relativa gli imputati cui, nei giudizi di appello, già pendenti alla data di entrata in vigore dell'indicato art. 4-*ter* d.l. 82/2000 (7 aprile 2000)», era stato attribuito «il diritto di definire con il rito abbreviato la relativa posizione e di beneficiare del trattamento "sostanziale" di cui all'art. 30 co. 1 lett. b) della l. 479/1999 e che hanno potuto esercitare tale diritto solo dopo il 24-11-2000».

Il giudice *a quo* reputava che, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 30, comma 1, lett. *b*, l. n. 479/1999, che aveva reso possibile il giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, e dell'art. 4-*ter*, commi 2 e 3, dl n. 82/2000, che aveva consentito la relativa richiesta anche in appello, l'imputato in un processo pendente in secondo grado avesse acquisito il diritto al trattamento più mite, pur non avendo richiesto il giudizio abbreviato prima dell'entrata in vigore del dl n. 341/2000, perché non era stata ancora fissata la prima udienza. Secondo il giudice *a quo*, le norme censurate sarebbero in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, senza una ragionevole giustificazione, riservano agli imputati che si trovano nella situazione dell'istante un trattamento sanzionatorio più sfavorevole di quello riconosciuto a coloro che (condannati in primo grado e il cui giudizio era pendente in appello) avevano avuto l'opportunità di chiedere il rito abbreviato prima del 24 novembre 2000. Sarebbe violato anche l'art. 117, primo comma, Cost., dato che, per il principio della retroattività della legge penale più favorevole, sancito dall'art. 7, par. 1, Cedu (come interpretato dalla Corte Edu nella sentenza *Scoppola*), l'art. 30, comma 1, lett. *b* della legge n. 479/1999 costituisce una disposizione penale posteriore, con una pena meno severa, della quale avrebbero dovuto beneficiare tutti coloro che nella pendenza del processo in grado d'appello, alla prima udienza utile, avessero chiesto la definizione con il rito alternativo.

La Corte afferma che la pronuncia n. 210 del 2013 ha «introdotto un'eccezione ben delimitata al principio, costantemente affermato e a tutt'oggi vigente, secondo cui non è consentito al giudice dell'esecuzione impugnare disposizioni primarie che siano già state applicate, in via definitiva, in fase di cognizione (sentenza n. 64 del 1965; in seguito, sentenze n. 100 del 2015 e n. 210 del 2013)». La Corte chiarisce la portata, al riguardo, dell'art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953 e dell'art. 673 cpp, con i quali il legislatore ordinario stabilisce «la retroattività delle declaratorie di illegittimità costituzionale che abbiano colpito le norme penali in applicazione delle quali è stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna». Queste previsioni, se da un lato non ampliano l'oggetto del giudizio di esecuzione, quanto ai poteri del giudice di sottoporre nuovamente a verifica di legittimità costituzionale il precetto penale su cui si basa il titolo esecutivo, dall'altro, però, ne fondano la competenza attribuitagli dal legislatore a valutare gli effetti della pronuncia costituzionale su tale titolo.

La pronuncia è volta a stabilire le differenze tra il caso al suo esame e quello oggetto della pronuncia n. 210 del 2013.

Tale sentenza ha preso atto «che, con motivazione non implausibile, le sezioni unite penali della Corte di cassazione rimettente avevano ritenuto applicabile l'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 anche al caso in cui si tratta di determinare, nella fase esecutiva, l'effetto di una pronuncia espressiva della giurisprudenza della Corte EDU, che "sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale" di una norma di diritto penale sostanziale, derivante dalla già accertata illegittimità convenzionale della stessa. In tale ipotesi, a mutare non è il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale ma l'oggetto del giudizio esecutivo, che, sulla base di quanto stabilito dalle sezioni unite, attrae a sé il compito di conferire esecuzione alla pronuncia giudiziale europea, per i casi identici a quello con essa deciso, e di rimuovere la disposizione primaria di diritto interno che lo impedisce, benché il suo contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. richieda una dichiarazione di illegittimità costituzionale».

La Corte ritiene, pertanto, che «l'ammissibilità nel procedimento esecutivo di una questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. in relazione alla Convenzione EDU, avente ad oggetto la norma in base alla quale è stata determinata la pena richiede l'assoluta identità tra il caso deciso dalla Corte EDU, alla cui sentenza il giudice ritiene di doversi adeguare, e il caso oggetto del procedimento *a quo*, giacché ogni diversa ipotesi verrebbe ad esorbitare dai limiti propri del giudizio esecutivo».

Consegue a ciò che «l'assunto dal quale muove il rimettente comporta alla radice l'inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza», in quanto «la fattispecie oggetto del procedimento principale, infatti, non concerne l'esecuzione della sentenza Scoppola, perché l'imputato ha richiesto il giudizio abbreviato non quando era vigente l'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., nel testo introdotto dall'art. 30, comma 1, lettera *b*), della legge n. 479 del 1999, ma quando era già entrata in vigore la norma meno favorevole introdotta dall'art. 7, comma 2, del d.l. n. 341 del 2000. La Corte EDU, invece, laddove ha ritenuto applicabile la *lex mitior* costituita dall'art. 30 della legge n. 479 del 1999, ha ricollegato il trattamento sanzionatorio ivi previsto alla richiesta di giudizio abbreviato effettuata nella vigenza di questa e al successivo provvedimento del giudice che in tale richiesta aveva il presupposto (paragrafi 11, 12, 115, 137, 138, 139 e 140 della sentenza Scoppola)».

La Corte precisa che «se nella sentenza Scoppola il diritto di vedersi applicare la *lex mitior* è inscindibilmente connesso alla richiesta di giudizio abbreviato effettuata dall'imputato quando era vigente tale legge, la diversità, sul punto, della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* rende palese che la disciplina normativa contestata dal rimettente non pone alcun dubbio di compatibilità con la CEDU, perché non concerne un caso come quello che aveva formato oggetto della sentenza Scoppola. Per la stessa ragione, in senso analogo, le sezioni unite penali della Corte di cassazione, sia prima della pronuncia di questa Corte n. 210 del 2013, con la sentenza 19 aprile 2012, n. 34233, sia dopo di essa, con la sentenza 24 ottobre 2013, n. 18821, hanno nettamente distinto, al fine di estendere gli effetti della sentenza Scoppola, il caso in cui la richiesta di rito abbreviato fosse avvenuta prima, da quello in cui fosse invece avvenuta dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000».

La Corte conclude nel senso che, «non essendo proponibili in sede di esecuzione questioni ormai precluse, perché avrebbero dovuto essere proposte nel giudizio di cognizione, la questione sollevata dal giudice *a quo* è inammissibile per difetto di rilevanza». Si aggiunge che la diversità del caso in oggetto, rispetto a quello deciso dalla sentenza *Scoppola*, inciderebbe sul merito della questione, facendo «anche escludere il denunciato contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.».

La questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento all'art. 3 Cost. è ritenuta ugualmente inammissibile, perché «non attiene alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte EDU, cioè al solo caso che può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione» (sentenza n. 210 del 2013; in senso analogo, sentenza n. 100 del 2015).

7. La messa alla prova: l'acquisizione degli atti delle indagini preliminari ai fini della decisione sulla richiesta di messa alla prova; il principio di presunzione di innocenza sino alla condanna definitiva; il principio di legalità penale; le prerogative del potere giudiziario

La Corte è intervenuta più volte sul giovane istituto della messa alla prova, il quale è stato oggetto di numerose questioni di legittimità costituzionale nel periodo in questione, con riguardo anche al diritto di difesa. Ricorrente nelle pronunce che lo riguardano è l'affermazione secondo cui la sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce un istituto che ha «effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio» (sentenza n. 240 del 2015).

L'ordinanza n. 54 del 2017 si è occupata di questioni di legittimità costituzionale degli artt. 168-*bis* cp e 464-*bis* ss. cpp, relativi alla sospensione del procedimento con messa alla prova, in riferimento agli artt. 3, 24 e 27 Cost.

Le questioni aventi ad oggetto gli artt. 464-*bis* ss. cpp sono ritenute manifestamente inammissibili, sia perché le norme censurate, indicate con l'espressione «e seguenti», sono indeterminate, sia perché non sono espresse le ragioni della loro denunciata illegittimità costituzionale.

Il giudice rimettente riteneva che l'art. 168-*bis* cp contrastasse con l'art. 3 Cost., perché la possibilità di accedere all'istituto della messa alla prova è prevista per numerosi reati, molto diversi tra loro «per tipo e per trattamento sanzionatorio», sicché solo una diversificazione della disciplina, che nella specie manca, sarebbe stata «idonea ad impedire che casi tra loro diversi ricevano un identico trattamento».

La Corte ha negato l'esistenza della sussistenza del dedotto contrasto dell'art. 168-*bis* cp con l'art. 3 Cost., rilevando che il trattamento dell'imputato nei diversi casi oggetto del procedimento speciale in questione risulta necessariamente diverso. La Corte richiama al riguardo la Cassazione a sezioni unite (sez. unite, 31 marzo 2016, n. 33216), secondo cui «la normativa sulla sospensione del procedimento con messa alla prova comporta una diversificazione dei contenuti, prescrittivi e di sostegno, del programma di trattamento, con l'affidamento al giudice di "un giudizio sull'idoneità del programma, quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte 'afflittiva' sia di quella 'rieducativa', in una valutazione complessiva circa la rispondenza del trattamento alle esigenze del caso concreto, che presuppone anche una prognosi di non recidiva"», precisando che il giudizio deve svolgersi «in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale», richiamati dall'art. 464-*quater*, comma 3, cpp.

La Corte ha escluso, poi, la lesione dell'art. 24 Cost., asseritamente violato per la mancata previsione della durata massima, dei parametri per determinarla e del soggetto competente a questa determinazione, sì da impedire all'imputato di conoscere le sanzioni in cui può incorrere. La Corte obietta che, «benché non espressamente indicata, la durata massima risulta indirettamente dall'art. 464-*quater*, comma 5, cod. proc. pen. perché, in mancanza di una sua diversa determinazione, corrisponde necessariamente alla durata della sospensione del procedimento, la quale non può essere: "a) superiore a due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria; b) superiore a un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria"», la cui determinazione in concreto è stabilita dal giudice sulla base «dei criteri previsti dall'art. 133 cod. pen. e delle caratteristiche che dovrà avere la prestazione lavorativa, considerato che questa potrà svolgersi in giorni anche non continuativi, con una durata giornaliera da stabilire, nel limite massimo di otto ore, e che dovrà avvenire "con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato" (art. 168-*bis*, terzo comma, cod. pen.)».

Peraltro, la Corte, ribadendo un'affermazione ricorrente, precisa che la censura di violazione dell'art. 24 Cost., oltre che manifestamente infondata, è anche non pertinente, «perché l'eventuale indeterminatezza normativa del trattamento, in cui consiste il programma di messa alla prova, attiene al profilo sostanziale e non a quello processuale dell'istituto in questione, e in particolare al diritto di difesa, che non è in alcun modo pregiudicato dalla norma censurata».

Manifestamente infondata è ritenuta anche la censura di violazione dell'art. 27 Cost., motivata sulla base del rilievo secondo cui la mancata previsione di un limite massimo di durata e l'omessa predeterminazione dei criteri da seguire per la sua predisposizione violerebbero il finalismo rieducativo che la sanzione penale deve indefettibilmente possedere, essendo, come sopraindicato, «ben determinati sia la durata massima della sospensione del procedimento, e correlativamente del trattamento di messa alla prova, sia i criteri da seguire per stabilirla».

In altra occasione, il giudice *a quo* aveva posto una serie di questioni di legittimità costituzionale riguardanti sia l'aspetto processuale che quello sostanziale dell'istituto in questione, ma esse erano state dichiarate manifestamente inammissibili, con l'ordinanza n. 237 del 2016, per insufficiente descrizione della fattispecie e, conseguentemente, per difetto di motivazione sulla loro rilevanza nei giudizi *a quibus*.

Lo stesso giudice *a quo* ha nuovamente sollevato le medesime questioni di legittimità costituzionale, colmando le lacune delle precedenti ordinanze. La Corte, questa volta, con la sentenza n. 91 del 2018, ha espresso al riguardo una compiuta disamina dell'istituto citato in quanto, nell'esame delle singole questioni, essa ha presupposto una ricostruzione della disciplina effettivamente dettata dal legislatore, in buona misura diversa da quella sottesa ai rilievi del rimettente, offrendo un prezioso contributo ermeneutico agli operatori. Le questioni riguardano anche una norma sostanziale, ma comunque strettamente connessa con quelle processuali, e sono evocati anche parametri diversi dall'art. 3 Cost. Per esigenze di unitarietà si darà conto della sentenza nella sua completezza in questa sede.

Esaminando sinteticamente il contenuto della sentenza, va rilevato che la Corte dichiara inammissibile

la prima questione, di natura squisitamente processuale, ma la pronuncia sul punto è particolarmente interessante, perché motivata sulla omessa sperimentazione di una soluzione interpretativa del problema denunciato, o comunque sull'insufficiente ricostruzione della disciplina applicabile al caso di specie.

Il tribunale monocratico rimettente ha, infatti, sollevato, in riferimento agli artt. 3, 111, sesto comma, 25, secondo comma, e 27, secondo comma, Cost. questioni di legittimità costituzionale dell'art. 464-*quater*, comma 1, cpp, «nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento, ai fini della cognizione occorrente ad ogni decisione di merito da assumere nel [procedimento speciale di messa alla prova], proceda alla acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari restituendoli per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova».

Secondo il rimettente, il giudice dibattimentale chiamato a valutare la richiesta di sospensione con messa alla prova, nella fase degli atti preliminari al dibattimento, dovrebbe assumere la propria decisione in base al (necessariamente scarno) fascicolo del dibattimento, non prevedendo la legge, e in particolare il comma 1 dell'art. 464-*quater*, una possibilità di accesso al fascicolo delle indagini preliminari e degli eventuali atti successivi in esso contenuti. Su questo presupposto, si è prospettata la violazione dei citati parametri, in quanto un'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova pronunciata sulla base di quegli atti si tradurrebbe in «un provvedimento giurisdizionale di irrogazione di un trattamento giuridico di diritto penale criminale suscettibile di essere pronunciato sul presupposto di un convincimento di responsabilità di carattere assurdo o simulatorio poiché formulato senza cognizione degli elementi occorrenti a stabilire se alcun fatto sia avvenuto, come e da chi sia stato commesso e quale ne sia la qualificazione giuridica». La norma censurata si porrebbe, tra l'altro, in contrasto con l'art. 3 Cost., «alla stregua del quale deve ritenersi che le enunciazioni risapute logicamente incongrue o simulatorie non possono costituire presupposto o strumento di trattamenti giuridici».

Lo stesso giudice rimettente, invece, non ha considerato la soluzione che la Corte accredita in modo deciso, e cioè che – sulla scorta di quanto accade per le richieste di patteggiamento – il giudice dibattimentale, già secondo la legislazione vigente, deve acquisire il fascicolo del pubblico ministero, e decidere sulla base degli atti relativi, ovviamente restituendoli nel caso in cui, per una qualunque ragione, il procedimento debba riprendere il suo corso ordinario.

La soluzione è stata, infatti, rinvenuta dalla Corte nell'applicazione "analogica" dell'art. 135 disp. att. cpp (d.lgs n. 271/1989), il quale stabilisce che «[il] giudice, per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero». Non si tratta del primo esperimento di estensione della norma, poiché la «giurisprudenza di legittimità ha considerato questo articolo applicabile in via analogica anche nel caso in cui l'imputato rinnovi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, una richiesta condizionata di giudizio abbreviato, già respinta dal giudice per le indagini preliminari (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 27 ottobre 2004, n. 44711), e la dottrina ne ha ritenuto l'applicabilità anche nei casi di richiesta di un rito speciale presentata nell'udienza di comparizione, a seguito di citazione diretta *ex* art. 555 cod. proc. pen.»; come d'altronde nota la Corte, in termini non innovativi ma certo significativi, «tra i riti speciali è ora compreso anche quello di messa alla prova».

Del resto, gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero sono di regola sottratti alla cognizione dibattimentale, ma se non si deve procedere al dibattimento non c'è ragione di impedirne la conoscenza al giudice quando ciò è necessario ai soli fini della decisione su tale richiesta.

Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 464-*quater*, comma 1, cpp sono allora ritenute inammissibili, perché sono state poste «senza tenere conto della praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, diversa da quella prospettata e coerente con la cornice normativa in cui la norma si colloca».

Il giudice *a quo* ha quindi sollevato, in riferimento all'art. 27, secondo comma, Cost., questioni di legittimità costituzionale degli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* cpp, «in quanto prevedono la irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva».

La Corte ha ritenuto infondata tale questione, osservando che se è vero che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero «che correlativamente manca un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna». L'ordinamento già conosce, in rapporto all'art. 444 cpp, un istituto ove la richiesta dell'accusato comporta, senza accertamento di responsabilità e di una specifica condanna, l'applicazione di una pena. Negli

anni successivi alla sua introduzione, non a caso, aveva superato un severo e ripetuto vaglio di legittimità costituzionale, in riferimento alla presunzione di non colpevolezza contenuta nell'art. 27, secondo comma, Cost. (sent. n. 313 del 1990 e ord. n. 399 del 1997), il cd. "patteggiamento", cui può essere assimilata la sospensione del procedimento con messa alla prova, perché «entrambi i riti speciali si basano sulla volontà dell'imputato che non contestando l'accusa, in un caso si sottopone al trattamento e nell'altro accetta la pena». Nella pronuncia n. 313 del 1990 è stato «escluso che nel procedimento previsto dall'art. 444 cod. proc. pen. vi sia un "sostanziale capovolgimento dell'onere probatorio, contrastante con la presunzione d'innocenza contenuta nell'art. 27, secondo comma della Costituzione"», rilevando che nel nuovo ordinamento giuridico processuale «"è preponderante l'iniziativa delle parti nel settore probatorio: ma ciò non immuta affatto i principi, nemmeno nello speciale procedimento in esame, dove anzi il giudice è in primo luogo tenuto ad esaminare *ex officio* se sia già acquisita agli atti la prova che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso». D'altra parte, la Corte osserva che «chi chiede l'applicazione della pena vuol dire che rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa, senza che ciò significhi violazione del principio di presunzione d'innocenza, che continua a svolgere il suo ruolo fino a quando non sia irrevocabile la sentenza (sentenza n. 313 del 1990)».

La Corte ha aggiunto a tali motivazioni ulteriori argomentazioni a sostegno della dichiarazione di non fondatezza della questione. In particolare, è stato evidenziato che la messa alla prova, pur presentando delle similitudini con il patteggiamento, se ne differenzia, tra l'altro, in quanto, come affermato dalle sezioni unite della Cassazione, «"realizza una rinuncia statuale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost. n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta soprattutto la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto" (Cass., sez. un., n. 36272 del 2016)».

In altri termini, mentre la sentenza che dispone l'applicazione della pena su richiesta delle parti, «pur non potendo essere pienamente identificata con una vera e propria sentenza di condanna (...) è tuttavia a questa equiparata» *ex* art. 445 cpp e «conduce all'irrogazione della pena prevista per il reato contestato, anche se diminuita fino ad un terzo», l'esito positivo della prova «conduce ad una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato».

Di particolare rilievo è l'ulteriore notazione che opera la Corte. Infatti, la sentenza di patteggiamento «costituisce un titolo esecutivo per l'applicazione di una sanzione tipicamente penale, mentre l'ordinanza che dispone la sospensione del processo e ammette l'imputato alla prova non costituisce un titolo per dare esecuzione alle relative prescrizioni. Il trattamento programmato non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso». Viene dunque «riservata alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione». In questa struttura procedimentale, tuttavia, «non manca, in via incidentale e allo stato degli atti (perché l'accertamento definitivo è rimesso all'eventuale prosieguo del giudizio, nel caso di esito negativo della prova), una considerazione della responsabilità dell'imputato, posto che il giudice, in base all'art. 464-*quater*, comma 1, cod. proc. pen., deve verificare che non ricorrono le condizioni per "pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129" cod. proc. pen., e anche a tale scopo può esaminare gli atti del fascicolo del pubblico ministero, deve valutare la richiesta dell'imputato, eventualmente disponendone la comparizione (art. 464-*quater*, comma 2, cod. proc. pen.), e, se lo ritiene, necessario, può anche acquisire ulteriori informazioni, in applicazione dell'art. 464-*bis*, comma 5, cod. proc. pen.».

Infondata, è anche la questione di legittimità costituzionale che investe il secondo e il terzo comma dell'art. 168-*bis* cp, che violerebbero l'art. 25, secondo comma, Cost., «nella parte in cui sancisce il principio di tassatività e determinatezza legale delle pene», in quanto prescriverebbero sanzioni indeterminate sia sul piano qualitativo, potendo il trattamento a cui l'imputato viene sottoposto risolversi in vincoli conformativi e ablatori della libertà personale di diversa intensità, sia sul piano quantitativo, ossia con riferimento alla sua misura temporale. Infatti, «nel disegno legislativo che definisce il procedimento speciale [di messa alla prova], le determinazioni qualitative e quantitative concernenti il trattamento sanzionatorio penale applicabile [sarebbero] rimesse alla libera scelta delle autorità procedenti (prima l'ufficio locale di esecuzione penale che predispone il programma di trattamento, e poi il giudice che tale programma convalida o modifica)».

La Corte aveva già risolto la questione concernente la durata del lavoro di pubblica utilità (ord. n. 54 del 2017, vds. *supra*), notando che la stessa «risulta indirettamente dall'art. 464-*quater*, comma 5, cod. proc. pen. perché, in mancanza di una sua diversa determinazione, corrisponde necessariamente alla durata della sospensione del procedimento», e che per la determinazione in concreto di tale durata, il giudice «deve tenere conto dei criteri previsti dall'art. 133 cod. pen. e delle caratteristiche che dovrà avere la prestazione lavorativa».

La stessa soluzione – rileva la Corte – si attaglia alla «durata massima dell'affidamento in prova al servizio sociale».

Riguardo poi alla qualità delle prescrizioni, è proprio la funzione risocializzante dall'istituto a imporre una previsione solo generale della relativa tipologia, consentendo in fase di applicazione il massimo grado di adattamento alle caratteristiche e alle necessità del caso concreto: «la normativa sulla sospensione del procedimento con messa alla prova comporta una diversificazione dei contenuti, prescrittivi e di sostegno, del programma di trattamento, con l'affidamento al giudice di "un giudizio sull'idoneità del programma, quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte 'afflittiva' sia di quella 'rieducativa', in una valutazione complessiva circa la rispondenza del trattamento alle esigenze del caso concreto, che presuppone anche una prognosi di non recidiva».

Infine, secondo il giudice *a quo*, l'art. 464-*quater*, comma 4, cpp si porrebbe in contrasto con l'art. 101 Cost., in quanto «rimette alla volontà dell'imputato la capacità sovrana di integrare la condizione meramente potestativa cui resta indiscutibilmente subordinato ogni profilo di efficacia formale ed utilità sostanziale del provvedimento giurisdizionale di messa alla prova nonché (...) dell'intera procedura già celebrata strumentalmente alla pronuncia del medesimo». La norma censurata contrasterebbe altresì sia con «i principi costituzionali di buon andamento ed efficienza delle attività dei pubblici poteri (art. 97 Cost.) sia con i principi di economicità e ragionevole durata del processo penale (art. 111 comma 2 Cost.)».

Le questioni sono state ugualmente dichiarate non fondate.

Secondo la Corte, basandosi «l'istituto della messa alla prova sulla richiesta dell'imputato, che allega il programma di trattamento fatto elaborare dall'ufficio di esecuzione penale esterna, è evidente che ogni integrazione o modificazione di questo programma ritenuta necessaria dal giudice richiede il consenso dell'imputato. Qualora infatti il giudice consideri il programma proposto inidoneo a perseguire le finalità del trattamento, l'imputato deve poter scegliere se accettare le integrazioni o le modificazioni indicate oppure proseguire il giudizio nelle forme ordinarie: ciò non menoma le prerogative dell'autorità giudiziaria e non integra quindi la violazione dell'art. 101 Cost., dato che la facoltà è conforme al modello legale del procedimento».

La Corte, richiamando alcuni precedenti, sottolinea che l'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria «"non è violata quando il legislatore ordinario non tocca la potestà di giudicare, ma opera sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo cui la decisione del giudice deve riferirsi (sentenze n. 170 del 2008 e n. 432 del 1997; ordinanza n. 263 del 2002)" (sentenza n. 303 del 2011)».

La conclusione sul punto è che perciò, «con la disposizione censurata il legislatore non ha violato la sfera riservata al potere giudiziario, perché, subordinando le integrazioni e le modificazioni del programma di trattamento al consenso dell'imputato, ha legittimamente ricollegato l'accesso al procedimento speciale a un accadimento processuale (il consenso, appunto) naturalmente rimesso a una parte del processo».

Anche riguardo agli altri parametri invocati dal rimettente, la Corte ha potuto facilmente richiamare profili "granitici" della sua pregressa giurisprudenza. È notorio anzitutto come l'art. 97 Cost. sia costantemente ritenuto privo di pertinenza all'attività giudiziaria (*ex multis*, sentenze nn. 65 del 2014 e 272 del 2008). È ritenuta infondata anche la censura di violazione dell'art. 111, secondo comma, Cost., in quanto la disposizione censurata, oltre a essere funzionale alle peculiari caratteristiche dell'istituto in esame, non comporta, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice *a quo*, alcun dispendio di tempi e risorse processuali. Il consenso, infatti, è richiesto per le integrazioni e le modificazioni che il giudice ritenga di apportare prima della sospensione del procedimento e dell'ammissione alla prova dell'imputato, e quindi prima che sia svolta qualsivoglia attività processuale.

Quanto alla ragionevole durata del processo, la Corte precisa che «possono arrecare un *vulnus* a quel principio solamente le norme "che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza" (*ex plurimis*, sentenze n. 23 del 2015, n. 63 e n. 56 del 2009, n. 148 del 2005)» (sentenza n. 12 del 2016). E non è questo il caso in esame, dato che la norma censurata è necessitata dalla struttura del rito speciale, che si basa sulla volontà dell'imputato ed è diretto, tra l'altro, a semplificare il procedimento, riducendone anche i tempi.

Gli autori

Marco Bignami, magistrato amministrativo, assistente di studio presso la Corte costituzionale

Francesca Biondi, ordinario di Diritto costituzionale, Università di Milano "Statale"

Francesco Cortesi, magistrato, assistente di studio presso la Corte costituzionale

Marilisa D'Amico, ordinario di Diritto costituzionale, prorettrice delegata a "Legalità, trasparenza e parità di diritti", Università di Milano "Statale"

Luigi Ferrarella, giornalista, *Corriere della Sera*

Raffaele Gargiulo, magistrato, già assistente di studio presso la Corte costituzionale

Andrea Guazzarotti, associato di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

Elisabetta Lamarque, associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano-Bicocca

Giorgio Lattanzi, presidente emerito della Corte costituzionale, presidente della Scuola superiore della magistratura

Massimo Luciani, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"

Michele Massa, associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Andrea Natale, giudice del Tribunale di Torino

Carlo Padula, associato di Diritto costituzionale, Università di Padova, assistente di studio presso la Corte costituzionale

Simone Pajno, ordinario di Diritto costituzionale, Università di Sassari

Gaetano Silvestri, presidente emerito della Corte costituzionale, già presidente della Scuola superiore della magistratura

Donatella Stasio, giornalista

Diletta Tega, associato di Diritto costituzionale, Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Pier Luigi Tomaiuoli, magistrato amministrativo, assistente di studio presso la Corte costituzionale