La Corte costituzionale: *anno domini* 2014 Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia

Sara Lieto e Pasquale Pasquino¹

(aprile 2015)

1. Introduzione

Quando l'Assemblea costituente introdusse in Italia la prima Corte costituzionale del dopoguerra questa fu, come è noto, il risultato di un difficile compromesso fra gli attori politici favorevoli e quelli contrari alla creazione di un organo di controllo delle scelte del Parlamento e di garanzia della Costituzione rigida². Peraltro, e probabilmente a causa della forte opposizione socialcomunista nei confronti di ogni limite posto alla supremazia del Parlamento, il testo della nostra Carta fondamentale non indicava (e non indica ancor oggi esplicitamente) le modalità di accesso ad una istituzione che, essendo caratterizzata da "passività", resterebbe in assenza di tale meccanismo nell'incapacità di operare. Coscienti di questa incompiutezza e prima delle elezioni politiche dell'aprile del 1948, il governo De Gasperi con la legge costituzionale n.1 del 1948³ definisce una modalità di accesso, quella della questione incidentale, che si può senza forzature considerare un carattere essenziale del "modello" di controllo di costituzionalità tipico del nostro ordinamento⁴. Le ragioni di tale scelta possono essere state diverse e certamente anche dettate all'origine dalla preoccupazione di creare un "filtro" all'accesso alla Consulta da parte dei giudici; filtro considerato con favore a quell'epoca dalle forze più conservatrici, che potevano contare su un corpo giudiziario formatosi negli anni del fascismo e dunque più incline a inviare dinanzi alla Corte possibili leggi progressiste, nel caso in cui le elezioni legislative fossero state vinte dalla sinistra social-comunista. Le cose poi andarono diversamente, ma bisognò attendere prima il 1956 perché la classe politica e cioè la maggioranza parlamentare si decidesse a completare la nomina dei membri della Corte costituzionale e poi il congresso di Gardone della magistratura⁵ perché il meccanismo deciso in linea di principio dalla Costituente cominciasse a funzionare a pieno regime.

Qui peraltro ci interessa porre l'attenzione su una circostanza diversa, che è l'oggetto di questo articolo. Quando la Costituente fece la scelta della Corte costituzionale, le funzioni di un tale organo non erano molto più chiare di quanto non lo fossero quelle del Presidente eletto e capo dell'esecutivo per i padri fondatori della Costituzione americana. I precedenti erano nell'immediato dopoguerra pochi e poco noti. Il *judicial review* di stampo americano era lontano nel suo impianto e nella sua essenziale funzione di giudice federale dal modello detto "centralizzato" e "monopolista" che si era adottato. E l'esperienza del *Verfassungsgericht* austriaco era conosciuto da pochissimi. Lo stesso Kelsen non era praticamente mai stato evocato nei dibattiti della Costituente sulla Corte costituzionale. Quale fosse la funzione dell'organo che si veniva creando e quali i suoi poteri specifici non erano interamente prevedibili negli anni immediatamente successivi al fascismo ed alla guerra. C'era solo il bisogno, condiviso dai Costituenti tedeschi – e poi da quelli di tutti i sistemi post-autoritari⁶ – di creare un organo di controllo del Parlamento e di dare ai diritti elencati nella Costituzione la possibilità che li rende tali: quella di un *rimedio* legale esercitato da una corte

¹ Questo articolo è il risultato di riflessioni e discussioni comuni ai due autori. I paragrafi 1, 3, 10, 11 sono di Pasquale Pasquino e i paragrafi 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 sono di Sara Lieto.

² Sul tema si veda Pasquino 2006b.

³ Per un approfondimento della questione dell'accesso, Pasquino 2006a.

⁴ In tal senso, del resto, vanno intese probabilmente le perplessità espresse dal presidente della Corte costituzionale nel corso della conferenza stampa del 12 marzo scorso circa la possibile introduzione di un controllo delle leggi a priori, per quanto limitato a quelle elettorali, che mostrano come sia incardinata nella cultura giuridica del nostro paese il modello del ricorso per via incidentale.

⁵ Si rilegga la magistrale relazione introduttiva di G. Maranini presentata al Congresso dell'Associazione Nazionale dei Magistrati a Gardone, in Maranini 1966a, 11 ss.; relazione in parte riproposta in Maranini 1966b, 134 ss.

⁶ Sul tema si veda Pasquino - Ferejohn 2002.

di giustizia. Delle trasformazioni che l'introduzione della Corte costituzionale rappresentava nei confronti del parlamentarismo di stampo classico erano, in certo senso, più consapevoli i suoi avversari, in particolare V.E. Orlando che nel dibattito in Assemblea costituente⁷ poneva in evidenza come la inserzione di quell'organo nella nostra struttura costituzionale rappresentasse una rottura con il modello (a lui caro, come peraltro alla sinistra giacobina!) della sovranità parlamentare, che la presenza di un controllo sulle leggi deliberate da organi eletti e responsabili dinanzi al suffragio veniva definitivamente ad intaccare.

Sembra in realtà che almeno dal punto di vista teorico – e lasciamo qui da parte le motivazioni partigiane che erano dietro il sostegno e l'ostilità nei confronti di quella scelta – la ragione che deponeva a favore della introduzione di una Corte costituzionale era la scelta da parte dei Costituenti di una costituzione rigida. Il tema, già ampiamente evocato negli scritti della Commissione Forti⁸, metteva in evidenza che una tale Costituzione era sottratta al potere delle maggioranze elette e che solo un accordo con l'opposizione consentiva il mutamento delle basi stesse della convivenza politica – se era vero, come lo era, che la nostra Carta fondamentale risultava da un accordo e da un compromesso fra social-comunisti e cristiano-democratici, era evidente che nessuna delle due parti poteva essere in grado di modificare da sola il fondamento di quell'ordine pattizio. Ma quale fosse il contenuto di una norma che violava il patto fondamentale e i diritti che esso garantiva ai cittadini era inevitabilmente una questione controversa, di qui la necessità di un organo capace di fermare la maggioranza e rinviare eventualmente la decisione dinanzi al potere di revisione costituzionale.

In realtà, la scelta dei Costituenti italiani dava al principio enunciato già nel 1789 all'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti – senza la garanzia dei quali, si sosteneva, non vi era Costituzione, nel senso che il termine ha preso alla fine del secolo dei Lumi – uno strumento effettivo di concretizzazione. Che la Corte costituzionale si limitasse a produrre semplici sillogismi pratici con premesse maggiori, minori e conclusioni era una finzione che la realtà del funzionamento dell'organo doveva assai presto svelare. Appena ci si fosse resi conto che la Costituzione, come ogni testo scritto in linguaggio naturale, è oggetto di interpretazione creatrice. A cominciare dall'uso di "interpretazioni delle leggi conformi al contenuto della Costituzione", a sua volta oggetto di interpretazione da parte della Corte.

Nei primi anni la funzione di co-legislatore dell'organo di garanzia fu in certo senso occultato da una circostanza precisa ed evidente. Gran parte del lavoro della Corte, se si prescinde dai conflitti iniziali con la Cassazione, fu dedicato a ripulire la codificazione pre-repubblicana da norme che aderivano ad una diversa costituzione materiale, quella del regime fascista. Negli anni successivi si sviluppò tutta una tecnologia di sentenze, tipizzata poi dalla dottrina, attraverso le quali la Corte costituzionale estese la sua capacità di interferire con l'attività legislativa, che la tradizione assegnava al Parlamento. Alla semplice dicotomia costituzionale /incostituzionale venne a sostituirsi un articolato schema di possibili risposte che la Consulta dava agli organi che sollevavano le questioni di costituzionalità, in particolare i magistrati ordinari, che sempre più si sentivano organi esecutivi della Costituzione prima ancora che della "legge" e chiedevano l'aiuto della Corte nell'espletazione delle loro funzioni giudicanti.

A differenza che in Francia, dove le competenze del *Conseil constitutionnel* sono state estese per l'essenziale da riforme della Costituzione volute da Giscard D'Estaing prima (1974) e da Sarkozy più di recente (2008), in Italia (con l'eccezione importante delle norme relative alla Corte approvate dal Parlamento nel 1953) l'estensione dei poteri di intervento della Corte sono il risultato

⁹ In realtà, le norme relative alla revisione costituzionale (art. 138 Cost.) ne fanno un caso di Costituzione quasi flessibile – peraltro sotto controllo popolare, o almeno di coloro che votano per il referendum abrogativo della riforma costituzionale. Purtroppo l'assenza di un quorum per questo tipo di referendum è un problema serio, che meriterebbe una discussione.

⁷ Opinione espressa in particolare nella seduta del 10 marzo 1947, in Atti Assemblea Costituente, p. 1939; per una ricostruzione più articolata dell'opinione di V.E. Orlando sulla Corte costituzionale si veda D'Orazio 1981, 58 ss. ed inoltre Orlando 1951.

⁸ Sui lavori della Commissione Forti si veda D'Alessio 1979.

di una lenta maturazione della quale in questo articolo si vuole considerare semplicemente il capitolo più attuale. Saranno dunque considerate nei dettagli alcune sentenze (sent. n. 1/2014; sent. n. 238/2014; sent. n. 10/2015) per mostrare come, senza fuoriuscire formalmente dal modello introdotto dalla legge cost. n. 1 del 1948, la Corte sia stata in grado di estendere le sue possibilità di intervento nella fabbrica del diritto vigente nel nostro Stato costituzionale, in cui a differenza che nel modello parlamentare liberal-giacobino il processo di produzione delle norme giuridiche viene assegnato contemporaneamente ad organi la cui legittimità è basata sul meccanismo elettorale *ma anche* ad organi che controllano i primi.

2. Due sentenze paradigmatiche

Particolarmente indicative dei cambiamenti in atto della giustizia costituzionale in Italia risultano due recenti sentenze, che pur ricalcando formalmente i tradizionali schemi di accesso e di decisione sembrano collocarsi in un'area di intervento della Corte per certi versi nuova. Si tratta della n. 1/2014, sulla legge elettorale di Camera e Senato, e della n. 238/2014, sulle norme consuetudinarie e convenzionali di diritto internazionale relative all'immunità giurisdizionale degli Stati, entrambe, e per ragioni diverse - non a caso - oggetto di particolare interesse da parte della dottrina 10. Le due decisioni risultano, infatti, piuttosto rappresentative del processo di trasformazione, che naturalmente non va inteso come accadimento repentino, ma come risultato di graduali percorsi evolutivi e di sviluppo, in quanto i mutamenti nel caso delle Corti avvengono per via *incrementale*, in quanto le stesse procedono per accumuli lenti e sotto traccia che ad un certo punto diventano evidenti e sembrano rotture solo ad uno sguardo poco attento ai segni del cambiamento.

Cominciamo con l'osservare che nelle sentenze richiamate, elemento di particolare evidenza è quello che viene identificato spesso come alto «tasso di politicità» delle decisioni, che si lega al potenziamento del ruolo della Corte nel rapporto con altre istituzioni, non solo nazionali.

In entrambe si osserva, inoltre, una *ridefinizione del modello incidentale* rispetto alla sua struttura originaria, sia per quanto riguarda gli effetti della decisione sul giudizio *a quo*, sia per le modalità di accesso alla Corte. Entrambe le sentenze infatti mostrano la possibilità di espansione del ruolo della Corte mantenendo fermi formalmente gli schemi del ricorso incidentale¹¹. Quanto all'alto «tasso di politicità», va osservato che la Corte, chiamata a pronunciarsi su questioni particolarmente rilevanti per uno Stato costituzionale (il diritto di voto e il diritto di agire in giudizio), ha svolto un ruolo produttivo – nei limiti delle sue attribuzioni – assumendo posizioni fondate sul confronto con altre istituzioni, che è caratteristica fondamentale delle forme di governo poliarchiche, o come si dirà più avanti *a potere diviso*. Senza pregiudicare i limiti costituzionali di natura politico-sostanziale del suo operato, la Corte ha accolto le questioni, ponendo la risoluzione dei problemi di costituzionalità in un'ottica di condivisione e, talvolta, anche di tensione e di scontro, essendo in particolare quello fra Corte ed organi eletti (ma non solo) tradizionalmente un rapporto di *concordia discors* (Cicerone). Il controllo della legge da parte della Corte – come è noto – non sempre risolve del tutto il problema di illegittimità costituzionale, essendo talvolta necessario l'intervento di altri soggetti istituzionali, in particolare delle assemblee legislative¹². Essa, tuttavia,

1

¹⁰ Si veda in proposito Lieto - Pasquino 2013; Lieto - Pasquino 2014.

¹¹ Sulla tipologia delle forme di controllo di costituzionalità si vedano le osservazioni idealtipiche elaborate in Pasquino 2002, 359 ss.

¹² Emblematica in questo senso è un'altra importante sentenza della Corte costituzionale, sempre del 2014, la n. 170. Si tratta, infatti, di una dichiarazione di incostituzionalità ascrivibile ad una additiva di principio, con la quale la Corte dichiara incostituzionale la norma (artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982) che prevede lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito del cambiamento di sesso da parte di uno dei coniugi. Si tratta, nel caso di specie, di una vicenda in cui, a seguito della rettificazione di attribuzione del sesso di uno dei coniugi, essi avrebbero voluto comunque rimanere sposati. La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione ha indotto al Corte costituzionale ad assumere una decisione di accoglimento per violazione dell'art. 2 Cost. con cui sostanzialmente essa censura l'assenza nella norma di una qualche forma di tutela giuridica (non meglio specificata, anche perché ricorrendo all'analogia interpretativa l'unico istituto rilevabile nell'ordinamento è, paradossalmente, il matrimonio stesso) del

quando non può svolgere un ruolo sostitutivo, può certamente, se le sentenze non sono autoapplicative, fornire un indirizzo agli altri organi nella risoluzione delle antinomie costituzionali.

3. Richard Thoma: la Corte e la politica

Prima di analizzare le due sentenze nella prospettiva di questo studio, ci sembra però utile soffermarci sul tema della "politicità" dell'attività giudicante della Corte per sgombrare il terreno da ambiguità intrinseche ad un uso non specificato del termine "politico". Lo faremo prendendo spunto dalle osservazioni importanti presentate da Richard Thoma nel corso del dibattito di alto livello che seguì i rapporti sul controllo di costituzionalità al congresso di Vienna dei giuspublicisti di lingua tedesca del 1928, quando, in parallelo a quello di Heinrich Triepel, venne presentato da Hans Kelsen il suo celebre rapporto sul controllo di costituzionalità¹³, considerato da molti come il testo fondatore della dottrina della giustizia costituzionale in Europa¹⁴.

Thoma, allora professore di diritto pubblico a Heidelberg e poi a Bonn, nel suo intervento di commento alle due relazioni sostenne che il termine *politico* poteva essere usato in tre accezioni diverse, che era necessario distinguere, quando veniva adoperato a proposito del controllo di costituzionalità.

- 1. In senso più generale e debole, ogni decisione della Corte costituzionale può essere chiamata politica, poiché essa ha comunque effetti su un numero piccolo o grande dei membri della comunità dei cittadini (la *polis* nel linguaggio dei greci, che noi chiamiamo con i romani società,) e questo anche se si tratta di una semplice e poco controversa interpretazione delle norme di diritto scritte nella costituzione.
- 2. In molti casi, e in un senso diverso del termine, è possibile che i membri del collegio formato dalla Corte siano in disaccordo fra di loro, poiché essi esprimono diversi giudizi di valore. Questi possono essere chiamati *politici*, intendendo con questo termine che si tratta di giudizi *soggettivi* e non puramente tecnico-giuridici anche se, aggiungiamo noi, pare difficile pensare all'assenza assoluta di giudizi soggettivi nelle analisi tecnico giuridiche, che non sono teoremi matematici. Quello che Thoma sembra sostenere è che l'interpretazione costituzionale dipende dalle opinioni dei giudici e che il possibile disaccordo testimonia del fatto che non esiste una sola possibile risposta alle questioni relative alla costituzionalità delle leggi e questo anche indipendentemente da pregiudizi specificamente partigiani.
- 3. In terzo luogo, vi sono casi nei quali la Corte deve prendere decisioni consistenti nel riempire vuoti del testo (poiché tutte le costituzioni sono *incomplete contracts*). E in questo caso più che di interpretazione costituzionale bisognerebbe parlare di integrazione della costituzione.

E' interessante osservare, fra parentesi, che Kelsen non commentò affatto queste osservazioni. Esse sfondavano lo scudo della *dottrina pura del diritto*, sulla quale il giurista di Praga cercava di fondare la sua concezione della giustizia costituzionale. Thoma peraltro aggiungeva alle sue analisi circa il significato del termine *politico* che era necessario chiedersi se fosse possibile trovare individui che nonostante le loro opinioni *soggettive* fossero in grado di controllare nella misura del possibile i loro pregiudizi e le loro opinioni partigiane e la sua risposta su questo punti era positiva.

vincolo tra gli ex coniugi alternativa al matrimonio. Con la recente Sentenza n. 8097 del 21/04/2015, la prima sezione civile della Corte di cassazione – così si legge sul comunicato del suo sito – "ha accolto il ricorso, proposto da una coppia unita in matrimonio e in cui uno dei coniugi aveva ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso, contro l'annotazione – avvenuta proprio a seguito di tale rettifica - a margine dell'atto di matrimonio dell'intervenuta cessazione dei suoi effetti. La Suprema Corte ha ritenuto che la sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale – con la quale ha dichiarato l'illegittimità delle norme in tema di rettifica del sesso nella parte in cui non prevedono la possibilità di mantenere in vita il rapporto di coppia con altra forma di convivenza giuridicamente riconosciuta, con modalità da statuire dal legislatore - fosse non di mero monito ma autoapplicativa, con la conseguenza che è costituzionalmente necessario conservare alla coppia il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al matrimonio fino a quando il legislatore non intervenga". Sulla sentenza della Corte Costituzionale i commenti sono stati numerosi; si vedano in particolare Romboli 2014a, 2680 ss.; Ruggeri 2014a; Veronesi 2014; Brunelli 2014; Biondi 2014, 666 ss.; Bianchi 2014, 669 ss.; D'Aloia 2014, 672 ss.

4

¹³ La prima edizione risale al 1929; si veda inoltre Kelsen – Triepel 1965.

¹⁴ Nella versione italiana, Kelsen 1981, 143-228.

Da queste considerazioni del giurista tedesco nasce una domanda più importante. Una tale Corte "imparziale" – e vedremo più avanti cosa debba intendersi con questo altro termine polisemico – non è forse, come sostenevano da punti di vista diversi Carl Schmitt ¹⁵, F.S. Nitti, V.E. Orlando e Palmiro Togliatti ¹⁶, una invasione illegittima del potere del Parlamento di prendere decisioni che, in quanto norme di diritto, legano i membri del corpo politico? Su questo punto, che è poi la famosa obiezione *democratica* (meglio sarebbe dire *maggioritaria*) al controllo di costituzionalità esercitato da una corte di giustizia, Thoma non prese posizione nel suo intervento, il suo intento era quello di chiarire il senso di un termine già allora usato e abusato a proposito del controllo di costituzionalità. Sul tema torniamo in conclusione di questo articolo. E' ora necessario considerare da vicino le sentenze della Corte italiana alle quali si è accennato.

4. Il controllo delle leggi elettorali

Nelle competenze assunte dalla Corte vi è certamente quella di fornire un indirizzo agli altri organi nella risoluzione delle antinomie costituzionali. Ciò è accaduto con la sentenza n.1/2014¹⁷, con cui la Corte non solo ha deciso di occuparsi del controllo di costituzionalità della legge elettorale a garanzia del diritto di voto, superando l'argomento della fictio litis, ma ha anche fornito al legislatore – senza sopraffarne la discrezionalità decisionale – una serie di principi, e fissato paletti nell'ambito dei quali operare un intervento risolutivo dell'illegittimità costituzionale della legge elettorale, che spetta agli organi elettivi riscrivere – se, come si spera, ne siano capaci. Circa le conseguenze apparentemente paradossali di un Parlamento (quello in vigore) eletto con regole incostituzionali, forse le motivazioni avrebbero potuto essere sul punto più specifiche, ma, in ogni caso, che cosa avrebbe dovuto fare la Corte, una volta dichiarate le norme incostituzionali? Sciogliere il Parlamento, integrando così un atto di radicale sovvertimento dell'ordine democratico e del principio della rappresentanza? L'alternativa, che avrebbe evitato di far emergere il problema, realisticamente sarebbe stata quella di dichiarare, a monte, la questione inammissibile, o per fictio litis o per violazione della discrezionalità del Parlamento o per qualche altro motivo; ma con quale conseguenza? Che la legge elettorale avrebbe continuato ad essere protetta dal cono d'ombra che la sottrae al controllo di costituzionalità! Ma tale circostanza, evidentemente, non poteva più essere avallata; i tempi erano ormai maturi e a fronte dell'inerzia del legislatore e alla necessità, sollecitata da più parti dell'opinione pubblica e dagli stessi partiti politici, di un intervento riformatore della legge elettorale, la Corte ha assunto una posizione di stimolo, che come le circostanze successive hanno dimostrato non è rimasta senza conseguenze. Essa, tuttavia, si è anche esposta ad una serie di critiche, come quella in merito al perdurare di un Parlamento eletto con regole dichiarate incostituzionali.

Al di là di queste considerazioni, il problema degli effetti della sentenza sulle elezioni svolte in ogni caso esiste ed è bene che la Corte, in qualche modo, l'abbia fatto emergere. Tale problema in realtà è riconducibile al controllo di costituzionalità di tipo *ex post*, che come tutti i modelli non è perfetto ma presenta inevitabilmente dei limiti¹⁸; infatti, se tendenzialmente esso non incontra

¹⁵ Si veda la versione italiana, Schmitt 1981.

¹⁶ Nei loro interventi alla Costituente.

¹⁷ Si tratta di una sentenza sulla quale si è rapidamente sviluppata una riflessione molto intensa della dottrina. I contributi sono, allo stato, numerosissimi. Si richiamano, tra gli altri, Rescigno 2014, 27 ss.; Anzon Demmig 2014, 34 ss.; D'Andrea 2014, 38 ss.; Morrone 2014, 47 ss.; Lehner 2014, 54 ss.; AA.VV. 2014, 629 ss.; Guzzetta 2014; Bin 2014; Zagrebelsky 2014; Romboli 2014b, 677 ss.; Staiano 2014; Lieto – Pasquino 2013.; Lieto – Pasquino 2014; D'Amico – Catalano 2014.

Louis Favoreu sosteneva (crediamo a torto) la superiorità del modello classico di controllo di costituzionalità francese, poiché, esercitato prima della promulgazione della legge, impediva che vi fossero norme incostituzionali (dichiarate incostituzionali *ex post*) nell'ordinamento giuridico. Ma gli si poteva obiettare che il principio della certezza del diritto non può essere considerato superiore a quello della giustizia delle leggi. La Corte Costituzionale non è una seconda o terza camera, che agisce come le altre sulle astratte norme di legge, promulgate sotto un velo di ignoranza relativamente alla loro concreta applicazione, ma un contro-potere che legifera alla luce delle conseguenze spesso impreviste di una norma di legge. Su punto del controllo costituzionale come contropotere ci sono spunti già in Kelsen, nonostante le ambiguità e le esitazioni, quando nel suo scritto del 1928 (citato alla nota 13) scriveva «a giurisdizione

particolari difficoltà sul piano dell'efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento, in alcune ipotesi qualche difficoltà può riscontrarsi, soprattutto quando non risultano di chiara evidenza i presupposti e le condizioni che determinano l'esaurimento dei rapporti giuridici¹⁹. La Corte deve aver messo in conto che nel caso di specie l'accoglimento avrebbe potuto comportare, in linea teorica, degli effetti sulle elezioni svolte e le ha esplicitamente intese come fatto compiuto, non più azionabile. Avrebbe potuto non specificarlo e limitarsi a dichiarare le norme incostituzionali, ma le incertezze avrebbero continuato comunque a sussistere. Se la Corte si fosse fatta condizionare, in assoluto, dall'idea che l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale avrebbe potuto costituire il presupposto di scioglimento del Parlamento (problema che in ogni caso non sarebbe stato di sua competenza), avrebbe probabilmente rinunciato a monte alla questione, facendo perdurare lo stato di immunità della legge elettorale dal controllo di costituzionalità. La Corte ha fatto, invece, una scelta diversa, andando nella direzione della garanzia del diritto di voto, probabilmente anche confidando - nelle more e prima di una sua decisione - in un intervento del legislatore; purtroppo, le congiunture politiche non sono state tali da anticipare il giudizio della Corte, ma sia pur tardivamente il complicato ingranaggio politico si è messo in moto, azionando un percorso di riforme, che ha investito non solo il legislatore ordinario ma anche quello costituzionale. Quest'ultimo, infatti, ha predisposto nel disegno di legge di revisione costituzionale del governo una disposizione²⁰ che contempla, nel caso della legge elettorale, un controllo di costituzionalità di tipo ex ante, facendo fronte in questo modo a quell'aspetto deficitario del controllo ex post e ai dubbi che esso ha prodotto, con la sentenza n. 1/2014, sulla legittimità del parlamento eletto; problema, quest'ultimo, che la Corte - come già sottolineato - difficilmente avrebbe potuto impedire, se non evitando che la legge elettorale fosse sottoposta al controllo di costituzionalità, circostanza questa che evidentemente neanche i più sofisticati argomenti giuridico-formali sembravano più poter giustificare.

Sull'iniziativa governativa del controllo ex ante vanno tuttavia evidenziate le perplessità provenienti dalla stessa Corte costituzionale, attraverso alcune recenti dichiarazioni del suo presidente (già richiamate nel paragrafo introduttivo, alla nota 3), che sembrano esprimere una certa riserva in merito all'introduzione di tale ipotesi, per gli effetti e le alterazioni che essa produrrebbe sul modello originario ex post. Tali perplessità sono probabilmente ascrivibili a diversi ordini di motivi; innanzitutto l'ibridazione del modello che, sia pure limitatamente alla materia elettorale, verrebbe attratto nell'ambito dell'iter legislativo, contraddicendo in questo modo i suoi presupposti strutturali. Sembra poi riscontrabile, sia pur velatamente, una certa resistenza da parte della Corte nel ricoprire – in tal modo – una posizione di eccessiva centralità su una materia, quale quella elettorale, di particolare rilievo politico. Il che, tuttavia, sembra quasi in controtendenza con la sentenza n. 1 del 2014, con la quale la Corte non ha esitato invece ad assumere una decisione di accoglimento, che l'ha inevitabilmente posta al centro del dibattito degli attori politici. Vi è poi anche da avanzare un altro tipo di considerazione, di carattere più generale, che ha a che fare con un modello – quello incidentale ed ex post – che, proprio in virtù di una relativa esiguità di regole, ha consentito alla Corte, nel corso del tempo, di renderlo "adattabile" a diversi tipi di problemi di costituzionalità, che talvolta sono più facilmente risolvibili mediante strumenti di intervento più malleabili rispetto al caso specifico. Tuttavia, come si rileverà anche in seguito, la flessibilità talvolta necessaria del modello, se da un lato sembra essere giustificata dalla complessità dei problemi costituzionali, rischia poi, dall'altro, di determinare delle incertezze sul piano degli effetti

costituzionale non contrasta affatto col principio della separazione dei poteri, ma ne è invece una affermazione» e poco prima: «l'idea cioè della ripartizione del potere fra organi diversi, non tanto per isolarli reciprocamente quanto per consentire un controllo degli uni sugli altri», Kelsen 1981, 173 ss..

¹⁹ Il controllo *ex post*, che serve a correggere conseguenze impreviste e talvolta imprevedibili della legislazione parlamentare, ha inevitabilmente lo svantaggio che una norma poi dichiarata incostituzionale è stata in vigore ed ha avuto validità per il passato.

²⁰ Art. 13 (Modifiche agli articoli 73 e 134 della Costituzione) del ddl cost. del Governo approvato in sede di prima deliberazione dal Senato e, con modificazioni, dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2015, trasmesso di nuovo al Senato della Repubblica, atto n. 1429-B.

scaturenti dalle decisioni di incostituzionalità. Infatti, proprio in considerazione delle numerose variabili che esse assumono rispetto alla decisione standard di rimozione della norma costituzionalmente illegittima, con effetto *ex tunc*, può risultare talvolta difficile – come emerge del resto dall'analisi delle sentenze richiamate – ricondurre l'esito della decisione ad uno specifico modello precostituito, vuoi perché – ad esempio – alcuna conseguenza di fatto si registra rispetto al giudizio *a quo*, vuoi perché sul piano temporale gli effetti caducatori possono essere modulati discrezionalmente, derogando alla regola della retroattività. In altre parole, ciò che si vuole evidenziare è che le preoccupazioni relative all'alterazione del modello originario, che sarebbe prodotta dall'introduzione di un controllo *ex ante* (tra l'altro limitato ad una specifica materia), appaiono più di forma che di sostanza, se si considera che di fatto rispetto a quanto previsto dalla normativa in materia quel modello si è da tempo reso in una certa misura autonomo/flessibile, assumendo progressivamente caratteristiche diverse per dare risposte più esaurienti ai problemi contingenti di costituzionalità.

5. La Corte costituzionale e la giustizia fra nazioni

Rispetto alla sentenza n. 1/2014, con cui la Corte si pone in relazione con un organo eletto, con la sentenza n. 238/2014²¹ essa si rivolge ad un altro organo di garanzia esterno all'ordinamento statuale.

La Corte internazionale di giustizia (Cig) aveva infatti fornito nella sentenza del 3 febbraio 2012 un'interpretazione della norma consuetudinaria dell'immunità giurisdizionale degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati che implicava per il giudice italiano di dover declinare la propria giurisdizione nella controversia tra Italia e Germania per i danni subiti da alcuni cittadini italiani su territorio italiano durante la seconda guerra mondiale da parte delle truppe del Terzo Reich. La Cig aveva infatti ritenuto che quegli atti iure imperii pur integrando nella sostanza crimini di guerra e contro l'umanità non potessero implicare nel caso di specie una deroga al beneficio dell'immunità giurisdizionale degli Stati. Senza soffermarci in questa sede sui dettagli della sentenza, valga qui sottolineare preliminarmente che il confronto tra Corte costituzionale e Cig si compie sostanzialmente sul piano interpretativo, facendo emergere una loro evidente diversità di vedute. Tuttavia, ciò che da un certo punto di vista può essere letto come un contrasto radicale tra le due corti, può assumere in prospettiva un significato positivo, non necessariamente in termini di insanabile conflitto interpretativo. La Cig, infatti, non può essere intesa come un organo avulso dalle giurisdizioni domestiche, sono queste infatti a fornirle gli elementi utili al consolidamento di nuovi orientamenti giurisprudenziali. In questo senso, dunque, la sentenza n. 238 si pone nel solco del diritto vivente che orienta già da tempo le giurisdizioni di diversi Stati verso un'interpretazione della norma consuetudinaria sull'immunità giurisdizionale in termini meno radicali ed in generale con una maggiore propensione alla salvaguardia dei diritti attraverso l'azione in giudizio. Da questo punto di vista, pertanto, la Corte costituzionale, attraverso la teoria dei contro limiti, non sembra voler solo ed esclusivamente tutelare il sistema costituzionale interno, ma assumere anche un ruolo di orientamento interpretativo, riscontrabile tra l'altro in molte altre giurisdizioni nazionali (vedi giurisprudenza italo-belga, richiamata dalla Corte nella sentenza n. 238). Dunque il contributo della Corte costituzionale può essere inteso a sostegno di un nuovo percorso giurisprudenziale di cui la Cig prima o poi non potrà non tenere conto.

6. Il giudizio costituzionale fra concreto e astratto

Oltre agli aspetti connessi a quello che abbiamo definito «alto tasso di politicità» delle decisioni, i cambiamenti investono anche gli effetti sul giudizio *a quo* e le modalità di accesso.

²¹ Anche nel caso della sentenza n. 238 del 2014, data l'importanza della decisione, i commenti in dottrina sono stati molto numerosi; si vedano, tra gli altri, Luciani 2015, 84 ss.; Lamarque 2015, 76 ss.; Silvestri 2015, 57 ss.; Groppi 2015; Ruggeri 2014b; De Sena 2014; Pinelli 2015; Dickmann 2014; Gradoni 2014; Guazzarotti 2014; Lieto 2014.

Per quanto riguarda l'efficacia della sentenza sul giudizio *a quo*, nel caso della n. 238, nonostante la dichiarazione di incostituzionalità sostanzialmente reintegri il giudice *a quo* nell'esercizio della sua funzione, sembra comunque sussistere una carenza di effettività nella concreta soddisfazione del diritto, considerate le difficoltà relative all'esecuzione di una eventuale condanna al risarcimento. Sul giudizio *a quo* l'effetto della sentenza è dunque minimo. Con maggiore frequenza, infatti, le questioni di legittimità costituzionale, pur scaturendo da casi concreti possono avere effetti meno rilevanti sui giudizi da cui hanno origine, per assumere invece importanza prevalentemente come strumenti interlocutori o di stimolo verso altri organi.

Un altro caso emblematico è proprio quello della sentenza n. 1 del 2014, i cui effetti hanno rilievo essenzialmente in termini di monito rivolto al legislatore. Sul piano dell'effettività del diritto di voto è accaduto sostanzialmente molto poco. Infatti, la dichiarazione di incostituzionalità non ha prodotto alcuna conseguenza significativa, se non in una prospettiva futura, non certo in relazione al diritto di cui è stato chiesto al giudice l'accertamento, (c'è stato solo il rimborso delle spese!).

In questo solco si pone anche un'altra recente pronuncia della Corte, la sentenza n. 10 del 2015²², su una questione di legittimità costituzionale - per la verità piuttosto risalente (l'ordinanza di rimessione è del 2011) - avente per oggetto la c.d Robin Tax²³. E' interessante rilevare in questo caso l'opzione adottata dalla Corte di escludere la retroattività della dichiarazione di incostituzionalità, disponendo sostanzialmente *pro futuro*²⁴. Un effetto retroattivo, infatti, avrebbe comportato nel caso di specie delle conseguenze abnormi per le casse dello Stato, che sarebbe stato costretto a realizzare una vera e propria manovra finanziaria. La norma dichiarata incostituzionale riserva, infatti, l'obbligo di pagamento della tassa a carico di alcune categorie produttive e non di altre in violazione del principio di eguaglianza. Estendere quindi gli effetti retroattivamente avrebbe implicato per lo Stato un onere di restituzione di quanto versato difficilmente sostenibile²⁵. Ora, al di là delle ragioni (del resto piuttosto evidenti) del considerevole ritardo con cui la Corte si è occupata della questione, è interessante notare che rispetto al giudizio *a quo* la sentenza di fatto non produce alcun effetto, nonostante la Corte sottolinei che «né si può dimenticare che, in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale, gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una

²² Infatti, con la sentenza n. 10 del 2015, la Corte ha dichiarato incostituzionale la maggiorazione dell'IRES applicabile al settore petrolifero e dell'energia, così come configurata dall'art. 81, commi, 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, in quanto viola gli artt. 3 e 53 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, per incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito. Tra i primi commenti critici a questa importantissima sentenza: Romboli 2015; D'Amico 2015; Pugiotto 2015; Ruggeri 2015; Veronesi 2015; Massa Pinto 2015.

²³ L'art. 81 del d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008, ha introdotto un prelievo aggiuntivo, qualificato «addizionale», all'IRES pari al 5,5%, da applicarsi nei confronti delle imprese operanti in determinati settori. La denominazione «*Robin Hood Tax*» è stata coniata dal Ministro Tremonti, in quanto parte delle entrate derivanti dall'addizionale sarebbero dovute servire a costituire un fondo per il sostegno dei cittadini meno abbienti.

²⁴ La Corte ha infatti dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica», sentenza n.10 del 2015, dispositivo.

La Corte infatti osserva: «L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime.

Pertanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.», sentenza n. 10 del 2015, paragrafo 8, in diritto.

parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo pro futuro, della disposizione costituzionalmente illegittima» 26 .

Come è noto, gli effetti prodotti da una dichiarazione di illegittimità costituzionale sono assimilabili a quelli dell'annullamento, con efficacia retroattività. Purché i rapporti siano ancora pendenti, sia pure sorti anteriormente alla decisione di incostituzionalità, su di essi si producono gli effetti ablatori della sentenza di accoglimento. Tuttavia, è altrettanto noto che talvolta le conseguenze derivanti da una pronuncia di incostituzionalità possono essere particolarmente gravose e non del tutto prevedibili, tanto da indurre la stessa Corte ad assumere delle decisioni apparentemente in contraddizione con l'evidente incostituzionalità della norma, quali ad esempio decisioni di "costituzionalità provvisoria" e di "incostituzionalità accertata" ma non dichiarata²⁷. Detto in altri termini, gli essenziali strumenti di decisione, l'accoglimento ed il rigetto, hanno assunto nell'esperienza giurisprudenziale della Corte aspetti peculiari anche sul piano della efficacia nel tempo. Dunque, l'attitudine manipolativa sviluppata dalla Corte nelle proprie decisioni ha inciso anche sul piano temporale, assumendo talvolta un ruolo decisivo nella modulazione nel caso specifico della regola generale della retroattività²⁸. Sia pure tra le meno frequenti adottate dalla

²⁶ Sentenza n. 10 del 2015, paragrafo 7, in diritto.

²⁷ Sul tema si veda Silvestri 2013, in cui si osserva: «È stata adottata la tecnica di limitare l'effetto retroattivo delle sentenze, allo scopo di evitare che alcune pronunce, se operative su tutti i rapporti non ancora esauriti, producessero danni così rilevanti, da mettere in ombra i benefici della dichiarazione di incostituzionalità (sentenze n. 266 del 1988 e n. 50 del 1989). Sono state pure emanate sentenze di "incostituzionalità sopravvenuta", "incostituzionalità differita" e "incostituzionalità accertata e ma non dichiarata". Vi sono stati casi in cui la Corte ha scisso il riconoscimento e la dichiarazione di illegittimità costituzionale (sentenze n. 467 del 1991 e nn. 125 e 256 del 1992). Vi sono stati anche casi, in cui una legge è stata dichiarata incostituzionale solo in quanto disciplina stabile di una certa materia, mentre la si poteva tollerare se disciplina transitoria (sentenze n. 501 del 1988 e 320 del 2003). La Corte deve valutare, in queste situazioni, se vi sia maggior danno per l'ordinamento giuridico dal protrarsi dell'inerzia legislativa, che mantiene in vigore la norma incostituzionale, rispetto al "vuoto" che si determinerebbe per effetto di una sentenza di accoglimento. In questo, come in tanti altri casi, si profila, nella prassi giurisprudenziale del giudice delle leggi, la contrapposizione tra ragionevolezza e razionalità, tra ragione empirica e ragione logica. Queste pronunce sono state criticate in dottrina, sulla base della considerazione che la massima tutela di legittimità costituzionale dell'ordinamento imporrebbe l'immediata eliminazione di norme in contrasto con la Costituzione», p. 7 ss. Tra i casi di sentenze manipolative si ricordi in particolare la sentenza n. 15 del 1982 sulla carcerazione preventiva, con la quale la Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale non perché nella sostanza non ritenga la norma impugnata incostituzionale, ma perché, considerato lo stato d'eccezione, ritiene prevalente la necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione. Si legge in particolare al paragrafo 7 (in diritto): «Se si deve ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte - anche mediante lo spietato assassinio di "ostaggi" innocenti - e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo».

²⁸ Si v. ad esempio la sent. n. 266/1988, paragrafo 5, in diritto: «Va chiarito che la decisione che qui si va ad assumere non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata, tenuto conto della ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto "rallentare" la preindicata attuazione. Ciò che non può esser tollerato è la protrazione ulteriore dell'inerzia del legislatore nell'integralmente mandare ad effetto il chiaro, inequivocabile disposto di cui all'art. 108, secondo comma, Cost. L'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 15 della legge in esame, che qui si va a dichiarare, derivata, appunto, dall'inerzia legislativa protrattasi per sì lungo tempo, non incide, ripetesi, in alcun modo su quanto finora avvenuto, sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale, sotto il vigore della citata norma ordinaria»; la sent. n. 50/989, paragrafo 2, in diritto: «La declaratoria di illegittimità costituzionale non può avere e non ha alcuna conseguenza sugli atti pregressi e sui provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi. In altri termini, il requisito della pubblicità opera esclusivamente per i procedimenti pendenti successivamente alla data prevista dall'art. 136, primo comma, della Costituzione, ferme restando le attività compiute ed i provvedimenti emessi anteriormente a tale data, nella vigenza della norma ora dichiarata costituzionalmente illegittima (nello stesso senso la Corte si è orientata con la sentenza n. 266 del 1988 sulla magistratura militare)»; la sent. n. 13/2004: «il tipo di pronuncia che questa Corte è chiamata ad adottare è suggerito insomma dall'esigenza di tenere insieme il rispetto dell riparto delle competenze costituzionali e la continuità del servizio scolastico. L'art. 22, comma 3, della legge n. 448 del 2001 deve pertanto continuare ad operare fino a quando le singole Regioni si saranno dotate di una disciplina e di un apparato

Corte, le manipolative nel tempo hanno evidentemente una loro ratio e si distinguono tra quelle che limitano nel passato gli effetti retroattivi della decisione e quelle il cui effetto caducatorio si realizza solo per il futuro. In entrambi i casi la Corte sostanzialmente interviene sul piano temporale perché evidentemente un effetto retroattivo pieno, in quella particolare contingenza, comporterebbe conseguenze ben più gravi per la società del perdurare (sia pure provvisorio) della norma incostituzionale. In casi del genere, pertanto la Corte preferisce ad esempio adottare sentenze di rigetto, rivolgendosi contestualmente al legislatore affinché intervenga prontamente a sanare il vizio.

Senza soffermarsi ulteriormente sulle numerose tipologie decisorie elaborate dalla Corte ed inquadrate puntualmente dalla dottrina, quel che interessa evidenziare è che laddove la manipolazione avvenga sull'efficacia retroattiva, limitandola oppure addirittura escludendola, il carattere concreto del controllo di costituzionalità per via incidentale si ridimensiona. Infatti, il giudizio di legittimità costituzionale si basa, nel nostro ordinamento, prevalentemente sul modello incidentale, che implica quali premesse essenziali un giudice, un giudizio ed un effetto della sentenza sul giudizio in corso. E' nel corso di un giudizio infatti che la rilevanza, ossia la necessaria ed indispensabile applicazione della norma da parte del giudice per decidere del caso, insieme alla non manifesta infondatezza, rilevano quali requisiti fondamentali per poter sollevare questione di legittimità costituzionale. Il giudice a quo deve decidere, ma per poterlo fare deve applicare una norma sulla quale gli si prospetta (da una delle parti o *motu proprio*) un dubbio di incostituzionalità. Con l'ordinanza di rimessione il giudizio a quo viene sospeso, in attesa che la Corte si pronunci sulla questione. I presupposti di concretezza, da cui ha origine il controllo di costituzionalità, pur non impedendo alla decisione – qualora essa sia di accoglimento – di assumere, data la sua valenza erga omnes, connotazioni di generalità ed astrattezza, produce contestualmente i suoi effetti sul giudizio a quo, che infatti riprende il suo corso sulla base di quanto deciso dalla Corte. Dunque, se nella maggior parte delle ipotesi gli effetti retroattivi della sentenza di accoglimento si producono sia sul giudizio a quo che erga omnes, può accadere – come i casi richiamati dimostrano – che tali effetti sul giudizio da cui ha avuto origine il controllo di costituzionalità siano del tutto irrilevanti²⁹.

In altre parole, che la Corte debba talvolta ridimensionare la regola della retroattività per ragioni contingenti che suggeriscono la necessità di governare gli effetti nel tempo delle decisioni caducatorie, in considerazione delle conseguenze che ne potrebbero discendere, questo appare piuttosto comprensibile, anche se lo è meno da un punto di vista delle fonti che si occupano dell'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento. Tuttavia, la tendenza che si riscontra in queste specifiche decisioni non rileva tanto in questa sede sul piano della compatibilità o meno con la normativa di riferimento, quanto piuttosto rispetto al modello incidentale in generale. Infatti, accedere all'idea (ampiamente confortata dalla prassi) di una discrezionalità della Corte nel contenere gli effetti retroattivi, implica in un certo senso di dover ridimensionare l'elemento concreto da cui origina il controllo. Se infatti sul giudizio a quo la decisione caducatoria può non produrre alcun effetto disponendo solo per il futuro, l'elemento di concretezza del modello

istituzionale idoneo a svolgere la funzione di distribuire gli insegnanti tra le istituzioni scolastiche nel proprio ambito territoriale secondo i tempi e i modi necessari ad evitare soluzioni di continuità del servizio, disagi agli alunni e al personale e carenze nel funzionamento delle istituzioni scolastiche».

²⁹ Di diverso avviso la Corte, nella sentenza n. 10 del 2015, nella parte in cui ritiene che la regolazione degli effetti temporali «non risulta inconciliabile con il rispetto del requisito della rilevanza, proprio del giudizio incidentale (sentenza n. 50 del 1989). Va ricordato in proposito che tale requisito opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione sulla medesima. In questa chiave, si spiega come mai, di norma, la Corte costituzionale svolga un controllo di mera plausibilità sulla motivazione contenuta, in punto di rilevanza, nell'ordinanza di rimessione, comunque effettuato con esclusivo riferimento al momento e al modo in cui la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata. In questa prospettiva si spiega, ad esempio, quell'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto la sindacabilità costituzionale delle norme penali di favore anche nelle ipotesi in cui la pronuncia di accoglimento si rifletta soltanto «sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi [...], pur fermi restando i pratici effetti di essa» (sentenza n. 148 del 1983, ripresa sul punto dalla sentenza n. 28 del 2010)», paragrafo 7, in diritto.

incidentale, fondamentale presupposto per adire la Corte perde poi, nella fase successiva al giudizio costituzionale, del tutto rilevanza. Il giudizio *a quo* assume quindi le caratteristiche di un pretesto fattuale per un controllo che si risolve in termini esclusivi di astrattezza. Detto in modo più schematico: se la norma viene dichiarata incostituzionale solo per il futuro, il rapporto giuridico azionato nel giudizio *a quo* è sottratto all'effetto di incostituzionalità. La manipolazione temporale *pro futuro* rende il giudizio *a quo* necessario nella fase ascendente di accesso alla Corte, ma del tutto irrilevante in quella discendente, che attiene alla decisione di accoglimento e ai suoi effetti. Ora, che ciò si renda necessario in circostanze particolari – come si diceva - per consentire alla Corte di ripristinare la legalità costituzionale, non esclude che rispetto allo schema incidentale qualcosa di più di una fisiologica flessione si possa riscontrare³⁰. Certo, non si ritiene di poter giungere alla conclusione che con gli interventi della Corte sul piano temporale il modello originario incidentale perda del tutto le sue connotazioni originarie, ma certamente laddove la retroattività viene ridimensionata o addirittura esclusa l'elemento della concretezza inevitabilmente si attenua, fino a rendere il giudizio *a quo* punto di partenza ma non di ritorno della decisione caducatoria.

Vi è poi un'altra questione connessa al tema dell'efficacia nel tempo ed è l'argomento dei rapporti conclusi o esauriti. Viene infatti solitamente precisato che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità retroagiscono e vanno ad incidere sui rapporti sorti anteriormente ad essa purché si tratti di rapporti giuridici pendenti. Ora è noto che uno degli indicatori essenziali per poter inquadrare i rapporti giuridici tra quelli pendenti o esauriti è la loro azionabilità. In altre parole, un rapporto ancora azionabile è certamente un rapporto non estinto, in quanto la possibilità stessa di agire in giudizio per la sua tutela è indicativo della sua rilevanza ed attualità per l'ordinamento giuridico. Se la regola ha una sua evidente *ratio* in una prospettiva di certezza del diritto, certamente il rapporto giuridico sotteso al giudizio *a quo* è un rapporto pendente, proprio in quanto azionato sul piano della tutela giurisdizionale. Date queste premesse di carattere generale, la manipolazione della Corte sul piano dell'efficacia nel tempo solleva evidenti tensioni sul piano del coordinamento tra gli effetti caducatori che si producono solo *pro futuro* ed il rapporto giuridico sotteso al giudizio *a quo*, su cui alcun effetto si realizza, pur essendo lo stesso un giudizio pendente.

7. Il modello incidentale e le vie di accesso

Un altro aspetto che sembra subire una rilevante trasformazione è la modalità di accesso alla Corte, anche se – come si cercherà di chiarire – la trasformazione è forse più apparente che reale. Il nostro sistema di controllo di costituzionalità non contempla la possibilità di accesso diretto, fatta eccezione per Stato e regioni. L'impianto generale prevalente è dunque caratterizzato dalla necessità che l'accesso sia prerogativa di un giudice e a partire da un giudizio, essendo esclusa la possibilità per il cittadino, in via diretta, di adire la Corte. Non ci sono naturalmente precedenti di giurisprudenza costituzionale che segnino alcuna discontinuità rispetto al modello contemplato dalla disciplina positiva, anche se di fatto si sono verificate recentemente circostanze particolari che, pur nel rispetto dei requisiti formali, sembrano aver segnato un cambio di passo rispetto ai canoni tradizionali in base ai quali l'accesso indiretto alla Corte è stato tendenzialmente interpretato.

Significativa in questo senso è, ancora una volta, la sentenza n. 1 del 2014, che – come abbiamo già avuto modo di sottolineare – racchiude in sé diversi elementi di novità, tra cui *in primis* la circostanza che la legge elettorale sia stata oggetto di controllo, considerata la sua attitudine ad essere difficilmente sottoponibile al giudizio della Corte. Inoltre, l'ammissibilità della questione ha

-

³⁰ Su questo specifico aspetto, a proposito della sentenza n. 10 del 2015, Pugiotto 2015, in cui si osserva: «Stiamo discutendo, dunque, una decisione del tutto inedita. In termini di teoria generale del processo, la si può raccontare così: per la prima volta il nesso di pregiudizialità costituzionale tra giudizio a *quo e* giudizio *ad quem* viene spezzato in presenza di un vizio di legittimità *ab origine* della disposizione legislativa impugnata. E' la pregiudizialità costituzionale, dunque, ad andare in arresto cardiaco. E quando c'è un arresto cardiaco, le sue conseguenze si diffondono in ogni direzione», 4.

sul piano dell'argomentazione giuridica neutralizzato in un certo senso l'ostacolo della fictio litis, tanto da aver indotto parte della dottrina a ravvisare nella decisione della Corte quasi una volontà innovativa di accesso diretto, contravvenendo in questo modo alle prerogative del legislatore costituzionale competente in via esclusiva ad intervenire in materia. Infatti, il tema della fictio litis è stato da più parti richiamato, ritenendo l'azione in giudizio nel caso di specie un artificio per aggirare l'ostacolo del divieto del ricorso diretto. Che ciò sia plausibile e sia stato del resto in molte altre occasioni rilevato dalla stessa Corte³¹, non esula dal tenere debitamente conto della circostanza che l'azione di accertamento non è solo un espediente di cui le parti all'uopo possono servirsi per operare l'artificio, ma è un tipo d'azione espressamente contemplata dal diritto processuale. Da questa prospettiva, dunque, la Corte si relaziona ad un'azione che l'ordinamento contempla e la cui finalità è quella di interpellare il giudice sull'esistenza o meno di un diritto. Che questo tipo d'azione, data la sua finalità dichiarativa, si possa prestare per eludere il divieto del ricorso diretto è un tema sul quale la stessa Corte ha avuto modo in più occasioni di soffermarsi, elaborando spesso argomenti in termini di inammissibilità delle questioni. Tuttavia, va anche rilevato che tra le fonti sul funzionamento e le modalità di accesso alla Corte non vi è alcuna norma che escluda, quale presupposto per l'accesso in via incidentale, un giudizio originato da un'azione di accertamento. Se quindi non è certo prerogativa della Corte innovare sulle modalità di accesso per via giurisprudenziale introducendo il ricorso diretto, tanto meno il silenzio del legislatore può essere interpretato come implicita esclusione di accesso alla Corte attraverso questo tipo d'azione.

Se la disciplina positiva alcun limite contempla in proposito, è alla Corte, entro i margini della discrezionalità che ne contraddistinguono l'azione, che spetta dunque il compito di fare le opportune valutazioni del caso. In questo senso, pertanto, la Corte non effettua alcuna innovazione ritenendo ammissibile la questione, ma si relaziona, caso per caso, ad un tipo di azione positivamente prevista e che non può – salvo un esplicito intervento legislativo – essere a priori esclusa dai presupposti del controllo di costituzionalità, solo in quanto potenzialmente idonea ad aggirare il limite dell'accesso diretto.

In questa prospettiva, la Corte – considerata l'assenza di norme limitative – esprime, nell'ambito della sua discrezionalità, le opportune valutazioni in merito all'espediente della *fictio litis*, non potendo assumere aprioristicamente posizioni rigide di inammissibilità della questione scaturente da un'azione di accertamento. Si tenga conto, inoltre, che tali valutazioni spesso si intersecano con il problema delle leggi tendenzialmente sottratte al giudizio di legittimità costituzionale, la cui prevalente forma di azionabilità è rappresentata proprio dall'azione di accertamento. Non desta dunque particolare sorpresa se in casi di questo tipo – considerata la difficoltà di controllo di alcune leggi – possa la Corte ritenere la questione ammissibile, non essendoci alcuna preclusione normativa all'azione di accertamento quale presupposto del giudizio di legittimità costituzionale.

Dunque, la sentenza n. 1/2014 non produce, in realtà, alcun sovvertimento nella modalità di accesso alla Corte, che resta una modalità di tipo indiretto, ma certamente rimodula le rigidità argomentative della *fictio litis*, da un lato adeguandole ad un impianto di tutela giurisdizionale articolato e complesso, che contempla tra i suoi strumenti anche l'azione di accertamento, e dall'altro favorendo il controllo di costituzionalità di quelle leggi poste nella c.d. «zona d'ombra». Che l'argomento della *fictio litis* venga valutato volta per volta e non sia ritenuto a priori la finalità di qualsiasi azione di accertamento³² è un approccio indispensabile al fine di poter ricostituire la legittimità costituzionale, anche e soprattutto in quei casi in cui l'azione di accertamento rappresenti sostanzialmente la modalità prevalente se non esclusiva per adire il giudice e realizzare un giudizio.

³¹ Sulla casistica in tema di *fictio litis* e sugli orientamenti della Corte Cerri 2012., 152 ss.

³² Si v. in tal senso la sentenza n. 4 del 2000, nella parte in cui la Corte rileva che «la circostanza che la dedotta incostituzionalità di una o più norme legislative costituisca l'unico motivo di ricorso innanzi al giudice *a quo* non impedisce di considerare sussistente il requisito della rilevanza, ogni qualvolta sia individuabile nel giudizio principale un *petitum* separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi».

8. La temporalità degli effetti del giudizio

Come è stato evidenziato in dottrina, l'elaborazione da parte della Corte di strumenti di intervento con caratteristiche particolari rispetto a quelli previsti dalla disciplina positiva è sostanzialmente riconducibile alla sua libertà interpretativa; solo mettendo in discussione questa libertà, tali strumenti potrebbero essere ritenuti illegittimi³³. Ciò tuttavia implicherebbe di disconoscere il presupposto essenziale su cui si fonda l'attività di controllo della Corte che non avviene attraverso un'azione meccanica di confronto ma attraverso un'azione interpretativa, che è la sola a rendere possibile un giudizio sull'intensità e il grado di illegittimità costituzionale di una norma. Del resto, in base al presupposto dell'applicazione diretta della Costituzione, anche il giudice ordinario deve necessariamente parametrare l'interpretazione della norma del caso concreto al testo costituzionale, che - come è stato evidenziato - «non è un "criterio esterno", ma entra a pieno titolo nel "materiale legislativo" su cui l'interprete deve lavorare con i tradizionali criteri dell'interpretazione letterale, storica, sistematica, ecc.»³⁴. Che avvenga dunque attraverso l'attività interpretativa non solo il processo applicativo della Costituzione da parte dei giudici, ma anche la reintegrazione della legittimità costituzionale violata da parte della Corte comporta inevitabilmente per essa la necessità di modulare, in base agli esiti interpretativi, gli strumenti decisori. Se non fosse possibile, infatti, intervenire su tali strumenti, plasmandoli in base al risultato che l'interpretazione mira a garantire, la rigida alternativa della decisione (accoglimento/rigetto) i problemi di costituzionalità piuttosto che risolverli probabilmente finirebbe con incrementarli.

La riconfigurazione della legittimità costituzionale può talvolta comportare la necessità di intervenire anche sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, in quanto la regola della retroattività può in alcuni casi determinare ulteriori e più gravi pregiudizi. Il giudizio della Corte, infatti, nella sua struttura complessiva, è improntato, tra l'altro, al metodo del bilanciamento. La dichiarazione di incostituzionalità di una norma in contrasto con un determinato parametro costituzionale è il risultato di un'attività interpretativa complessa, nella quale la Corte non può non prendere in considerazione l'eventualità che il ripristino del parametro costituzionale violato dalla norma possa entrare in rotta di collisione con altri parametri costituzionali. Di qui il metodo del bilanciamento utilizzato normalmente dalla Corte per trovare soluzioni al problema di costituzionalità con il minor sacrificio possibile delle altre norme costituzionali, che nella specifica questione risultano coinvolte. Infatti, il ripristino della legittimità costituzionale in relazione ad un parametro costituzionale non può comportarne il sacrificio di un altro o quanto meno l'attività ermeneutica della Corte, attraverso il metodo del bilanciamento, deve orientarsi verso soluzioni che siano in grado di contemperare esigenze potenzialmente confliggenti. Talvolta, questa necessità implica che la Corte debba intervenire sul piano dell'efficacia retroattiva delle decisioni di incostituzionalità, modulandone l'estensione, limitandola ad esempio ad uno specifico arco temporale o addirittura escludendola per il passato. Come è stato già evidenziato, la Corte ha talvolta fatto ricorso alla manipolazione temporale, attirandosi però le critiche della dottrina che, più incline a comprendere le esigenze delle sentenze manipolative «nello spazio», maggiore difficoltà ha manifestato nel giustificare quelle «nel tempo» 35. Questo tipo di sperimentazione da parte della Corte, forse anche per l'effetto dottrinario inibente, ha interessato però un periodo piuttosto circoscritto, verso la fine degli anni 80, per poi riproporsi sporadicamente solo in alcune occasioni. Tuttavia, recentemente, con la sentenza n. 10 del 2015³⁶ la Corte riassume una posizione netta in termini di libertà interpretativa dei suoi stessi strumenti decisori, prendendo una posizione molto

³³ In tal senso, Modugno 2007, 8 ss.

³⁴ Bin 2010, 14.

³⁵ Per una esaustiva ricognizione delle diverse tipologie di sentenze manipolative e dei loro effetti, Ruggeri – Spadaro 2009, 147 ss.

³⁶ La sentenza ha origine da una questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice tributario (Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, ordinanza del 26 marzo 2011) in occasione di un giudizio di impugnazione del silenzio-rifiuto da parte di un gestore di carburante per il rimborso di quanto versato all'agenzia delle entrate, fondata sostanzialmente sulla discriminazione tra redditi imponibili ai fini Ires.

esplicita sulle ragioni che possono giustificare da parte sua anche un intervento sul piano temporale, sottolineando che, in alcune circostanze, esso è indispensabile per poter decidere la questione senza che si producano effetti negativi a catena. Ciò che sembra emergere, in generale, dalla sentenza n. 10 è che il problema di costituzionalità non è quasi mai avulso e circoscritto ma inevitabilmente connesso con il sistema costituzionale nel suo complesso. La circostanza che in alcuni casi esso possa essere risolto senza alcun rischio di compromissione del complessivo equilibrio costituzionale, non esclude che talvolta il sistema di relazione tra le norme necessiti di soluzioni ben più complesse. In molti casi, infatti, il processo ermeneutico della Corte non si può limitare all'eliminazione dell'antinomia costituzionale; in altre parole, applicare pedissequamente gli strumenti di decisione predisposti dalla disciplina positiva e attenersi a quanto previsto in termini di retroattività della decisione di accoglimento, se da un lato può garantire la soluzione da parte della Corte del problema nella sua specificità, può, di contro, comportare un eccessivo squilibrio in relazione ad altri interessi rilevanti. Tenuto conto, pertanto, delle interconnessioni e della complessità delle questioni, sembra evidente che la libertà interpretativa non possa che essere estesa agli stessi strumenti decisori previsti dalla legge e che anzi tale libertà si realizzi proprio attraverso la modulazione di tali strumenti rispetto al problema costituzionale da risolvere.

9. Anatomia del processo costituzionale

Con la sentenza n. 10 del 2015, dunque, la Corte costituzionale offre ancora una volta l'occasione per discutere dell'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento.

E' noto che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma produce un fenomeno assimilabile a quello dell'annullamento con effetti *ex tunc*. Infatti, la regola generale desumibile dagli articoli 136 Cost., 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e 30 della legge n. 87 del 1953, in merito alla retroattività delle sentenze di accoglimento, trova la sua giustificazione teorica nella necessità di eliminare quanto di antinomico si realizzi nell'ambito della gerarchia delle fonti, che nella fattispecie vede in contrasto una fonte di rango primario (la legge o l'atto avente forza di legge) con una di rango superprimario (la norma costituzionale). Pertanto, l'esigenza di ricambio fisiologico delle norme nel tempo che determina nelle ipotesi di antinomia tra quelle di pari grado la prevalenza della successiva su quella antecedente senza che l'effetto abrogativo retroagisca (la legge dispone solo per il futuro), nelle ipotesi di contrasto tra norme di differente grado gerarchico non trova altrettanta giustificazione, risultando il contrasto, viceversa, un fenomeno patologico, in contraddizione con il presupposto teorico di coerenza ed armonia tra i differenti gradi.

Naturalmente. l'effetto retroattivo della dichiarazione di incostituzionalità investe esclusivamente i rapporti giuridici pendenti, non conclusi, ancora azionabili, ovvero quei rapporti o fatti giuridici in relazione ai quali il diritto è ancora esercitabile e di conseguenza azionabile in giudizio (fatta eccezione per il caso di rapporti esauriti a seguito di sentenza penale passata in giudicato, qualora sia dichiarata incostituzionale la norma penale in base alla quale la sentenza è stata emessa). Pertanto, nel caso in cui una norma venga dichiarata incostituzionale la decisione ha come destinatari innanzitutto i giudici che dal momento della pubblicazione della sentenza non possono più applicare la norma incostituzionale, non solo in relazione a rapporti sorti successivamente ad essa ma anche a quei rapporti sorti antecedentemente, purché ancora pendenti. Del resto, considerata la struttura del controllo di costituzionalità, che vede nel ricorso per via incidentale la sua principale modalità di attivazione, è evidente che nel caso in esame la fattispecie concreta, che è all'origine del giudizio a quo, in cui trova riscontro in termini di azione, ed in relazione alla quale è stata appunto sollevata questione di legittimità costituzionale, non può che essere ascritta all'ambito dei rapporti pendenti. D'altro canto, se l'effetto retroattivo della dichiarazione di incostituzionalità non si producesse, sarebbe tale circostanza del tutto incoerente con la premessa stessa del ricorso in via incidentale³⁷, che fonda il controllo di costituzionalità sulla

³⁷ In questa prospettiva, le osservazioni di D'Amico 2015, che evidenzia: «Incidentalità, il cui nodo inscindibile è l'appartenenza della questione al processo *a quo*: una questione che deve riguardare una norma di cui il giudice *a quo* dovrà fare applicazione nel giudizio e che dovrà disapplicare, nel caso in cui fosse dichiarata incostituzionale.

premessa di un giudice e di un giudizio. Se la dichiarazione, infatti, avesse effetto solo per il futuro, verrebbe meno probabilmente lo stesso «interesse ad agire» da parte del giudice *a quo*, il quale pur ritenendo rilevante per il giudizio la norma su cui nutre dubbi di costituzionalità non avrebbe di fatto un concreto motivo a sollevare la questione, in quanto la stessa se pure fosse accolta non investirebbe i rapporti pregressi (compresa dunque la fattispecie oggetto del giudizio) ma solo quelli futuri.

La retroattività, dunque, rappresenta un elemento portante della struttura del controllo di costituzionalità basata sul ricorso per via incidentale, in quanto è proprio l'effetto retroattivo di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità a rappresentare la concreta motivazione per il giudice a sollevare la questione, per gli effetti diretti che la stessa produrrebbe sul giudizio a quo³⁸. Che il tema della retroattività e soprattutto quello delle eccezioni di irretroattività delle decisioni di accoglimento - che pure hanno caratterizzato alcune sentenze della Corte verso la fine degli anni 80, per poi riaffiorare solo sporadicamente - sia strettamente connesso con quello della «rilevanza» della questione di legittimità costituzionale è un aspetto che in termini di potenziale problematicità è stato da tempo evidenziato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza. Prevalentemente considerazioni di ordine risolutivo «a monte» hanno in particolare indotto la stessa Corte ad assumere sull'argomento una posizione (che anche nella n. 10 viene opportunamente ribadita) che vuole il giudizio di costituzionalità autonomo rispetto ai presupposti di ordine concreto che lo hanno sostanzialmente reso possibile. In altri termini, la rilevanza (e la non manifesta infondatezza), che determina nel giudice a quo la decisione di sollevare la questione dinanzi alla Corte costituzionale, andrebbe intesa come un elemento decisivo nella fase, per così dire, ascendente, fino alla delibazione preliminare al merito da parte della Corte, che – come è noto – per poter ritenere la questione ammissibile deve, tra gli altri elementi, constatarne l'effettiva sussistenza. La norma di cui il giudice nutre un sospetto di incostituzionalità deve, infatti, essere rilevante per il giudizio a quo, nel senso che il giudice per poter decidere deve necessariamente applicare quella norma. Tuttavia, l'originario radicamento della questione nel giudizio a quo sarebbe configurabile soltanto nella fase iniziale di attivazione del controllo, per poi assumere il giudizio di costituzionalità, nella sua fase di merito, una completa autonomia dai presupposti che ne hanno giustificato l'ammissibilità.

La giustificazione di una dimensione concreta e di una dimensione astratta del controllo di costituzionalità, inteso nel complesso delle sue diverse fasi, trova il suo fondamento teorico nel ruolo della Corte che non è giudice di casi concreti, essendo il suo ambito di azione riservato al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, sia pure a partire da un giudizio. Pertanto, se nella fase iniziale dell'iter che conduce al controllo è l'elemento della concretezza a rilevare, nella fase decisionale (qualora si tratti di una sentenza di accoglimento) è invece l'astrattezza ad essere prevalente. E' anche vero, però, che se la dimensione astratta caratterizza senza dubbio le decisioni

Rilevanza ed efficacia retroattiva delle decisioni di incostituzionalità sono elementi inscindibili della natura incidentale del nostro sindacato di illegittimità costituzionale. Separarli e lasciare la retroattività della decisione in mano a una valutazione autonoma della Corte costituzionale, che, come nella pronuncia n. 10 del 2015, recide totalmente il legame della questione con il processo *a quo*, non consentendo che neanche in quel giudizio (come, invece, avviene in Austria attraverso l'istituto della *Fristsetzung*, che consente al Tribunale costituzionale il rinvio sino a 18 mesi degli effetti della decisione di incostituzionalità) la dichiarazione di incostituzionalità possa spiegare i propri effetti, risulta pericoloso e foriero di una trasformazione del ruolo del Giudice costituzionale», 2.

³⁸ Sul tema, con specifico riferimento alla sentenza n. 10 del 2015, Veronesi 2015, che osserva: «In altri termini, un'influenza nel giudizio *a quo* – in esito alla decisione d'incostituzionalità – deve pur sempre riscontrarsi (molto chiare, ad esempio, le ordd. nn. 23/2010 e 326/2013): come sarà tuttavia possibile che ciò si produca se gli effetti della sentenza *de qua* sono fatti decorrere solo dal giorno successivo alla sua pubblicazione? Come calibrare un simile approdo con la rotonda affermazione per cui "il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe dunque essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima" (sent. n. 232/1989)?», 2.

di accoglimento che valgono *erga omnes* e che pertanto, al di là degli effetti sul giudizio *a quo*, investono qualsiasi caso rientrante nella fattispecie contemplata dalla norma dichiarata incostituzionale, nel caso invece di una decisione di rigetto (sia pure con le opportune distinzioni, determinate dall'ampia casistica prodotta dalla stessa Corte) è la dimensione concreta a rilevare nella fase decisoria, che infatti ha effetto *inter partes*.

Considerato nel suo complesso il modello incidentale di controllo di costituzionalità sembra dunque rispecchiare una struttura dinamica, caratterizzata dalla maggiore o minore prevalenza dell'elemento della concretezza a seconda del tipo di decisione che la Corte assume. Se essa decide nel senso dell'accoglimento il giudizio è astratto ed *erga omnes*, se invece decide nel senso del rigetto il giudizio è concreto (nel senso di circoscritto alla questione di legittimità costituzionale così come prospettata dal giudice *a quo*) e *inter partes*. L'asimmetria del modello, determinata evidentemente dalla mancanza di una base speculare nelle decisioni della Corte (nel senso che l'una, l'accoglimento, non è speculare all'altra, il rigetto), lo rende potenzialmente incline a ridefinirsi a seconda dell'esito della decisione. L'ibridazione tra concretezza e astrattezza può dunque determinare, a seconda dei casi di prevalenza dell'una o dell'altra, un modello estremamente elastico e dunque tendente ad assumere caratteristiche peculiari in relazione al problema di costituzionalità da risolvere.

La mancanza di previsione nel sistema di controllo costituzionale del ricorso diretto da parte del cittadino, ad esempio, ha spesso indotto la dottrina e la giurisprudenza a ritenere alcune questioni inammissibili per *fictio litis*, nel senso di considerare l'azione promossa dinanzi ad un giudice come un modo surrettizio per adire la Corte. E sul punto la dottrina e la giurisprudenza hanno spesso ritenuto la rilevanza e l'incidentalità argomento essenziale di inammissibilità della questione. In altri termini, attraverso l'endiadi della rilevanza e dell'incidentalità si è inteso sovente evidenziare che in ipotesi di tal genere (sospette appunto di *fictio litis*) l'elemento della concretezza, su cui si fonda il modello di controllo, perderebbe del tutto rilievo, ponendosi l'azione in giudizio a pretesto per consentire al ricorrente di attivare un giudizio di costituzionalità. Ma recentemente la Corte, con la sentenza n. 1 del 2014, sembra aver disatteso tale orientamento ritenendo la questione di legittimità costituzionale ammissibile, nonostante fosse piuttosto evidente che sul giudizio *a quo* alcun particolare riscontro si sarebbe sostanzialmente prodotto. Ora, senza andare oltre questo specifico elemento di novità della sentenza n. 1 del 2014 (cioè il superamento dell'argomento della *fictio litis*), ciò che sembra di particolare interesse evidenziare è che la concretezza originaria del controllo per via incidentale sembra venire interpretata dalla Corte con maggiore elasticità.

Anche nel caso della questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 10 del 2015, la Corte ha dovuto verificare in via preliminare la sussistenza della rilevanza, elemento attraverso il quale «il processo pregiudicato (a quo) e il giudizio pregiudicante (ad quem) vengono a contatto, l'uno con l'altro»³⁹. Se la questione di legittimità costituzionale è rilevante, il suo controllo da parte della Corte, oltre ad avere un fine generale di garanzia costituzionale, mira anche a realizzare, sia pure subordinatamente, un fine concreto, e cioè la risoluzione del caso in giudizio. Tale circostanza – come si diceva – si produce anche in virtù dell'effetto retroattivo della sentenza di accoglimento (ed in ogni caso per quella di rigetto), che determinando la caducazione della norma impedisce al giudice a quo (e a qualsiasi altro giudice) la possibilità di poterla applicare, non solo ai rapporti futuri ma anche a quelli passati, purché pendenti. Intervenire, dunque, sul piano dell'efficacia nel tempo, rimandando sostanzialmente al futuro gli effetti dell'accoglimento, pur potendo avere naturalmente una sua ragionevole giustificazione di tutela sistemica dell'ordinamento nel suo complesso, restringe di fatto la difesa delle posizioni soggettive azionate nel giudizio a quo⁴⁰. Sulle ragioni che potrebbero giustificare il "sacrificio" di tali specifiche posizioni (e di quelle analoghe,

-

³⁹ Zagrebelsky 1988, 194.

⁴⁰ Si tratterebbe, per quanto riguarda la sent. n. 10 del 2015, di un caso che «"scardina" [...] in radice la pregiudizialità costituzionale, obbligando l'autorità remittente ad applicare una legge di cui sia stata acclarata l'incompatibilità con i principi fondamentali della Carta, sulla pelle di del soggetto il cui diritto costituzionale leso è a parole riconosciuto ma non effettivamente tutelato (se non per l'avvenire)», così Ruggeri 2015, 2.

pur non azionate, ma ancora in ogni caso pendenti) in virtù di un adeguato bilanciamento con altri valori coinvolti (che nel caso di specie attengono alle esigenze di bilancio), non si ritiene ci si possa soffermare più diffusamente, considerata la complessità del tema. Restano in ogni caso da constatare alcune inevitabili conseguenze di una manipolativa nel tempo, che per quanto giustificabili in considerazione della necessità del modello incidentale di rendersi "flessibile" alla risoluzione dei problemi di costituzionalità (non sempre risolvibili mediante la semplice rimozione della norma), determinano di fatto una riconfigurazione di alcuni tratti essenziali del modello originario. La prima conseguenza investe, infatti, la concretezza che nel caso di irretroattività della sentenza di accoglimento perde rilievo, nel senso che l'interesse specifico del giudizio *a quo*, su cui la decisione avrebbe dovuto (anche) spiegare i suoi effetti, resta sostanzialmente privo di soddisfazione, nonostante la dichiarazione di incostituzionalità della norma ritenuta (dalla stessa Corte) rilevante in quel giudizio. Il che naturalmente, pur potendo trovare una ragionevole giustificazione nell'autonomia del giudizio di costituzionalità rispetto al giudizio *a quo*, esprime in questo, come in altri precedenti della Corte, una significativa attenuazione dell'elemento della concretezza del modello incidentale⁴¹.

Poi c'è la questione della disciplina positiva per quanto attiene la retroattività della decisione di accoglimento. E' vero che ci sono ordinamenti nei quali è prassi diffusa che le corti possano contenere gli effetti retroattivi (è la stessa Corte ad evidenziarlo nel paragrafo 7, in diritto), ma per quanto l'argomento – in chiave comparata - possa trovare un suo riscontro sul piano empirico, resta il fatto che l'intervento derogatorio da parte della Corte sulla retroattività mentre trova certamente una giustificazione di ordine politico, con più difficoltà la trova sul piano giuridico. Non a caso la Corte su tale circostanza – considerata la difficoltà ad argomentare *a contrario* rispetto alla regola della retroattività – fa appello al principio di proporzionalità, sottolineando che gli interventi sull'efficacia nel tempo «debbono [...] essere rigorosamente subordinati alla sussistenza di due chiari 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»⁴².

Il richiamo alla proporzionalità, come adeguamento del mezzo al fine, sembra dunque interpretare lo strumento decisorio come necessariamente adattabile (dunque flessibile) all'obiettivo di contemperamento di tutti i principi in gioco, con effetti significativi anche in relazione all'efficacia nel tempo della decisione. Anche se non difettano nel testo della sentenza le opportune cautele in merito all'eccezionalità dell'intervento della Corte sul piano temporale, risulta riscontrabile anche in questo specifico caso la palingenesi in corso del modello incidentale.

10. Verso l'integrazione dei modelli di processo costituzionale in Europa

In guisa di una prima parziale conclusione delle considerazioni fin qui svolte, a proposito delle due sentenze del 2014, si può osservare che gli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale italiana modificano in una certa misura la classificazione idealtipica che uno degli autori di questo articolo aveva proposto qualche anno fa. Il modello incidentale italiano, in realtà, invece di essere esclusivo sembra in grado di accogliere, da una parte, aspetti simili al ricorso

-

⁴¹ Sul tema della rilevanza, Romboli 2015, che sottolinea: «E' pacifico che il requisito della rilevanza vada verificato con riguardo al momento in cui il giudice decide di proporre la questione alla Corte, risultando privi di rilievo eventi o atti successivi a tale momento che pure determinino la sicura irrilevanza della questione. Si tratta, come noto, della c.d. irrilevanza sopravvenuta sulla quale esiste una giurisprudenza costituzionale assolutamente consolidata [...]. La particolarità nel nostro caso è che la irrilevanza è determinata non da un avvenimento successivo o da una modifica normativa che renda certamente inapplicabile la norma nel giudizio a quo, ma dalla decisione della stessa Corte che accoglie la questione proposta dal giudice e che decide che la norma dichiarata incostituzionale debba ugualmente essere applicata nel giudizio a quo. Con ciò ribadendone la rilevanza-applicabilità, ma escludendo la utilizzabilità per quel giudizio degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità», 6.

⁴² Sent. Corte cost. n. 10 del 2015, paragrafo 7, in diritto.

⁴³ Pasquino 2002.

diretto di tipo tedesco (la Verfassungsbeschwerde), anche se permane il ruolo decisivo dei giudici ordinari per l'accesso della questione alla Corte costituzionale. Dall'altra, la proposta governativa di permettere che le leggi elettorali siano sottoposte al controllo ex ante permetterebbe, se accolta, di assimilare nel nostro sistema il modello francese della saisine parlementaire – anche se si tratta di casi che si presentano assai di raro nell'attività legislativa del parlamento. Al di là del caso italiano, si può osservare che in Francia, come è noto, la saisine parlementaire e quindi il controllo a priori non sono più l'unico meccanismo di accesso al Conseil Constitutionnel e che con l'introduzione della QPC (la questione prioritaria di costituzionalità)⁴⁴ la Francia ha adottato un tipo di controllo che è stato a lungo dominante in Italia. Un diritto comune della giustizia costituzionale comincia dunque a svilupparsi sul continente europeo.

11. La Corte Costituzionale e la nuova separazione dei poteri.

Indipendentemente dagli sviluppi più recenti ci sembra utile a questo punto ritornare, in termini più in generali, sul ruolo e la funzione della Corte costituzionale in un sistema politico liberaldemocratico e sulla dottrina della separazione dei poteri, alla luce di quasi 60 anni di esperienza dalla sua introduzione in Italia. La vecchia tesi kelseniana del legislatore "negativo", che si limiterebbe ad esercitare le pouvoir d'interdir piuttosto che quello de faire le droit non regge più per niente dinanzi alla evidenza. La dottrina del padre fondatore del cosiddetto modello di controllo costituzionale europeo non è in grado di dare allo stesso delle credenziali di legittimità e non permette di rispondere alle obiezioni degli eredi di Schmitt, Orlando e Togliatti⁴⁵. Se resta vero che le Corti costituzionali sono essenzialmente organi passivi, che non possono assumere motu proprio la funzione dell'iniziativa della legge, è anche evidente che esse hanno preso con forza un ruolo di co-legislatore e in casi limite (si pensi, per fare un solo esempio alla sentenza sulla vicenda Mancuso⁴⁶) di potere di revisione o almeno di completamento della Costituzione.

Su questo tema si possono fare in questa sede alcune schematiche osservazioni, che necessitano altrove di più articolate argomentazioni. Innanzitutto si deve porre mente alla circostanza che il ruolo della Corte costituzionale è esplicitamente, nel dettato delle carte costituzionali che le hanno istituite, quello di controllo dell'attività legislativa delle maggioranze parlamentari – si parla infatti a loro proposito di organi giudici delle leggi. Se si riduce, come si tende spesso a fare, la democrazia al principio della maggioranza, la Corte è un organo di controllo del potere di queste maggioranze, un contropotere nei confronti delle maggioranze elette. Anche se si prende alla lettera la formula della sovranità popolare bisogna ricordare non solo che essa viene esercitata mediatamente attraverso la rappresentanza e la maggioranza parlamentare della stessa, ma che questa sovranità, come ricorda l'art. 1 della nostra Costituzione, deve essere esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione", che attribuisce, in particolare, alla Corte la funzione di guardiano della carta fondamentale. Se inoltre si tiene conto che il giudizio di costituzionalità è per lo più decisione circa i conflitti di interpretazione del contenuto delle norme costituzionali (conflitto di interpretazione fra le parti del processo dinanzi ad essa), si deve accettare che la Corte è in realtà un attore che produce norme di diritto per via interpretativa, norme che vincolano i membri della comunità politica, cittadini ed organi dello Stato, altrettanto quanto le leggi, e che si impongono in linea di principio allo stesso organo legislativo.

In realtà lo Stato costituzionale di diritto, diversamente dal parlamentarismo liberale del secolo 19°, è una forma di potere diviso nel quale la funzione di Rechterzeugung (la produzione dell' ordinamento giuridico) è distribuita fra diversi organi: specificatamente parlamenti e governi, eletti e responsabili (direttamente o indirettamente) dinanzi al corpo elettorale, e gli organi detti di garanzia, che sono in realtà degli attori di produzione di norme vincolanti come quelle emanate dai parlamenti.

⁴⁴ Pasquino 2009, 105 ss.

⁴⁵ Per un'ampia rassegna sul tema, si veda il lavoro recente di Chessa, 2014.

⁴⁶ Sentenza n. 7 del 1996.

La dottrina classica della separazione dei poteri, emersa in un contesto di critica del preteso potere assoluto delle monarchie di antico regime, distribuiva il potere sovrano di dire il diritto fra organi coordinati (senza superiore gerarchico) e perfettamente indipendenti. Si pensi al parlamento inglese di epoca classica – il modello della dottrina classica di Montesquieu⁴⁷ – costituito dalla Camera elettiva, i Comuni, quella nobiliare, i Lords ed il monarca. Con l'emergere dei sistemi repubblicani, in America prima ed in Francia nel corso del secolo 19° e stabilmente con l'avvento della Troisième République, il potere legislativo sovrano veniva attribuito a e distribuito fra diversi organi (in America le due Camere del Congresso ed il Presidente) che dovevano trovare un accordo per esercitare il potere di dire la legge. Tutto questo per impedire un esercizio monopolistico in capo ad un solo organo di quella funzione. E' la nascita dei partiti di massa verso la fine del secolo decimonono che ha condannato quel modello di potere diviso, poiché un solo attore politico (un partito o una coalizione) poteva controllare tutti gli organi della produzione delle norme primarie. E' questo sviluppo, insieme alle esperienze autoritarie e totalitarie della prima metà del secolo scorso, che ha indotto i padri costituenti dell'ultimo dopo guerra a ripensare in contesti repubblicani (senza senati nobiliari e monarchi) la dottrina del potere sovrano diviso. Le Corti costituzionali esercitano certamente parte rilevante di questo potere per impedire il monopolio della Rechtserzeugung (la produzione del diritto) delle assemblee elette. Non sono le seconde camere elette dai cittadini che possono in uno stato di partiti (più o meno liquidi, ma al quale non esistono alternative⁴⁸) che possono rappresentare un contropotere – poiché, se sono camere con maggioranze omogenee sono finalmente controllori della stessa maggioranza politica, se invece sono di colore politico diverso possono condurre al blocco dei meccanismi decisionali (come si vede oggi nel sistema bicamerale degli Stati Uniti, dove peraltro l'esecutivo non dipende dalla fiducia del Congresso e può fino ad un certo punto aggirare i veti incrociati di una o addirittura due camere controllate da un partito diverso da quello che ha espresso la presidenza). Solo organi non elettivi e non responsabili dinanzi al suffragio sono in grado di esercitare un reale controllo e funzionare da contropotere nei confronti delle maggioranze politiche. Questi se costituiti in base a norme come quelle che caratterizzano la Corte costituzionale italiana o quella tedesca, producono decisioni diverse da quelle basate sugli incentivi che motivano maggioranze elette che agiscano in base ad un principio di razionalità. Queste cercano il consenso dei loro elettori per mantenersi al governo. I giudici costituzionali sono, invece, liberi da questo condizionamento che produce il più delle volte parzialità e miopia, non potendo essere rinnovati nel loro mandato e, in caso di corti senza opinioni separate nominali (cioè firmate), non avendo la possibilità di una identità pubblica.⁴⁹ Il carattere collettivo ed anonimo delle decisioni e l'impossibilità del rinnovo del mandato conferiscono ad un organo come la nostra Corte un grado di neutralità impensabile per una maggioranza parlamentare eletta. Naturalmente la neutralità di cui è qui questione non è quella del soggetto privilegiato della teologia. I giudici non sono attori sovraumani o privi di preferenze soggettive, come osservava giustamente Richard Thoma negli anni in cui si sviluppò con particolare intensità il dibattito europeo sul controllo di costituzionalità. La neutralità di cui qui si parla è la combinazione di punti di vista diversi che convergono verso una soluzione di compromesso che, alla luce del parametro costituzionale, cerca di preservare l'ordine politico-costituzionale e può operare per la difesa dei diritti dei cittadini, nei confronti della più facilmente parziale decisione degli organi elettivi. La Corte cerca di mantenere una bilancia nell'attività della produzione del diritto nei confronti di possibili abusi e delle posizioni estreme. E si sforza, in genere con successo, ⁵⁰ di ottenere legittimità grazie non ad una nel suo caso assente legittimazione elettorale, ma attraverso la reputazione di organo protettore dei diritti dei cittadini: omnes et singulatim.

⁴⁷ Esposta nel capitolo 6 del libro XI dell'*Esprit des lois*, Montesquieu 1748.

⁴⁸ Vale ancora la pena di rileggere sul punto il vecchio articolo di Kaufmann 1951, 563 ss.

⁴⁹ Un punto che sfugge in genere ai sostenitori delle opinioni dette dissenzienti e non anonime.

⁵⁰ Come mostrano i dati dei sondaggi relativi a questi organi, che godono in genere di gradimento popolare molto più alto di quello dei parlamenti eletti e politicamente responsabili. Fenomeno a prima vista paradossale dal momento che i rappresentanti eletti sono il risultato della scelta degli elettori!

Si possono citare qui le parole illuminanti che scriveva Maranini già nel 1966:

«...nessun potere è legittimo nel nostro ordinamento repubblicano, se non in quanto affonda dunque le sue radici immediate o remote nella sovranità popolare [attraverso il dettato della costituzione – aggiungiamo noi]; ma [al tempo stesso] nessun potere può pretendere di esprimere e rappresentare da solo la sovranità popolare»⁵¹.

Gli avversari del controllo di costituzionalità obiettano però che le Corti costituzionali assumono, ampliando le loro competenze di decisore in ultima istanza, la funzione di nuovo sovrano, espropriando in tal modo i parlamenti eletti della loro funzione legislativa. Una tale concezione manifesta in realtà un malinteso, poiché confonde l'indipendenza legale dell'organo nei confronti degli elettori e del governo con un preteso potere assoluto. Si consideri, in primo luogo, che l'assenza di legittimità democratico-elettorale rappresenta un limite importante ed ineludibile del potere delle Corti costituzionali. In secondo luogo – ripetendo un sofisma di Thibaudeau nei dibattiti della Costituente francese del 1795⁵² – si confonde una decisione giudiziaria di ultima istanza con un potere sovrano. Se la Corte non avesse, dal punto di vista giuridico, l'ultima parola sul conflitto che le viene sottoposto, l'intero meccanismo perderebbe senso. Nessuno porta una controversia dinanzi ad una corte di giustizia se non ha la certezza che una decisione inappellabile verrà prodotta prima o poi, e meglio prima che dopo. Anche la Corte di Cassazione o il Consiglio di Stato producono al livello della giurisdizione statuale decisioni di ultima istanza e nessuno chiede ragionevolmente a loro proposito quis custodiet costodes.⁵³ In teoria le corti supreme "applicano la legge", ma si tratta della medesima finzione che si ripete affermando che una Corte costituzionale "applica la Costituzione". In realtà tutte le corti di ultima istanza producono – attraverso l'interpretazione – diritto. Ma è evidente che se non vi fosse un'ultima istanza l'intero sistema giudiziario di risoluzione dei conflitti diverrebbe vano e vantaggioso soltanto per chi ha abusato della sua posizione di forza e sa che non verrà mai sconfitta, vista la possibilità di un ricorso ad infinitum.

Infine vale la pena soffermarsi sulla circostanza che le Corti costituzionali pur essendo, come è necessario che sia, indipendenti dalle parti del conflitto che essa deve giudicare, e come accade in ogni corte degna di questo nome, essa non opera in quanto attore capace di creare diritto in un contesto privo di vincoli rilevanti. Qui distingueremo vincoli interni e vincoli esterni. Per vincoli interni intendiamo innanzitutto il carattere collegiale e, nel migliore dei casi, anonimo dell'organo giudicante. Il giudice costituzionale non è un soggetto monocratico, ma il membro di un collegio giudicante che deve attraverso argomenti condivisi produrre una decisione pubblica motivata.⁵⁴ Consideriamo vincoli esterni le circostanze storico-economico-politiche entro le quali ogni Corte costituzionale si trova ad operare. Priva di legittimità democratico-elettorale, un tale organo vive e prospera solo in base alla sua legittimità reputazionale. Questa si costituisce e si accresce (o diminuisce) nella misura in cui l'organo è capace di proteggere i diritti dei cittadini in maniera che la pubblica opinione considera neutra cioè sufficientemente distante da partigianeria ed estremismi. Una Corte indipendente non gode di potere arbitrario perché l'esercizio di tale tipo di potere la renderebbe impopolare ed in ultima analisi oggetto di facili attacchi e ritorsioni da parte degli altri segmenti esercitanti autorità politica negli stati costituzionali di diritto, che nel caso di costituzioni meno rigide di quella degli Stati Uniti possono modificare e ridurre i poteri dell'organo di controllo. Se questo tentasse di osteggiare una maggioranza politica stabile sostenuta in modo robusto dalla opinione pubblica non c'è dubbio che quella avrebbe tutti gli strumenti politici e giuridici di

⁻

⁵¹ Maranini 1966b, 134.

⁵² Questi affermava, contro la proposta dell'abate Sieyes di introdurre il controllo sulla costituzionalità delle leggi sostenendo che l'idea di un controllo avrebbe implicato la necessità di un controllo dei controllori: « Ainsi chez un peuple des Indes, la croyance vulgaire est, dit-on, que le monde est porté par un éléphant, et cet éléphant par une tortue; mais quand on vient demander sur quoi repose la torture, adieu l'érudition », Thibaudeau 1795, 1330 ss.

⁵³ In realtà nella Unione europea c'è la possibilità di ricorso delle loro decisioni dinanzi alle corti sovranazionali europee, che a loro volta hanno l'ultima parola sul piano giurisdizionale.

⁵⁴ Si vedano Branca 1970, Zagrebelsky 2005 e la sezione su "Come lavora la Corte" sul sito web della Corte Costituzionale Italiana: www.cortecostituzionale.it. Ora più estesamente Cassese 2015.

reazione. La funzione della Corte, anche ampliano la sue competenze includendo il controllo delle leggi elettorali, non può spingersi fino alla monopolizzazione del potere politico, ma resta entro i confini del potere diviso, proprio degli stati di diritto, quella di impedire che l'esercizio dell'autorità degli organi elettivi si espanda fino all'usurpazione dei diritti fondamentali dei cittadini ed all'abuso di una gestione autoritaria del potere.

Bibliografia

AA.VV. (2014), Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005, in Giurisprudenza costituzionale, 1, 629 ss.

Anzon Demmig, A. (2014), Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale, in Giurisprudenza costituzionale, 1, 34 ss.

Bianchi, P. (2014), Lo scioglimento del matrimonio transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo, in Quaderni costituzionali, 3, 669 ss.

Bin, R. (2010), L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge, in www.robertobin.it, ed in AA.VV., La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa, Atti del XX Convegno annuale dell'AIC (Roma 27-28 ottobre 2006), Jovene, Napoli, 2010.

Bin, R. (2014), "Zone franche" e legittimazione della Corte, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Biondi, F. (2014), Lo scioglimento del matrimonio transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio «imposto», in Quaderni costituzionali, 3, 666 ss.

Branca, G. (1970), Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale, Cedam, Padova.

Brunelli, G. (2014), Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto", in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Cassese, S. (2015), Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale, il Mulino, Bologna.

Cerri, A. (2012), Corso di giustizia costituzionale, Giuffrè, Milano, 2012.

Chessa, O. (2014), I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2014.

D'Alessio, G., (1979), (a cura di) Alle origini della Costituzione italiana: i lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello stato (1945-1946), il Mulino, Bologna.

D'Aloia, A. (2014), Lo scioglimento del matrimonio transessuale: una incostituzionalità per «mancanza di alternative», in Quaderni costituzionali, 3, 672 ss.

D'Amico, M. (2015), La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

D'Amico, M. Catalano S., (2014), (a cura di) *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

D'Andrea, A. (2014), La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento, in Giurisprudenza costituzionale, 38 ss.

D'Orazio, G. (1981), La genesi della Corte costituzionale, Giuffrè, Milano.

De Sena, P. (2014), The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law, in QIL – Questions of International Law, www.qil-qdi.org.

Dickmann, R. (2014), Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto, in Federalismi.it, n. 22.

Gradoni, L. (2014), Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?, in Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Groppi, T. (2015), La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana, in Consulta on line Studi, www.giurcost.org.

Guazzarotti, A. (2014), Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014, in Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Guzzetta, G. (2014), La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Kaufmann, E. (1951), Parteienstaat oder was sonst?, in Monat, 563 ss.

Kelsen, H. (1981), La giustizia costituzionale, trad. it., C. Geraci, (a cura di), Giuffrè, Milano.

Kelsen, H., Triepel, H. (1965), Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928, De Gruyter, Berlin, (prima edizione 1929).

Lamarque, E. (2015), La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere, in Questione giustizia, 1, 76 ss.

Lehner, E. (2014), Il diritto di voto dopo la conquista della "zona franca", in Giurisprudenza costituzionale,1, 54 ss.

Lieto, S. (2014), Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014, in Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Lieto, S., Pasquino, P. (2013), Un'ordinanza particolare. Sull'ammissibilità ed il merito della richiesta del controllo di costituzionalità della legge elettorale, in Astrid Rassegna, 14, www.astridonline.it.

Lieto, S., Pasquino, P. (2014), La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n. 1 del 2014, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, 3, www.forumcostituzionale.it.

Luciani, M. (2015), I controlimiti e l'eterogenesi dei fini, in Questione giustizia, 1, 84 ss.

Maranini, G. (1966a), Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione, in Atti del Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965, Roma.

Maranini, G. (1966b) La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza, in Idem (a cura di), La giustizia costituzionale. Atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la fondazione "A. Olivetti" e l'United States Information Service, Vallecchi, Firenze, 1966.

Massa Pinto, I. (2015), La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale, in Costituzionalismo.it, 1.

Modugno, F. (2007), La "supplenza" della Corte costituzionale, in Federalismi.it, 16 e in Il Foro amministrativo T.A.R., 7-8, 23 ss.

Montesquieu (1748), L'Esprit des lois, capitolo 6, libro XI.

Morrone, A. (2014), L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?, in Giurisprudenza costituzionale,1, 47 ss.

Orlando, V.E. (1951), Studio sulla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948, in Rivista trimestrale di diritto pubblico,1.

Pasquino, P. (2002), Tipologia della giustizia costituzionale in Europa, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2, 359 ss.

Pasquino, P. (2006a), *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in Giornale di Storia Costituzionale, n. 11, I semestre, Edizioni Università di Macerata, 309 ss.

Pasquino, P. (2006b), L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. Les débats de l'Assemblée Constituante (1946-47), in Rivista trimestrale di diritto pubbico, 1, 1 ss.

Pasquino, P. (2009), The New Constitutional Adjudication in France. The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, in Indian Journal of Constitutional Law, 3,1,105 ss.

Pasquino, P. (2013), A Political Theory of Constitutional Democracy, Straus Working Papers 4/2013

Pasquino, P., Ferejohn, J. (2002), *Constitutional Courts as Deliberative Institutions : Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*, in W. Sadurski (ed.), Constitutional Justice, East and West, The Hague, etc., Kluver Law International, 21 ss.

Pinelli, C. (2015), Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles, in QIL - Questions of International Law, www.qil-qdi.org.

Pugiotto, A. (2015), Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, , www.forumcostituzionale.it.

Rescigno, G.U. (2014), Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, in Giurisprudenza costituzionale, 1, 27 ss.

Romboli, R. (2014a), La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice (Nota a Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170), in il Foro italiano, 2680 ss.

Romboli, R. (2014b), La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti (nota a Corte cost. 13 gennaio 2014 n. 1), in Il Foro italiano, 2014, 3, 677 ss.

Romboli, R. (2015), 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, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Ruggeri, A. (2014a), Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014), in Consulta online Studi, www.giurcost.org.

Ruggeri, A. (2014b), La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014), in Consulta on line Studi, www.giurcost.org.

Ruggeri, A. (2015), Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015), in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Ruggeri, A., Spadaro, A. (2009), Lineamenti di giustizia costituzionale, Giappichelli, Torino, 2009.

Schmitt, C. (1981) Il custode della costituzione, trad. it., A Caracciolo (a cura di), Giuffrè, Milano.

Silvestri, G. (2013), La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, in www.cortecostituzionale.it

Silvestri, G. (2015), Sovranità vs. Diritti fondamentali, in Questione giustizia, 1, 57 ss.

Staiano, S. (2014), La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale, in Rivista AIC, 2.

Thibaudeau, A.C. (1795), *Moniteur*, Séance du 30 thermidor an III, 1330 ss.

Veronesi, P. (2014), Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Veronesi, P. (2015), La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015, in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, www.forumcostituzionale.it.

Zagrebelsky, G. (1988), La giustizia costituzionale, il Mulino, Torino.

Zagrebelsky, G. (2005), Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica, Einaudi, Torino.

Zagrebelsky, G. (2014), La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori, in Giurisprudenza costituzionale, 3, 2959 ss.