

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

di ROBERTO ROMBOLI

SOMMARIO: 1. Lo scopo dell'iniziativa ed i criteri seguiti nell'organizzazione. – 2. La natura "politica" o "giurisdizionale" della Corte costituzionale e l'accezione del termine seguita per la tavola rotonda. – 3. Il valore delle regole del processo costituzionale ed il loro grado di vincolatività per la Corte. – 4. Una riflessione su alcune recenti pronunce: gli interventi in materia elettorale (sent. nn. 1/2014 e 35/2017): l'ammissibilità delle questioni come interpretazione delle condizioni di accesso "ai limitati fini" del controllo di leggi elettorali e quindi "uso" generoso delle regole processuali; la possibilità di dichiarare incostituzionali le leggi a contenuto costituzionalmente necessario solo con sentenza manipolativa come "abuso" delle regole. – 5. Segue: la modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità (sent. n. 10/2015) e la inapplicabilità delle stesse al giudizio *a quo* ed ai giudizi pendenti in caso di rilevata incostituzionalità *ab origine* della norma: un caso di "abuso" delle regole processuali. – 6. Segue: la incostituzionalità di una norma costituzionalmente necessaria: il caso del c.d. divorzio imposto (sent. n. 170/2014) e la dichiarazione di incostituzionalità di una omissione legislativa. – 7. La dichiarata scelta di non rispettare le regole processuali ed i suoi riflessi sulla legittimazione della Corte nel sistema e sulla sua funzione "educativa" nei confronti dei giudici comuni. – 8. La Corte costituzionale di oggi ha bisogno di nuovi strumenti?: a) una riforma della "politica"; b) la introduzione di nuove vie di accesso: il ricorso individuale diretto e quello delle minoranze parlamentari. – 9. Segue: c) modifiche attinenti alla organizzazione interna della Corte: l'assegnazione automatica delle cause; l'introduzione della opinione dissenziente; i poteri istruttori; il contraddittorio nel processo costituzionale. – 10. Segue: d) i vizi sindacabili solo se evidenti; e) una disciplina della tipologia delle decisioni; f) la possibilità di modulare gli effetti delle sentenze di accoglimento.

1. *Lo scopo dell'iniziativa ed i criteri seguiti nell'organizzazione.*

Due le iniziative organizzate in questi giorni per ricordare la figura di Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa.

La prima quella di un Convegno avente ad oggetto una riflessione sull'opera scientifica del Professore, svolta su alcuni dei temi che abbiamo creduto di individuare (le libertà, le fonti del diritto, la comparazione, l'ordinamento giudiziario, la giustizia costituzionale e la difesa della Costituzione), con una relazione da parte di autorevoli studiosi ed un ricordo dei suoi allievi diretti che traesse spunto dai temi medesimi.

La seconda rappresentata da una tavola rotonda, alla quale sono stati invitati alcuni colleghi¹ i cui interventi sono riprodotti in questo volume, unitamente agli scritti di giovani ricercatori, dottori di ricerca o dottorandi del nostro corso di dottorato in Giustizia costituzionale².

Questa seconda iniziativa ha voluto più specificamente ricordare l'interesse ed il contributo essenziale dato dal Professore alle attività di quello che poi si chiamerà "Gruppo di Pisa" (all'origine "Gruppo dei giovani costituzionalisti") e soprattutto al dottorato di "giustizia costituzionale" (poi "giustizia costituzionale e diritti fondamentali").

Due attività di ricerca che sono state nel tempo tra loro sempre connesse, sia in quanto alle tematiche costituenti il principale oggetto di interesse, sia alle persone che si sono in concreto spese nella loro realizzazione.

Nel 1990 presentammo la nostra richiesta per avere a Pisa un dottorato di ricerca (allora gestito a livello centrale) e pensammo dapprima alla materia "diritto costituzionale" in generale. Poiché la normativa prevedeva che sulla stessa materia fosse possibile un solo dottorato per tutto il paese e l'università di Bologna ci aveva preceduto di pochi mesi, decidemmo allora per la materia "giustizia costituzionale".

Al progetto lavorai con il Professore e con Carlo Mezzanotte (che allora insegnava a Pisa) e lo stesso venne approvato dal ministero, così che il dottorato iniziò le sue attività l'anno successivo.

L'impostazione, i criteri con cui selezionare i candidati e soprattutto la programmazione delle attività del dottorato videro negli anni la presenza decisiva del Professore, il quale partecipò alle riunioni mensili fino a che le condizioni di salute glielo hanno consentito.

Nello stesso anno (1990) avvenne pure la prima riunione, fondativa, del Gruppo di Pisa e fu in qualche misura ispirata ed influenzata da un'esperienza precedente che il Professore mi aveva ricordato di aver fatto con alcuni suoi colleghi coetanei (il. c.d. Gruppo di Tirrenia), fra i quali certamente Amato, Azzena, Bassanini, Cassese Antonio e Sabino, Rodotà ed altri.

La nostra iniziativa aveva dichiaratamente un carattere generazionale (da qui la prima idea di "giovani costituzionalisti") ed aveva lo scopo di favorire una riflessione intorno ad un evento che pensavamo potesse avere una influenza notevole sull'opera della Corte costituzionale, vale a dire l'eliminazione dell'arretrato con conseguente drastica riduzione dei tempi di giudizio, che si era verificata nel triennio precedente (1987-1989) sotto la presidenza Saja.

Ne parlai a lungo con il Professore per avere consigli sui diversi aspetti che la realizzazione di una simile ipotesi poteva comportare ed anche per questo poi accettò di buon grado di essere presente all'incontro e di scrivere la prefazione al volume che raccoglie gli atti dell'incontro.

¹ Angiolini, Azzariti, Bin, Campanelli, Carnevale, Catelani, Conti, Costanzo P., Dal Canto, D'Amico, Dogliani, Malfatti, Martin de la Vega, Pertici, Pfersmann, Pugiotto, Ruggeri, Ruotolo, Salazar, Spadaro, Sperti, Tarchi, Tarli Barbieri.

² Battaglia, Brancati, Costanzo L., Famiglietti, Lo Calzo, Lugarà, Napoli, Nisticò, Pignatelli, Romboli S., Rospi, Salvadori, Serges, Tomba, Trapani.

In particolare predisposi, insieme ad alcuni colleghi più giovani, una selezione ragionata delle decisioni del triennio e più specificamente degli aspetti processuali più rilevanti, inviando a tutti gli invitati (allora attraverso il servizio postale: altri tempi!) le fotocopie delle prime bozze di quella che sarebbe stata la prima edizione degli «Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)», che avrebbero dovuto servire come base per la discussione.

La finalità era quella di valutare la incidenza dell'evento sulle funzioni, il ruolo e la collocazione della Corte costituzionale nel nostro sistema istituzionale, attraverso una lettura della giurisprudenza del triennio ed una riflessione sulle tecniche processuali seguite per la eliminazione dell'arretrato.

Questo fu efficacemente sintetizzato nella prefazione dal Professore, il quale indicò il filo rosso del Seminario nella individuazione degli effetti per il futuro della amministrazione straordinaria per la eliminazione dell'arretrato, una volta terminata l'«operazione di bonifica», indicandoli in un rafforzamento della Corte costituzionale nella forma di governo ed in un incremento della «concretezza» dei giudizi costituzionali.

L'elemento maggiormente sottolineato fu però quello della fedeltà da parte della Corte agli schemi processuali e quindi del significato del rispetto delle regole del processo costituzionale.

A giudizio del Professore infatti un ruolo politicamente più forte della Corte, con il suo rafforzamento sul piano dell'efficienza, non doveva significare confusione con quello degli altri organi costituzionali, né riduzione del tasso di indipendenza della Corte.

La sua conclusione, ripresa in alcuni degli interventi a questa tavola rotonda e che ricorderò pure io più avanti, fu che *«quanto agli atteggiamenti disinvolti, sotto il profilo del rispetto dei principi processuali, che la Corte ha talora assunto, quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa, per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite»*³.

La formula sulla quale si fonda la tavola rotonda rispecchia all'evidenza la prima esperienza del gruppo di Pisa, con la sostituzione delle fotocopie delle bozze degli «Aggiornamenti» con il pdf (i tempi sono cambiati!) contenente il *dossier* predisposto dai dottorandi del corso pisano di Giustizia costituzionale, ancora una volta con la finalità di invitare a discutere su quanto emerge dall'esame delle decisioni più che sulle astratte teorie di collocazione della Corte nella forma di governo o dei rapporti fra politica e giurisdizione attraverso altrettanto astratte nozioni teoriche.

Mi fa piacere ricordare quello che mi disse un notissimo costituzionalista spagnolo, grande amico del mio Maestro e scomparso solo pochi giorni dopo, in occasione della sua partecipazione ad uno dei convegni nazionali del Gruppo di Pisa⁴.

³ A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in R. ROMBOLI (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991, 5 ss.

⁴ E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002.

Francisco Rubio LLorente ebbe a complimentarsi con gli organizzatori e con la filosofia seguita dal nostro Gruppo, consistente nell'assegnare ricerche "sul campo" ai più giovani per poi discuterne i risultati da parte dei colleghi più esperti, rilevando come, specie ad un certo momento della carriera accademica, si corre il rischio di svolgere considerazioni ed elaborare soluzioni su situazioni non sempre aggiornate, perdendo a volte di vista i problemi reali che vengono evidenziati dalla giurisprudenza.

Per questo la scelta di lavorare alla elaborazione di un *dossier* relativo ad un preciso arco temporale (gli ultimi quattro anni), senza inizialmente escludere nessuna decisione.

In questo caso non si è infatti in presenza di alcun fatto specifico, quale quello della eliminazione dell'arretrato, ma solo di una sensazione che in questi ultimi anni il pendolo della Corte, in continua ed inevitabile oscillazione tra l'anima politica e quella giurisdizionale che in essa coesistono, si stia spostando, più di quanto finora accaduto, verso la prima.

Scopo della tavola rotonda: invitare i colleghi a darci le proprie valutazioni in proposito, fornendo come ausilio una serie di casi riportati nel *dossier*.

Il presupposto – vale a dire le problematiche inerenti la natura del Giudice costituzionale, il significato attribuito all'immagine del pendolo e quanto altro – per quanto sempre in discussione non è stato pensato come oggetto della tavola rotonda, la quale ha pertanto il più modesto significato di esprimere un giudizio sulla giurisprudenza di questi ultimi anni, rapportata a quella precedente.

Per questo non è stata preconstituita una nozione specifica di "politicalità" della sentenza della Corte – sulla quale tornerò tra un momento – che ci avrebbe inevitabilmente "ingabbiato", ma è stata preferita una nozione più aperta che consentisse di evidenziare quelli che potremmo chiamare "i sintomi" di "politicalità" (o di "giurisdizionalità") in una accezione ampia.

Il *dossier* infatti riporta una serie di decisioni suddivise in differenti tematiche, alcune tradizionali, altre più espressive del momento storico che stiamo vivendo o relative ad una serie di interventi recenti e molto discussi⁵.

I due coordinatori del *dossier* hanno spiegato, nella introduzione dello stesso, i criteri seguiti nella redazione, mentre per mia parte mi sono limitato ad indicare loro le finalità, lasciandoli poi liberi di organizzare come meglio credevano il *dossier*, che ho visionato solo alla fine.

Il lavoro si è svolto per un intero anno e, come già detto, tutte le singole decisioni, nessuna esclusa, del periodo preso in considerazione sono state analizzate e schedate, escludendo poi ovviamente quelle ritenute non meritevoli di segnalazione.

Credo di poter dire che il lavoro è risultato di estrema utilità per la discussione avutasi nella tavola rotonda e per i relativi interventi scritti e la completezza dello

⁵ Queste le diverse categorie: 1) crisi economica e considerazioni di politica economica; 2) rapporto tra Stato e Regioni (sotto differenti profili); 3) rapporti tra organi costituzionali; 4) decisioni rinneganti; 5) riforma costituzionale; 6) materia elettorale; 7) discrezionalità del legislatore (deferenza giudiziale); 8) politica criminale; 9) questioni etico-religiose e "nuovi diritti"; 10) attualità politica; 11) aspetti di giustizia costituzionale (e diritto processuale costituzionale); 12) altre (con carattere residuale).

stesso pare dimostrata dal fatto che le decisioni ricordate dagli intervenuti sono tutte (nessuna esclusa) contenute nel *dossier* elaborato dai dottorandi.

Alcuni degli interventi hanno, almeno in parte, proceduto ad una sorta di commento del *dossier* e della sua impostazione (Dogliani, Tarchi), molti altri non hanno mancato di sottolineare la loro utilità per le finalità della tavola rotonda, anche se non sono mancate critiche da parte di chi ha invece ritenuto che la mancata predeterminazione dei criteri di selezione abbia fatto mancare una chiave di lettura "preventiva ed unitaria" ed abbia determinato l'effetto che le decisioni selezionate siano risultate per un verso "troppe" e per altro "troppo poche".

È di tutta evidenza come spesso le critiche siano più utili degli apprezzamenti, invitando a riflettere sulle stesse, a maggior ragione quando provengono da un collega esperto e stimato come Antonino Spadaro, che pertanto ringrazio, anche se non posso non aggiungere che in questo caso ritengo le critiche ingenerose nei confronti del lavoro svolto dai giovani dottorandi e, per le ragioni sopra dette, pure ingiustificate.

Gli interventi, pur affrontando spesso più aspetti del tema oggetto della tavola rotonda, hanno specificamente avuto ad oggetto il tema generale della natura politica della Corte emergente dalla giurisprudenza degli ultimi anni e quindi della oscillazione del pendolo fra giurisdizione e politica⁶, altri invece hanno incentrato le loro osservazioni sul fenomeno attuale della crisi economica ed i relativi riflessi sui diritti sociali attraverso la giurisprudenza non sempre coerente della Corte costituzionale oppure sugli interventi in materia di leggi elettorali⁷, altri ancora sulla tipologia delle decisioni come espressione della politicità della Corte⁸ oppure esaminando specifici settori o aspetti ad uso di "finestra" sulla tematica oggetto della tavola rotonda⁹ o infine sul rilievo riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale ai procedimenti di revisione costituzionale ancora in corso¹⁰.

⁶ Angiolini, Carnevale, Catelani, L. Costanzo, D'Amico, Dogliani, Nisticò, Pertici, Pfersmann, Ruggeri, Ruotolo, Spadaro, Sperti.

⁷ Azzariti, Bin, Brancati, Famiglietti, Lo Calzo, Salazar, Tarli Barbieri, Tarchi, Trapani.

⁸ Battaglia, Costanzo P., Dal Canto, Lugarà.

⁹ Martin de la Vega, con riguardo alla questione catalana, Campanelli, alla questione relativa al segreto di stato, Conti, alla idea costituzionale di solidarietà, Malfatti, alla nozione di "dignità umana", Napoli, alla privatizzazione del pubblico impiego, Pignatelli, alla questione del controllo da parte della Corte dei conti dei rendiconti dei gruppi consiliari, Pugiotto, con riguardo alla questione degli automatismi legislativi, Romboli S., al contraddittorio nel processo costituzionale spagnolo, Salvadori, in ordine agli "eterni giudicabili", Serges, sul "potere neutro" del Giudice delle leggi, Tomba, sulle incoerenze imputabili ad una giurisprudenza dei singoli giudici costituzionali.

¹⁰ Rospi.

2. La natura “politica” o “giurisdizionale” della Corte costituzionale e l’accezione del termine seguita per la tavola rotonda.

Il carattere “politico” di una decisione della Corte costituzionale in certi casi viene dedotto dalla “politicità” della questione esaminata, come ad esempio per le recenti decisioni sulla legge elettorale o per conflitti tra poteri che hanno coinvolto il Capo dello Stato. In altri termini in questi casi è il particolare oggetto del giudizio che rende necessariamente politica la decisione.

In altri casi la natura politica o giurisdizionale di una decisione del Giudice costituzionale viene dedotta dal risultato cui giunge la Corte: è giurisdizionale se la conclusione è nel senso di rafforzare le funzioni giurisdizionali o di fornire adeguata tutela al diritto coinvolto nella questione¹¹.

Nessuna delle due accezioni sopra indicate è utilizzabile ai nostri fini, dal momento che il riferimento è a quelle situazioni in cui può ritenersi che la Corte costituzionale fonda la sua decisione su elementi extratestuali, come rileva nel suo intervento Mario Dogliani, parlando di decisioni tratte dal contesto economico, da quello politico-istituzionale o da interpretazioni tali da esprimere una volontà politica.

Potremmo parlare di attività eccessivamente “creativa” che avvicina la Corte più ad un legislatore che ad un giudice, mentre in altre situazioni la natura politica deriva dalla eccessiva accondiscendenza che la Corte mostra verso il potere politico, attraverso ad esempio l’utilizzo del necessario rispetto della discrezionalità del legislatore o addirittura di procedimenti di revisione costituzionale ancora in corso di approvazione.

Questo può accadere sia con riguardo ad aspetti attinenti maggiormente alla “ragion di stato”, sia, come segnala in maniera giustamente critica Vittorio Angiolini, con riferimento alla definizione del contenuto e della tutela di diritti fondamentali, sul presupposto che si tratterebbe di temi eticamente sensibili¹².

Un aspetto che vale poi a segnalare il momento di continuità tra il ricordato Seminario del 1990 e questa tavola rotonda è quello del significato da attribuire alla regole del processo costituzionale, che indubbiamente rappresentano un importante elemento per verificare la natura giurisdizionale dell’azione della Corte e che determinano la prevedibilità della sua decisione.

Un giudice che ritiene di non essere soggetto alle regole del suo processo, dovendo comunque ritenere prevalenti gli interessi sostanziali in esso fatti valere, perde all’evidenza gran parte della giurisdizionalità.

Una delle affermazioni più ricorrenti, ed anche generalmente condivisa, circa l’at-

¹¹ In tal senso parrebbe l’intervento di Pugiotto, il quale a proposito degli automatismi legislativi esclude che si possa ritenere abbia prevalso l’anima politica, in quanto le decisioni della Corte hanno in sostanza garantito la sfera di competenza assegnata dalla Costituzione al potere giudiziario.

Analogamente Ruggeri precisa che le sentenze politiche non sempre vanno a discapito dei diritti, sostenendo che se il risultato è in fondo positivo per i diritti, pur se ne soffre la giurisdizionalità del giudizio, la Corte non cessa di farsi garante della Costituzione (un garante politico più che giurisdizionale), mentre saremmo di fronte ad un punto di rottura allorché la Corte abdica alla giurisdizionalità per dare appoggio alla politica, determinando una carenza di tutela dei diritti.

¹² Sottolinea questi due diversi aspetti l’intervento di L. Costanzo.

tività e quindi la collocazione della Corte costituzionale nel sistema, è quella relativa al suo carattere "ibrido", di Giano bifronte, con un volto che guarda al legislatore e l'altro al giudice.

Ciò deriva quasi inevitabilmente dalla competenza più qualificante ad essa attribuita (il giudizio sulle leggi) e dalle vie di accesso allo scopo stabilite dal legislatore.

La scelta per un giudizio accentrato, e quindi per un giudice speciale con la competenza esclusiva a giudicare sulla conformità delle leggi alla Costituzione, ha determinato la previsione di un organo che opera secondo un procedimento a carattere giurisdizionale (istanze, ricorsi, termini, contraddittorio, sentenze, obbligo di motivazione, ecc.), ma che è chiamato a giudicare su un atto espressione di scelte politiche e quindi politico per eccellenza. Questo non può non determinare effetti e colorare di politicità il processo costituzionale, diversificandolo da tutti gli altri.

Non è un caso infatti che il problema della natura politica o giurisdizionale si pose già prima che la Corte costituzionale iniziasse a funzionare, vedendo la contrapposizione tra chi (Azzariti senior, Esposito, Pierandrei) si espresse a favore della natura giurisdizionale – anche se per alcuni doveva parlarsi di volontaria giurisdizione (Cappelletti) – e quanti invece, come Calamandrei, ritennero la Corte un organo paralinguistico, sottolineando la estraneità della stessa all'ambito del potere giudiziario.

Quando la Corte costituzionale, nel 1956, inizierà a funzionare, il problema della sua natura continuerà a proporsi e questa volta però la discussione sarà arricchita dai riferimenti alla giurisprudenza costituzionale ed al ruolo che, di conseguenza, la Corte viene ad assumere nel nostro ordinamento costituzionale.

Solo per ricordare alcuni dei momenti assai noti in cui il tema fu riproposto in maniera più approfondita, si pensi alla contrapposizione tra Zagrebelsky e Modugno al convegno fiorentino del 1981, in cui quest'ultimo attribuì alla Corte un ruolo di co-determinazione dell'indirizzo politico, unitamente al potere legislativo, più che un ruolo di controllo sanzionatorio successivo, rilevando come le funzioni del Giudice costituzionale sarebbero da ritenere, nella situazione politica del momento, non "sostitutive", bensì "collaterali" a quelle del parlamento, in ragione dell'acquisito ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei conflitti¹³, mentre il primo sottolineò la grande importanza del collegamento con l'autorità giudiziaria e la netta distinzione di ruoli tra Corte e legislatore, sostenendo come la politicità della Corte sia cosa assai diversa da quella del parlamento e come l'attività della prima, al momento, abbia essenzialmente natura giurisdizionale, in quanto non mediatrice di interessi, ma propugnatrice di valori e principi di insieme, nei quali la mediazione degli interessi deve restare compresa¹⁴.

Una importante riflessione in merito al nostro tema fu poi svolta nei volumi pubblicati da due giudici costituzionali, alla fine del loro mandato.

Il primo fu quello di Enzo Cheli, il quale ebbe a rilevare come ciò che connota la

¹³ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 19 ss.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Corte costituzionale*, cit., 103 ss.

giustizia costituzionale, rispetto alle altre funzioni pubbliche, è la sua “assoluta atipicità”, in quanto il controllo di costituzionalità delle leggi non esprime un aspetto della funzione giurisdizionale avendo di questa la forma, ma non la sostanza, né la sentenza della Corte può essere avvicinata alla legge, per l’assenza di un potere di iniziativa dell’organo giudicante e per il carattere vincolato della pronuncia. Siamo in presenza, secondo Cheli, «di una funzione “intermedia” che (...) è al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale –, funzione che conduce, da un lato, a “giurisdizionalizzare” la politica dentro le forme del processo, dall’altro a “politicizzare” la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce»¹⁵.

Il secondo fu quello di Gustavo Zagrebelsky, il quale sostenne che la funzione della Corte è politica, ma al tempo stesso non appartiene alla politica, spiegando questo apparente paradosso attraverso un doppio significato che può essere attribuito al termine “politica”. Un primo, come attività rivolta a produrre convivenza, unione (*pactum societatis*) ed un secondo come attività di competizione tra le parti, come lotta per la maggioranza di governo (*pactum subjectionis*).

La Corte viene indicata come organo in(m)-politica, nel senso che sarebbe al tempo stesso “dentro” (“in”) la politica (se intesa nel primo dei due significati sopra indicati) ed estranea ad essa (“im” come “non”), se intesa invece nel secondo significato¹⁶.

Le discussioni, e le conclusioni, sulla natura dell’attività della Corte costituzionale sono comunque inevitabilmente influenzate dal momento in cui le stesse si tengono o vengono elaborate (le varie “stagioni” della giustizia costituzionale) e quindi da tutta una serie di fattori, quali per primo la nozione di costituzione, il grado di consenso e di apprezzamento di cui la Costituzione gode in un determinato momento storico, la situazione economica, i rapporti che concretamente la Corte viene ad istaurare con gli altri poteri ed organi di vertice del sistema, nonché i caratteri di maggiore o minore omogeneità, compattezza e stabilità di volta in volta assunti dal sistema in cui il Giudice costituzionale è chiamato ad operare.

Per questo, con riguardo a differenti momenti politico-istituzionali o in conseguenza di situazioni o eventi particolari, è stata rilevata una oscillazione del pendolo della Corte, ora più verso l’anima tecnico-giurisdizionale, ora più verso quella politica.

In questo ambito e con queste finalità si inserisce oggi la nostra tavola rotonda, per cui, sulla base di quanto appena detto, possiamo concordare con Mario Dogliani, nel ritenere che si tratta di un pendolo che si muove in un unico campo di attività in continua graduazione, dal bianco al nero attraverso tutti i toni del grigio.

Spesso infatti si tratta anche di intendersi sul significato da dare alle espressioni, altrimenti corriamo il rischio di dire la stessa cosa, ma utilizzando termini o espressioni che mostrano un radicale disaccordo o viceversa utilizzare le stesse espressioni per dire in sostanza cose profondamente diverse.

Antonino Spadaro nel suo intervento sostiene che è solo una *fictio iuris* il fatto che, con riguardo alla Corte costituzionale, la categoria “giurisdizione” possa cancel-

¹⁵ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 15.

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 35 ss.

lare la sostanziale politicità delle valutazioni dei tribunali costituzionali e come la realtà mostra la intrinseca politicità dell'oggetto e del sindacato costituzionale, aggiungendo quindi che il movimento del pendolo non è elemento patologico, bensì fisiologico del sistema. Il suddetto Autore afferma altresì che la neutralità degli organi di garanzia costituzionale non può significare a-politicità e che pretendere un giudice freddo e asettico, rinchiuso nella torre d'avorio dei suoi stretti limiti procedurali, tradirebbe la funzione di custode concreto della Carta e dei suoi valori: ritenere che la giurisdizione costituzionale non sia in qualche modo anche politica sarebbe un'ingenuità, se non addirittura la negazione di un'evidenza, così come sarebbe teorico, irrealistico ed ingenuo pensare che la Corte costituzionale sia il legislatore negativo di Kelsen.

Anche in questo caso non è possibile non concordare con Spadaro, solo che viene naturale chiedersi, sulla base dei brevi e sommari rilievi appena fatti, se davvero vi sia qualcuno che sostenga le tesi così energicamente confutate. Si ha, in altre parole, l'impressione che certe ricostruzioni in realtà vengano create al solo fine di mostrare la loro infondatezza, dal momento che, a quanto mi risulta, nell'ampio ed articolato dibattito finora sviluppatosi intorno alla natura del Giudice costituzionale, nessuno penserebbe mai, tantomeno oggi, di qualificare la nostra Corte come un legislatore negativo o di volerla chiusa alla realtà politica e sociale e tutta tesa al rispetto formalistico delle regole procedurali.

Altra invece la valutazione in ordine alle posizioni sostenute nel senso che, di fronte al grande malato rappresentato dal parlamento e dal principio rappresentativo, gli interventi della Corte sono qualificabili come interventi arbitrari, necessari ad attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui il controllo di costituzionalità deve essere inserito come elemento integrante il procedimento legislativo. Per questo l'intervento della Corte si porrebbe su un piano di parità rispetto a quello parlamentare e non dovrebbe essere visto come un controllo "nemico", estraneo al processo di produzione della legge, bensì quale un controllo cooperativo. Il compito della dottrina sarebbe quello di introdurre e far penetrare questa nuova idea del controllo di costituzionalità¹⁷.

In termini analoghi si è espresso Spadaro, rilevando come la Corte, piaccia o no, è ormai diventata una terza camera e le decisioni sono decisioni politiche, seppure espresse in forma giurisdizionale.

In proposito varrebbe la pena di chiedersi se quello appena ricordato sia il modello di giustizia costituzionale scelto, anche se per certi aspetti non sempre con piena consapevolezza, dai nostri costituenti e legislatori costituzionale e ordinario in attuazione del dettato costituzionale.

La giustizia costituzionale ha la funzione di tutelare i principi ed i valori contenuti nel testo costituzionale nei confronti delle scelte politiche della maggioranza di tur-

¹⁷ Così l'intervento di Dogliani. Sull'importanza del ruolo della dottrina concorda pure Pfersmann, il quale però al contrario sostiene che decidere e ragionare secondo criteri extra-giuridici e di natura politica rende la conformità alla Costituzione contingente, indebolisce lo stato di diritto e corrode la continuità costituzionale.

no¹⁸, con l'effetto di poter cancellare le leggi incostituzionali e liberare il giudice dalla soggezione alla legge (attraverso la previsione della via incidentale), la quale lo vincola solamente se lo stesso risulta essere conforme ai precetti costituzionali.

Una forma quindi di controllo, esterno all'attività legislativa, attuato per questo con forme giurisdizionali ed attraverso le vie di accesso espressamente indicate, che valgono in maniera decisiva a qualificare il tipo di controllo (astratto o concreto).

Così la via incidentale (un controllo accentrato, ma ad iniziativa diffusa) è tale da inquadrare il nostro modello tra quelli "misti", diverso cioè dai classici modelli nordamericano e austriaco ed è la via di accesso risultata per molti anni quasi unica, per la mancata previsione di altre vie di accesso, presenti invece in altre esperienze europee di giustizia costituzionale, pur sempre inquadrate tra i modelli misti.

Una Corte costituzionale che partecipa, a livello paritario con le camere elette, al procedimento legislativo, come terza camera, produrrebbe, a mio avviso, un mutamento del nostro modello di giustizia costituzionale, avvicinandolo assai a quello francese, prima della riforma costituzionale del 2008, non a caso inserito tra i modelli di controllo politico in contrapposizione a quelli di natura giurisdizionale.

Nella logica di una cooperazione nello svolgimento dell'attività legislativa, sarebbe forse più coerente prevedere un controllo preventivo sull'intera legislazione ordinaria, ad iniziativa di soggetti politici o comunque legittimati da un interesse generale o addirittura, come per il controllo del Presidente della repubblica, in maniera automatica, indipendentemente da qualsiasi richiesta.

La logica infatti pare esulare quasi totalmente dalla tutela dei diritti fondamentali per centrarsi sulla esigenza di leggi dotate di ragionevolezza-universalità.

Potremmo chiederci se l'introduzione di un modello affatto diverso da quello previsto, con la conseguente necessità di rivedere *funditus* tutta una serie di principi e di istituti, sia possibile attraverso la giurisprudenza costituzionale ed il compito della dottrina debba essere quello di una presa di atto di quanto si suppone si sarebbe verificato in via di fatto.

3. *Il valore delle regole del processo costituzionale ed il loro grado di vincolatività per la Corte.*

Una linea che unisce il Seminario del 1990 a questa tavola rotonda è rappresentata, come già detto, dal significato delle regole processuali e dalla verifica sul campo del rispetto delle stesse da parte della Corte costituzionale.

La loro importanza è sottolineata dal Maestro che in questa occasione ricordiamo, il quale ha sottolineato come *una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale costituisce il più solido*

¹⁸ Pfersmann ricorda nel suo intervento il c.d. paradosso della democrazia: un regime democratico può essere democraticamente modificato in modo tale da non essere più democratico. Per questo la necessità di una gerarchizzazione delle fonti del diritto e della giustizia costituzionale.

connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità¹⁹.

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.

Il carattere speciale, quasi unanimemente sottolineato, del diritto processuale costituzionale e la conseguente necessità di "adattamenti" o "specificità" che tengano appunto conto di tale specialità, sembra porre poi il problema della "sopportabilità" di simili adattamenti o specificità, vale a dire se e quali siano i limiti entro cui si possa parlare (o continuare a parlare) di un diritto processuale costituzionale come diritto, forse prima ancora che come processo²⁰.

La necessità di previsioni elastiche, tali da consentire una certa libertà di movimento al Giudice delle leggi, in considerazione della particolare funzione ad esso attribuita dalla Costituzione e di procedere alla individuazione dei principi propri del processo costituzionale, partendo dal ruolo della Corte nel sistema o attraverso una

¹⁹ A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133.

Secondo G. ZAGREBELSKY, l'aspettativa di giustizia non potrebbe sussistere senza un processo, non essendo neppure pensabile un giudice senza un diritto processuale, il quale si trasformerebbe in gestore arbitrario delle posizioni sulle quali è chiamato a decidere. Il diritto processuale risulta essere quindi strettamente collegato alla concezione della Costituzione e indispensabile, anche se, date le particolarità del processo costituzionale – ad un tempo a carattere "oggettivo" e "soggettivo" – dovrà trattarsi di un diritto processuale costituzionale molto *sui generis*, per comprendere una pluralità di prospettive intorno a beni giuridici plurimi, nonché le ragioni, non sempre coincidenti della tutela soggettiva e di quella oggettiva (*Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 105 ss.

²⁰ Il riconoscimento della legittimità di un importante e concreto apporto della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della disciplina processuale, in considerazione del ruolo che la Corte svolge nel nostro sistema costituzionale, delle attribuzioni a questa riconosciute e del modo come il giudizio costituzionale sulle leggi si è venuto concretamente a realizzare, non può d'altra parte significare libertà di scegliere ora l'una ora l'altra interpretazione della disposizione processuale, a seconda del caso su cui la Corte si deve pronunciare, il che equivarrebbe a negare qualsiasi valore e significato alle regole processuali.

Con riguardo alla distinzione ricordata da A. RUGGERI (*Introduzione ai lavori*, in E. BINDI-M. PERINI-A. PISANESCHI (cur.), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 8 ss.) tra "regole" e "regolarità", potremmo ritenere che, data la posizione di giurisdizione unica e di vertice della Corte, a fronte di una constatata "regolarità" nell'interpretazione-creazione di profili processuali del giudizio, si possa dire formata una "regola" cui la stessa Corte è in certa misura vincolata. Né ritengo in proposito che ad escludere l'esistenza di regole, sia sufficiente la constatazione dell'assenza di un giudice che le faccia rispettare.

sorta di adattamento dei principi generali o comuni del diritto processuale, conduce a riflettere sulla identificazione di una soglia minima di principi che debba essere considerata indisponibile e sotto la quale può risultare difficile parlare di un processo e di un “giudice”, divenendo più appropriato l'accostamento ad un soggetto politico ed alle procedure tipiche dei soggetti politici.

È in questo senso che Valerio Onida ha posto in guardia nei riguardi di un processo di “destrutturazione delle regole”, specie per un “giudice che comunque dispone inappellabilmente delle proprie regole”. Egli procede anche a sintetizzare quelle regole che ritiene “comunque necessarie”, individuandole nei principi secondo cui «non spetta alla Corte stabilire *se* decidere o meno, come può fare un organo politico; non spetta alla Corte stabilire *su che cosa decidere*, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire *quando* occuparsi di un determinato tema»²¹.

Il riferimento ai surrichiamati limiti 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.

Sul primo aspetto l'affermazione contenuta nell'intervento di Marco Ruotolo, secondo la quale sono le regole processuali che si devono piegare alle (o meglio devono essere lette in funzione delle) esigenze del diritto costituzionale sostanziale, del ‘rendere giustizia costituzionale’ e non viceversa”, merita una precisazione.

Interpretare, anche in maniera “creativa” quando il testo lo consenta, le disposizioni processuali alla luce delle esigenze sostanziali sottese al processo costituzionale è cosa assai diversa dal “piegare” le regole processuali alle esigenze sostanziali e la prima attività pertanto non può essere ritenuta una semplice specificazione dell'altra.

Sul secondo aspetto, si tratta di capire se il rispetto delle regole processuali debba considerarsi “esterno” all'attività di bilanciamento oppure “interno” alla stessa.

Se, in altri termini, le disposizioni che regolano il procedimento debbano ritenersi come 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, con la conseguenza che il rispetto delle stesse legittima la successiva opera della Corte, al pari della esistenza dei presupposti del giudizio costituzionale (questione sollevata da un “giudice”, nel corso di un “giudizio”, ecc.) oppure, viceversa, se il rispetto delle regole processuali entri anch'esso, al pari dei principi sostanziali coinvolti ed emergenti dalla specifica questione sottoposta all'esame della Corte, nell'opera di bilanciamento, di modo che, a seconda dei casi, possa essere ritenuto ora prevalente, ora recessivo rispetto agli altri valori in giuoco.

Ritenere il rispetto delle regole processuali un valore “interno” all'opera di bilanciamento, significa in sostanza negare l'esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato, una volta che la violazione delle stesse può sempre essere giustificata e legittimata attraverso il richiamo alla “ragionevolezza dei

²¹ V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in *Giudizio “a quo”*, cit., 305.

fini di volta in volta presumibilmente perseguiti dalla Corte" oppure alla "ragionevolezza del mezzo prescelto".

Riprendendo il titolo di un noto scritto del Professore (*Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*) si tratta di stabilire quando siamo di fronte ad un "uso" (legittimo) delle regole processuali (ovvero entro i limiti prima indicati) oppure ad un "abuso" delle medesime e quindi ad una sorta di loro disapplicazione da parte della Corte.

Molti i casi segnalati in proposito in questi ultimi anni e ricordati negli interventi alla tavola rotonda, alcuni dei quali accomunati dal fatto di operare la Corte in una posizione di supplenza del legislatore ed in ragione cioè di una omissione dello stesso, al quale sono d'altra parte imputabili gran parte di quelle che vengono definite le "zone franche" del controllo di costituzionalità.

Una situazione particolarmente grave in un ordinamento come il nostro in cui le leggi incostituzionali debbono trovare applicazione fino al momento in cui non interviene una sentenza di incostituzionalità.

4. *Una riflessione su alcune recenti pronunce: gli interventi in materia elettorale (sent. nn. 1/2014 e 35/2017): l'ammissibilità delle questioni come interpretazione delle condizioni di accesso "ai limitati fini" del controllo di leggi elettorali e quindi "uso" generoso delle regole processuali; la possibilità di dichiarare incostituzionali le leggi a contenuto costituzionalmente necessario solo con sentenza manipolativa come "abuso" delle regole.*

Tra le questioni più discusse, vi sono certamente quelle relative agli interventi della Corte costituzionale in materia elettorale, quelle che hanno inteso incidere sugli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità e quelle su tematiche eticamente sensibili.

Con riguardo alle prime – sulle quali sono specificamente intervenuti Catelani, Lo Calzo e Tarli Barbieri – molti commenti (per lo più negativi) ha sollevato la sentenza n. 1 del 2014 con cui la Corte ha dichiarato la incostituzionalità della legge elettorale del 2005 (c.d. *porcellum*). Una legge ritenuta, fin da subito, affetta da molti dubbi di costituzionalità ed una sentenza di incostituzionalità seguita ad avvertimenti, moniti della Corte costituzionale attraverso proprie decisioni, ricordate nella tradizionale conferenza annuale dal presidente della Corte, il quale nell'occasione sottolineò, in maniera assolutamente innovativa, il carattere "doveroso" dell'adempimento del parlamento riguardo ai moniti della Corte.

Molte delle perplessità hanno riguardato la ammissibilità della questione e le motivazioni addotte dalla Corte a favore della stessa, con riguardo specificamente alla rilevanza (*rectius* alla pregiudizialità).

La Corte costituzionale ha superato i dubbi circa la ammissibilità della questione attraverso una lettura "generosa" – come pare dimostrare con evidenza la decisione della cassazione seguente alla dichiarazione di incostituzionalità – dei propri precedenti in ordine alla necessità di un *petitum* distinto da quello del dubbio di costituzionalità, ma la parte certamente più innovativa e significativa dello spostamento del

pendolo verso la politicità risulta essere quella con cui la Corte ritiene di dover aggiungere “altre” motivazioni, non strettamente necessarie allo scopo.

La Corte infatti introduce queste ultime con un significativo “per di più”, affermando che leggi quale quella elettorale, che definisce le regole essenziali per il funzionamento di un sistema democratico, non possono essere immuni dal sindacato della Corte, pena il determinarsi di una zona franca e quindi di un *vulnus* intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato.

Successivamente in altra questione di costituzionalità relativa stavolta alla legge elettorale per il parlamento europeo (sent. n. 110/2015), l’esistenza di una zona franca e l’impossibilità di giungere per altra via all’esame della Corte, da argomento “*ad abundantiam*” è divenuto elemento decisivo per dichiarare la inammissibilità di una questione di costituzionalità (sul presupposto cioè che la medesima poteva giungere per altra via al controllo di costituzionalità).

In dottrina qualcuno ha ritenuto con ciò modificato il sistema di accesso alla Corte e, di conseguenza il nostro modello di giustizia costituzionale, parlando della creazione di una sorta di “azione popolare”²² o di una via “semi-incidentale”²³.

Nella decisione più recente relativa alla legittimità costituzionale della legge elettorale del 2015 (c.d. *Italicum*), la Corte ha in sostanza ribadito, in ordine alla ammissibilità, le ragioni poste a fondamento della decisione del 2014, pur se di fronte ad una questione che veniva in qualche misura a rendere ancora più astratto il giudizio incidentale, avente ad oggetto una legge mai ancora applicata²⁴.

Elemento di novità: scompare il riferimento al “per di più” e gli argomenti a sostegno della ammissibilità sono stavolta posti tutti sul medesimo piano.

In un ordinamento che ritiene una legge incostituzionale valida e vincolante fintanto che la stessa non sia dichiarata tale dall’organo appositamente istituito allo scopo, particolarmente grave e pericolosa risulta all’evidenza l’esistenza di zone franche dal controllo di costituzionalità. Per questo è del tutto condivisibile lo sforzo del

²² G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 27.

²³ M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via “semi-incidentale” sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D’AMICO-S. CATALANO (cur.), *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, 27 ss.

²⁴ La questione di costituzionalità della legge regionale per la elezione del consiglio regionale della Lombardia è stata dichiarata inammissibile, relativamente alla parte in cui prevede un particolare premio di maggioranza e, mentre nella sent. n. 1/2014 la Corte si era mossa su un piano del tutto astratto e senza riferimento ad una specifica consultazione elettorale, nel caso della legge regionale al contrario la conclusione è stata fondata sopra una valutazione tratta dalla applicazione della legge al caso concreto. Il Giudice costituzionale infatti osserva come «la disposizione censurata non ha prodotto alcuno degli effetti incostituzionali paventati dal rimettente: la maggioranza assoluta dei seggi, infatti, non è stata attribuita ad una coalizione votata da una frazione minuscola dell’elettorato; il presidente a cui le liste erano collegate non è risultato eletto con un numero esiguo di voti; né il voto disgiunto ha comportato voti per le liste collegate inferiori a quelli del presidente» (sent. n. 193/2015). Una simile oscillazione di fronte a questioni sostanzialmente analoghe non può non dare l’impressione di scelte eccessivamente discrezionali da parte del Giudice delle leggi e guidate da ragioni che possono sembrare di opportunità politica.

Giudice costituzionale, nel rispetto dei poteri ad esso attribuiti e dei limiti per il loro esercizio, di ridurre al massimo quelle aree, anche attraverso l'interpretazione giurisprudenziale delle condizioni di accesso e dei requisiti richiesti per l'instaurazione del processo costituzionale.

In questo senso molti sono gli esempi che potremmo trarre dalla ormai sessantennale giurisprudenza costituzionale, si pensi ad esempio alla nozione sostanziale di "giudice" "ai limitati fini" della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità, che ha consentito in certi casi di superare appunto zone franche (la corte dei conti in sede di controllo) oppure a quella di rilevanza, "addolcita" allo scopo di poter sindacare le norme penali di favore e di poter consentire di sollevare questioni nell'ambito del giudizio cautelare.

Un'interpretazione tendente ad ampliare l'accesso al giudizio costituzionale in ragione del principio di costituzionalità non rappresenta perciò una novità per la giurisprudenza costituzionale e deriva, di volta in volta, da esigenze concrete che vengono a manifestarsi e rispetto alle quali la Corte tenta di trovare una soluzione.

La materia elettorale, ed in particolare quella relativa alla legge elettorale del senato e della camera, era stata indicata da decenni come una delle zone franche alle quali porre rimedio e diverse sono state le soluzioni prospettate in proposito dalla dottrina.

Anche nella considerazione che la differenza di *petitum* è un requisito tendente a garantire il giudizio costituzionale dalle ipotesi di *lites fictae*²⁵, comunque creato dalla giurisprudenza costituzionale ed il cui rispetto ricade principalmente sul giudice comune, ritengo quindi che nella specie si sia trattato di un "uso" – sebbene spinto quasi al limite del consentito – e non di un "abuso" delle regole processuali.

Diversa invece la mia valutazione su altro elemento che emerge dalle due sentenze del 2014 e 1017 adesso richiamate, al quale non è stata prestata a mio giudizio la dovuta attenzione.

Mi riferisco alla affermazione della Corte, introdotta per la prima volta con la sent. n. 1/2014 e poi ribadita in termini assolutamente analoghi con la n. del 2017, secondo la quale essa non potrebbe dichiarare la incostituzionalità di una legge costituzionalmente necessaria allorché dalla dichiarazione non residuasse una normativa comunque immediatamente applicabile.

Si tratta come noto di principi affermati nell'ambito di giudizi attinenti alla ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo, con i quali, in maniera assai creativa, la Corte ha posto limiti al *referendum*, ma mai finora trasferiti al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale, che risponde a criteri e presupposti assai diversi.

Tanto importante è stato considerato un simile risultato da essere esplicitamente ricordato nel comunicato stampa con cui la Corte costituzionale ha annunciato il 25 gennaio scorso l'esito del giudizio («All'esito della sentenza, la legge elettorale è suscettibile di immediata applicazione»).

La cosa è stata espressamente ricordata in motivazione con riguardo ad entrambe le dichiarazioni di incostituzionalità contenute nella sentenza del 2017.

²⁵ Cfr. A. REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, in Riv. AIC, 21 settembre 2013, n. 3.

A proposito della disciplina del ballottaggio la Corte infatti precisa che «la normativa che resta in vigore a seguito della caducazione (...) è idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo (...). Infatti, qualora, all'esito del primo turno, la lista con la maggiore cifra elettorale nazionale non abbia ottenuto almeno il 40 per cento del totale dei voti validi espressi, s'intende che resta fermo il riparto dei seggi tra le liste che hanno superato le soglie di sbarramento» secondo il criterio proporzionale.

Nel caso della libera scelta del capolista della circoscrizione in cui risultare eletto, la Corte procede «in via meramente esemplificativa» ad indicare alcune possibili soluzioni alternative a quella dichiarata incostituzionale, pur avvertendo che «appartiene con evidenza alla responsabilità del legislatore sostituire tale criterio [dichiarato incostituzionale] con altra più adeguata regola, rispettosa della volontà degli elettori».

Alla Corte preme comunque di segnalare che, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, permane, nella stessa disposizione, quale criterio residuale, quello del sorteggio.

Ciò in quanto «tale criterio è già previsto dalla porzione di disposizione non coinvolta dall'accoglimento della questione, e non è dunque introdotto *ex novo*, in funzione sostitutiva dell'opzione arbitraria caducata: è in realtà ciò che rimane, allo stato, dell'originaria volontà del legislatore espressa nella medesima disposizione coinvolta dalla pronuncia di illegittimità costituzionale. Il permanere del criterio del sorteggio restituisce pertanto, *com'è indispensabile*, una normativa elettorale di risulta anche per questa parte immediatamente applicabile all'esito della pronuncia, idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo» (corsivo aggiunto).

La soluzione suscita, a mio avviso, molte perplessità in relazione al ruolo che la nostra Costituzione assegna alla Corte costituzionale come controllore e garante della costituzionalità delle leggi.

Evidente il rischio che una simile motivazione possa divenire una sorta di *passer-partout* valido per qualsiasi opzione decisoria e comunque il compito della Corte è quello di giudicare sulla costituzionalità di una legge, mentre altri sono i soggetti ai quali spetta ricercare le soluzioni alternative a quella incostituzionale.

Il rischio per la Corte è pertanto quello di spingersi in un terreno che non le appartiene, snaturando il proprio ruolo.

Un limite quale quello sopra indicato delle leggi costituzionalmente necessarie, comporta che per una categorie di leggi estremamente importanti (tanto da essere appunto costituzionalmente necessarie) la Corte si trova nella condizione, anche di fronte a situazioni di palese incostituzionalità, di non poter procedere alla dichiarazione di incostituzionalità qualora a seguito di quest'ultima non risulti una normativa immediatamente applicabile.

Un tipo di limitazione quindi assai rilevante, nella misura in cui certamente la Corte non possiede tutti gli strumenti necessari allo scopo e può pertanto rischiare di svolgere un ruolo che non le è proprio, come sembrano mostrare i casi risolti con le sentenze nn. 1/14 e 35/17.

Nel primo caso essa ha operato in modo che la lacuna non si creasse, attraverso una dichiarazione di incostituzionalità che, a suo giudizio, reintroduce il sistema pro-

porzionale e soprattutto con una additiva in materia di voto di preferenza che, proprio sulla base della motivazione della Corte, non poteva ritenersi "a rime obbligate".

Lo stesso Giudice costituzionale ha indicato infatti varie possibili soluzioni alternative alle liste bloccate della legge n. 270/2005 dichiarate incostituzionali, salvo individuare, in attesa di un intervento del legislatore, quella della preferenza unica, senza che questa sia ricavata da una norma giuridicamente esistente e pur se una simile soluzione non fosse mai stata prevista per l'elezione del senato.

Nel secondo caso potremmo innanzi tutto fortemente dubitare che il sistema "residuale" del sorteggio vada esente da dubbi di conformità a quei principi costituzionali ritenuti dalla Corte violati dalla libera scelta del capolista.

Inoltre qualora ad esempio, come assolutamente possibile, il legislatore non avesse previsto che, in caso di mancata scelta dell'eletto entro otto giorni dalla data dell'ultima proclamazione, si procede con il sorteggio, la Corte non avrebbe potuto dichiarare la incostituzionalità della scelta arbitraria del capolista eletto in più circoscrizioni, pur essendo la stessa, secondo le parole della stessa, «in contraddizione manifesta con la logica dell'indicazione personale dell'eletto da parte dell'elettore» e tale da «condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressa dagli elettori».

La decisione sarebbe dovuta essere in questo caso di inammissibilità, trattandosi di legge costituzionalmente necessaria e non essendovi una normativa di risulta immediatamente applicabile.

Lo stesso, *mutatis mutandis*, potrebbe essere ripetuto anche per la dichiarazione di incostituzionalità della disciplina del premio di maggioranza attribuito a seguito del turno di ballottaggio.

Paradossalmente la ricordata giurisprudenza della Corte costituzionale viene così ad eliminare una "storica" zona franca del controllo sulle leggi elettorali ed al tempo stesso però ne crea una nuova: quella delle leggi costituzionalmente necessarie non eliminabili attraverso una incostituzionalità non manipolativa.

Potremmo addirittura pensare che, come qualcuno ha detto con riguardo alla approvazione di leggi "a prova di referendum", una simile giurisprudenza potrebbe indurre il legislatore ordinario ad approvare, per gli aspetti più importanti o controversi, leggi costituzionalmente necessarie in una forma tale che non consenta, in caso di dichiarazione di incostituzionalità, di residuare una normativa immediatamente applicabile, con ciò impedendo alla Corte di dichiararne la incostituzionalità.

5. *Segue: la modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità (sent. n. 10/2015) e la inapplicabilità delle stesse al giudizio a quo ed ai giudizi pendenti in caso di rilevata incostituzionalità ab origine della norma: un caso di "abuso" delle regole processuali.*

Un'altra serie di pronunce assai discusse sono state quelle con cui la Corte è intervenuta per regolare gli effetti delle proprie decisioni di incostituzionalità e la più discussa e discutibile risulta senz'altro la sent. n. 10/2015, la quale ha dichiarato la incostituzionalità della legge n. 133/2008 (c.d. robin tax), stabilendo però che la stessa

avrebbe dovuto avere efficacia solo *pro futuro*, con esclusione pertanto anche del giudizio *a quo* e quindi del caso che aveva originato la questione di costituzionalità (una questione decisa dalla Corte dopo quattro anni dalla pronuncia dell'ordinanza di rimessione).

Anche in precedenti occasioni – più precisamente negli anni 1988-1992²⁶ – era accaduto che la Corte avesse utilizzato un tipo di pronuncia chiamato di “illegittimità costituzionale sopravvenuta” con la quale aveva giustificato la inapplicabilità della dichiarazione di incostituzionalità nel giudizio *a quo*, in quanto appunto sopravvenuta rispetto al medesimo²⁷.

Rispetto ai ricordati precedenti la Corte, per la prima volta, non fa alcun riferimento a situazioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta o di gradualità nella realizzazione di principi costituzionali, ma al contrario riconosce che la normativa impugnata era illegittima *ab origine*, sottolineando addirittura che le modifiche della stessa intervenute successivamente alla proposizione della questione di costituzionalità hanno reso, se possibile, ancora più incostituzionale la normativa impugnata.

²⁶ Cfr. Corte cost. nn. 266 e 501/1988, 50/1989, 124/1991, 416/1992.

²⁷ In realtà, nonostante la Corte si sia sforzata sempre di motivare le sue decisioni attraverso il riferimento a situazioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta, a meglio vedere era possibile distinguere tra due diversi modi di operare da parte del Giudice costituzionale.

In ragione di ciò era stato proposto di distinguere tra una illegittimità costituzionale sopravvenuta in senso stretto e la limitazione dell'efficacia retroattiva della incostituzionalità realizzata in concreto attraverso un bilanciamento tra valori o principi costituzionali.

Nel primo caso (illegittimità sopravvenuta in senso stretto) la Corte affermava che una determinata disciplina, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, era divenuta incostituzionale solo successivamente, a seguito del sopraggiungere di avvenimenti posteriori, per cui l'effetto della dichiarazione di incostituzionalità doveva decorrere dal momento in cui tale condizione si era effettivamente verificata. La determinazione della efficacia della dichiarazione di incostituzionalità discendeva dal fatto che la legge impugnata perdeva efficacia, non dal giorno della sua entrata in vigore, ma da un momento successivo (quello cioè da cui è divenuta incostituzionale), restando fermo che tale legge non poteva trovare applicazione nel giudizio *a quo* e in tutti i giudizi ancora pendenti in cui deve farsi applicazione della stessa. Dal momento in cui la legge fosse divenuta incostituzionale, ciò doveva infatti valere per tutti, anche per i rapporti sorti prima del passaggio della soglia temporale di tollerabilità costituzionale.

Nel secondo caso invece (bilanciamento) la Corte, nella considerazione che la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, nel tutelare e garantire certi valori, produrrebbe contemporaneamente effetti negativi rispetto ad altri valori, anch'essi meritevoli di tutela a livello costituzionale, differiva l'efficacia della propria pronuncia in maniera tale da ridurre o eliminare tali effetti negativi ed indicava quindi un termine a partire dal quale la disposizione impugnata doveva ritenersi incostituzionale. In questi casi la Corte è pervenuta al risultato di richiedere che la norma dichiarata incostituzionale venisse applicata nel giudizio *a quo* oppure nei giudizi pendenti.

Evidente la differenza in ordine alla individuazione del *dies a quo*, cui ricollegare gli effetti della decisione di accoglimento. Nel primo caso esso, coincidendo con il momento in cui la legge è divenuta per tutti incostituzionale, deve essere ricavata interamente all'interno della questione di costituzionalità ad essa sottoposta e dal materiale normativo a disposizione della Corte, mentre nel secondo, dovendosi individuare il punto di minor sofferenza per i differenti valori in giuoco, essa gode indubbiamente di una maggiore discrezionalità, che sfugge a possibili verifiche, se non quella relativa alla sua “ragionevolezza”.

La motivazione infatti fa riferimento non ad elementi da valutare oggettivamente allo scopo di fissare il *dies a quo* per la decorrenza degli effetti della incostituzionalità, bensì esclusivamente all'attività di bilanciamento svolta dalla stessa Corte, allo scopo di pervenire alla soluzione costituzionalmente ritenuta più corretta e ponendo in tale attività sullo stesso piano elementi di ordine sostanziale con quelli di ordine processuale, elementi che dovrebbero ritenersi "interni" alla questione ed elementi invece necessariamente "esterni" alla medesima.

La via incidentale, come detto, ha inteso sollevare il giudice dall'obbligo di applicare una legge incostituzionale e soprattutto dal punto di vista del soggetto destinatario della legge e titolare dei diritti costituzionali, la via incidentale rappresenta l'unico strumento che l'ordinamento gli riconosce per far valere il suo diritto nei confronti di una lesione di un diritto fondamentale da parte del legislatore, non essendo prevista alcuna forma di ricorso individuale diretto al Giudice costituzionale.

Difficile pertanto non rilevare come la soluzione di ritenere la norma dichiarata incostituzionale non efficace nel giudizio *a quo* ha determinato un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento della finalità ad essa sottese.

Il giudice *a quo* infatti e la parte che ha proposto l'istanza, sollevando dubbi circa la conformità di una norma alla Costituzione, si trovano a veder riconosciuto il fondamento degli stessi e quindi la lesione dei diritti costituzionali ad opera del legislatore, ma al tempo stesso a dover sopportare l'applicazione di una legge dichiarata incostituzionale.

Una simile risultato è perseguito dalla Corte non attraverso una sia pur ardua opera di interpretazione, bensì una sostanziale disapplicazione della stessa in ragione dell'esito di un bilanciamento tra principi costituzionali e regole processuali, costituzionalmente necessario allo scopo di contemperare tutti i principi e diritti in gioco e per un risultato sostanziale che eviti di determinare una ancora maggiore situazione di incostituzionalità.

La Corte costituzionale procede infatti ad una sostanziale riscrittura dell'art. 30, comma 3, legge n. 87/1953, stabilendo che essa, con decisione inoppugnabile e secondo un principio di stretta proporzionalità, può chiedere al giudice *a quo* o a quelli dei giudizi pendenti di derogare a tale disposizione, in presenza dei seguenti presupposti: «l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco».

In questo caso mi pare che siamo chiaramente di fronte ad un "abuso" delle regole del processo costituzionale.

6. *Segue: la incostituzionalità di una norma costituzionalmente necessaria: il caso del c.d. divorzio imposto (sent. n. 170/2014) e la dichiarazione di incostituzionalità di una omissione legislativa.*

A proposito delle sentenze relative a diritti fondamentali eticamente sensibili, mi pare significativo il caso della dichiarazione di incostituzionalità del c.d. divorzio imposto ed i problemi interpretativi ai quali essa ha dato luogo.

La decisione (n. 170/2014) si pone in stretta connessione con la precedente n. 138/2010, con la quale la Corte aveva, da un lato, escluso la incostituzionalità della mancata previsione di un diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, secondo una lettura dell'art. 29 Cost. come riferito alle sole coppie eterosessuali e dall'altro aveva però affermato il diritto fondamentale della coppia omosessuale a vivere una vita familiare e di relazione, invocando in tal senso un intervento del legislatore.

Il caso della più recente decisione era assai particolare, trattandosi di coppia etero regolarmente unita in matrimonio in cui uno dei coniugi aveva però proceduto alla rettificazione del sesso anagrafico, con il risultato che la coppia era, *post matrimonium*, divenuta omosessuale.

Oggetto della questione di costituzionalità era la disposizione legislativa che prevede, in questo caso, l'effetto automatico dello scioglimento del matrimonio, anche nell'ipotesi in cui nessuno dei due coniugi lo richieda o addirittura anche in caso di loro contraria volontà (per questo si parla di divorzio imposto).

La Corte costituzionale ha risolto la questione con una pronuncia additiva di principio, la quale risulta composta di due parti distinte: una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento dei principi costituzionali operato dalla Corte. Le due parti risultano non solo distinte, ma anche dotate di differente efficacia, essendo la prima vincolante e ponendosi invece la seconda a livello di indicazione, monito o suggerimento con forza meramente persuasiva, salva ovviamente la possibilità, per la Corte, di "doppiare" la pronuncia con altra di incostituzionalità totale.

Nel caso in esame viene a mancare la parte demolitoria, in quanto ad essere dichiarata incostituzionale non è una norma, bensì una pura omissione del legislatore e la norma impugnata in effetti non solo non è ritenuta incostituzionale, ma addirittura costituzionalmente necessaria, perché, a giudizio della Corte, l'introduzione, nei casi quali quello in esame, di un divorzio a domanda «equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.».

La "novità" crea quindi difficoltà nell'applicare le disposizioni relative all'efficacia delle sentenze di incostituzionalità e fa addirittura sorgere dubbi su quale sia il seguito da dare alla pronuncia.

Così in dottrina, mentre alcuni si erano espressi nel senso che l'efficacia della pronuncia doveva in sostanza ritenersi identica a quella di una decisione di inammissibilità o di infondatezza con monito, riconoscendo ad essa al più l'effetto di rendere quest'ultimo più pressante, secondo altri, allo scopo di superare comprensibilmente la frustrazione di una dichiarazione di costituzionalità *inutiliter data*, avevano ritenu-