



Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*

di Marco Bignami
assistente di studio presso la Corte costituzionale

1. In un seminario rivolto alla magistratura contabile e dedicato ai profili costituzionali delle materie che possono interessare a quest'ultima, l'inserimento di un intervento dedicato alla ammissibilità delle questioni incidentali potrebbe a prima vista risolversi in un doveroso, ma stanco tributo alla tradizione di tali incontri di studio, che vuole sia riservato un qualche spazio al processo costituzionale.

In realtà, non vi è probabilmente oggetto più sensibile alle dinamiche processuali di quello che sollecita la Corte a intervenire sui vincoli di bilancio, sulla allocazione delle risorse finanziarie, sui macro-aggregati di spesa pubblica. Se si vuole, la contrazione dei mezzi disponibili e con essa la sottrazione alla politica di aree aperte a scelte distributive, indotta dall'assunzione di cogenti impegni europei, ha reso il controllo della spesa il grande protagonista della legislazione perlomeno dell'ultimo decennio, riversando sul giudice costituzionale l'oneroso compito di assecondare, o frenare, tale linea di tendenza.

Stretta tra la necessità di preservare un «nucleo invalicabile di garanzie minime» (sentenza n. 275/2016) dei diritti, e la consapevolezza che allentare i vincoli nel lungo periodo pone a repentaglio la tenuta del sistema e dunque la capacità di soddisfare quei medesimi diritti

* La presente relazione è stata svolta in occasione della giornata di studi dedicata all'aggiornamento dei magistrati contabili, tenutasi il 17 marzo 2017 alla Corte costituzionale, e i cui atti saranno pubblicati da Giuffrè.

(sentenza n. 10/2015), la Corte non è sempre nella condizione di offrire una risposta al merito dei dubbi di costituzionalità, che le vengono proposti in un'ottica viceversa unilaterale, con la quale si pretende il sacrificio dell'una o dell'altra esigenza in un pericoloso gioco a somma zero.

Definitivamente chiusa la stagione keynesiana nella polvere della stagflazione degli anni '70, il tema delle "sentenze che costano" viene alla ribalta a partire dal decennio successivo, e si rafforza progressivamente. Non è tanto questione di chiedersi con afflato formalistico se l'art. 81 Cost. ponga condizioni agli interventi stessi del giudice delle leggi in quanto "privi di copertura", perché, a fronte di una soluzione costituzionalmente obbligata, sarà dovere del legislatore reperire le risorse. Piuttosto, viene in gioco la capacità della Corte di tutelare i diritti con visuale «sistemica e non frazionata» (sentenza n. 264/2012), intestandosi le ragioni dell'armonia costituzionale tra interessi confliggenti al di là della prospettiva talvolta costringente e asfittica della specifica questione di legittimità costituzionale.

Il processo costituzionale, e in particolar modo lo scrutinio sulla ammissibilità delle questioni sollevate, offre talvolta una soluzione grazie alla flessibilità con cui viene gestito. Il tema è oramai classico: in che misura le regole del giudizio costituzionale vincolano la Corte? Può davvero parlarsi di *processo*, anziché di *procedimento*, se tale vincolo è solo apparente, e cede dinnanzi al bisogno di concedere o negare la tutela costituzionale? Ammissibilità e merito di una questione di costituzionalità sono segmenti distinti e separati dell'*iter* logico seguito dalla Corte, o finiscono talora per coniugarsi in forme che li rendono consustanziali? Il tasso di coerenza intrinseca delle decisioni processuali è indice di buon funzionamento della giustizia costituzionale, o se ne può prescindere?

Bisogna riconoscere che, a torto o a ragione, la forte spinta impressa dalla dottrina negli anni '90 a favore di un irrigidimento delle forme processuali è un'onda oramai piuttosto esaurita. La Corte, come vedremo a breve con qualche esempio, ha un campionario di soluzioni buone per tutti gli usi, e sa pescare il precedente più acconcio alla bisogna. Insomma, non si lascia imbrigliare, mentre il crinale dell'ammissibilità resta un confine poroso.

Certo, nuovi sviluppi potrebbero provenire dalla giurisprudenza Edu, perché sono concepibili casi limite in cui una determinata applicazione di regole del processo costituzionale si presti a ingenerare perlomeno uno dubbio di compatibilità con il modulo del giusto processo garantito dall'art. 6 della Convenzione, specie se si considera che nell'ambito di quest'ultima è meno probabile che penetrino le ragioni di armonia complessiva dell'ordinamento cui si accennava innanzi, e su cui potrebbero invece poggiarsi pronunce di inammissibilità, o comunque di "manipolazione" del processo. Un giudice che sa di essere soggetto al controllo di un altro giudice subisce un qualche pressione a

stabilizzare la propria giurisprudenza sul processo, ma è senza dubbio troppo presto per delineare uno scenario attendibile sotto questo visuale. Allo stato, resta vero che la Corte costruisce il suo processo di volta in volta, e ne dispone con largo margine di apprezzamento. Qui, però, è necessario ricordare due cose. Anzitutto, che l'impiego delle norme processuali, e in particolar modo della inammissibilità, al fine di risolvere le questioni è un accorgimento tipico dello scrutinio di costituzionalità, e non una via di fuga dalle proprie responsabilità. Sarebbe del tutto inappropriato ragionare in questi ultimi termini, ignorando che la giustizia costituzionale ha una sua specificità fortemente legata non solo all'*an* e al *quomodo* della decisione, ma anche al *quando* di essa. Il giudizio costituzionale entra nel flusso dei processi politici, nell'ondivago moto delle Corti europee, nel groviglio della giurisprudenza di merito e di legittimità. Da ciascuna di tali fonti trae alimento, e come esse sono in divenire, così, per la Corte, vi è il tempo di decidere e il tempo di attendere.

In secondo luogo, si può parlare di flessibilità delle norme processuali, ma non di arbitrio applicativo. La Corte, al di là degli accidenti legati alle singole vicende, sa di muoversi al cospetto di una comunità di interpreti alla quale si rende il conto. Non va sottovalutata la forza di un simile controllo di influenza sulle decisioni del giudice costituzionale, così note e così lette da non poter sfuggire a letture critiche.

Quando perciò l'ammissibilità o l'inammissibilità di una questione è netta, non vi sono margini di opinabilità, e sarebbe una forzatura volere anche in tal caso gestire il giudizio in ragione della risposta che si voglia dare al dubbio di costituzionalità. Sono, invece, le zone grigie del processo, i punti di obiettiva incertezza tra modelli applicativi ispirati a logiche non collimanti, che permettono, in modo fisiologico, l'esercizio di un certo grado di discrezionalità.

Tale discrezionalità, peraltro, riflette la difficile coabitazione tra due finalità del processo costituzionale, l'alternativa tra le quali non fu scelta a suo tempo dal Costituente, sì da determinare a tutt'oggi i due punti di massima oscillazione del pendolo.

Come è noto, persino i giganti della fase costituente erano uomini del proprio tempo, e, nell'introdurre la novità epocale della Corte costituzionale, non potevano percepire distintamente che l'introduzione del controllo accentrato di costituzionalità era l'inizio, e non il punto terminale, di un più complesso progetto costruttivo. Quest'ultimo, per operare compiutamente, non avrebbe potuto limitarsi a garantire una risposta al dubbio di costituzionalità, ma sarebbe stato altresì nella necessità di elaborare adeguate *forme* attraverso le quali ricevere la questione, e poi veicolare quella risposta nell'ordinamento. A questo approdo, si sa, il Costituente non seppe arrivare, perché, davanti «all'assurdo che si crea omettendo di indicare (...) le forme e i modi attraverso i quali può essere promossa

azione dinanzi alla Corte» (Moro, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, 1972, pag. 4305) si preferì pensare che «la Corte costituzionale esiste. Ora, si tratta di una semplice modalità, di valore molto secondario, delle norme di procedura» (Ruini, *Atti Assemblea Costituente*, doc. n. 68, pag. 4331).

Fu dunque la legge costituzionale n. 1/1948 a sciogliere alcuni di questi nodi di “valore molto secondario”, ma ciò non toglie che il compito di definire con più esattezza i contorni del proprio processo sia toccato alla stessa Corte.

E, nello svolgerlo, il giudice costituzionale non avrebbe potuto sottrarsi alla tensione immanente alla duplice finalità cui si è fatto cenno prima.

Gli studiosi della giustizia costituzionale hanno da tempo nitidamente avvertito che la dimensione obiettiva del controllo di costituzionalità, ovvero la sua vocazione a perseguire l'interesse generale di eliminare dall'ordinamento disposizioni incostituzionali, può militare per soluzioni processuali che non sempre si accordano con l'altrettanto vigorosa finalizzazione soggettiva verso la tutela dei diritti individuali sollecitati da una specifica vicenda concreta.

Più in generale, accordare preminenza all'una o all'altra dimensione della giustizia costituzionale può comportare soluzioni differenti in punto di applicazione delle norme processuali, e specificamente di ammissibilità delle questioni.

È in questa prospettiva che si muoverà ora il mio breve intervento.

Ciò detto, è ovvio che non può essere questa la sede per una trattazione compiuta dei profili di inammissibilità delle questioni incidentali secondo il prisma *lex/iura*. Giocoforza, pare però utile individuare tre ambiti di indagine (la rilevanza; l'incidentalità; l'interpretazione conforme), ai quali dedicare una qualche attenzione, posto che essi sono a tutt'oggi di viva attualità.

2. Come si è visto, la scelta di legare la proposizione della questione di legittimità costituzionale alla pendenza di un giudizio non si deve al Costituente, ma all'art. 1 della legge costituzionale n. 1/1948. Ma che significa che la questione deve porsi «nel corso di un giudizio»? Come è noto, in un mondo “vergine”, ovvero le cui forme non siano già state modellate dal corso di sessanta anni circa di giurisprudenza costituzionale, sarebbero possibili almeno tre risposte a questo quesito.

Le prime due tendono all'estremo l'arco disegnato dall'alternativa tra proiezione obiettiva o soggettiva del giudizio incidentale.

Si potrebbe infatti immaginare che la questione di costituzionalità nasca *in occasione* di un processo principale, radicato dalle parti sulla base di un interesse ad agire che sia estraneo

alla risoluzione del dubbio di costituzionalità, e che nondimeno valga a qualificare l'azione come strumentale al fine di cancellare dall'ordinamento disposizioni incostituzionali. In questo caso, sarebbe il giudizio principale a svolgere una funzione servente rispetto al giudizio incidentale, perché il primo fungerebbe da sede privilegiata per introdurre il secondo. Sarebbe così perseguito al massimo grado l'interesse obiettivo a purgare l'ordinamento, come si diceva un tempo, da previsioni normative costituzionalmente illegittime.

Oppure sarebbe altrettanto possibile invertire i ruoli, e rendere la questione di costituzionalità un mezzo al fine di definire il processo principale, attraverso l'applicazione in quest'ultima sede delle sole norme di cui si sia escluso il contrasto con la Costituzione. Per tale via, ad avere prioritaria attenzione sono i diritti delle parti processuali, la cui affermazione non tollera di venire compressa da una normativa che incide su di essi e di cui si sia ritenuta la contrarietà al parametro costituzionale.

Con l'esperienza che concede il tempo, va immediatamente escluso che la prima soluzione abbia mai avuto diritto di cittadinanza nel nostro sistema, tanto che, quando fu propugnata da una nota ordinanza di rimessione del Pretore di Chieri, essa venne liquidata dalla Corte con una pronuncia nella sostanza priva di motivazione (ordinanza n. 130/1971). Al contrario, è stata la seconda via a essere risolutamente abbracciata, perché si è ritenuto che l'art. 23 della legge ordinaria n. 87/1953, nel definire il requisito della rilevanza della questione di costituzionalità, avesse tradotto fedelmente in norma avente forza primaria quanto già stabilito dall'art. 1 della legge costituzionale n. 1/1948.

Il silenzio motivazionale serbato dalla Corte con l'ordinanza n. 130/1971 appena ricordata conferma che questo approdo non ha nulla della necessità logica, perché è certamente immaginabile un ordinamento che affida al giudice comune, purché nella fase privilegiata di un giudizio ritualmente instaurato, la funzione di bersagliare disposizioni sospette di incostituzionalità, seppure inconferenti nell'ambito di quel processo principale. Ad avere avuto un decisivo ruolo contrario è stata perciò la giurisprudenza costituzionale già consolidatasi nei quindici anni che precedettero l'ordinanza del pretore di Chieri, in ragione del ripudio della vocazione *meramente obiettiva* che ciò avrebbe comportato per il giudizio costituzionale (basti pensare che le parti, a processo sospeso, dovrebbero rimanere in attesa di una risposta della Corte, benché estranea alla lite che le separa).

Nonostante ciò, la valorizzazione dell'afflato soggettivo dell'incidente di costituzionalità resta compatibile, ancora una volta sul piano astratto, con la terza delle risposte possibili. La rilevanza, difatti, non ineludibilmente deve atteggiarsi a rigorosa necessità che la norma oggetto della questione sia da applicarsi da parte del giudice al tempo in cui quest'ultimo ne

investe la Corte. Una forma di conciliazione tra *lex e iura* potrebbe aversi invece se, ai fini dell'ammissibilità, ci si accontentasse di una qualche forma di *interferenza* della disposizione impugnata con l'oggetto del processo principale, come avverrebbe, ad esempio, se in una causa di separazione tra coniugi, l'addebito a un componente della coppia di far uso di droghe permettesse di impugnare la normativa che sanziona in via amministrativa tale consumo.

Ancora una volta, non è la logica, ma la storia a dare una risposta: la Corte ha decisamente inclinato, al contrario, per una nozione di rilevanza ancorata alla stretta pregiudizialità della questione di costituzionalità (tra le ultime, sentenze n. 174/2016; n. 91/2013; n. 71/2015), precludendo un allargamento del sindacato verso disposizioni che si limitano ad afferire al *thema decidendum* del processo principale, senza tuttavia doversi essere necessariamente e attualmente applicate.

Ma con questo non ogni problema è risolto, perché l'impronta (anche) obiettiva di un sindacato accentrato di costituzionalità permane, e coglie le sue rivincite persino a livello normativo, come continua a testimoniare l'art. 18 delle norme integrative. Prescrivere che il giudizio costituzionale sia definito, anche quando il processo principale si sia estinto significa a tutti gli effetti rendere una pronuncia che non corrisponde più ad alcun interesse delle parti, e dunque oggettivare la questione di costituzionalità nella dimensione della *lex*. Le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale in punto di rilevanza dipendono allora, in larga misura, da questo conflitto latente, perché «il giudizio di costituzionalità si svolge, oltre che nell'interesse privato, anche e in primo luogo in quello pubblico» (sentenza n. 119/2015), sicché, una volta nata nel processo principale al fine di tutelare gli *iura*, la questione di costituzionalità si anima di vita propria e perdura pur quando appaia ininfluyente, o scarsamente influente, ai fini della definizione di quel processo.

Certo, talvolta la Corte è in grado di tenere insieme funzione soggettiva e oggettiva del proprio scrutinio, come accade quando si spiega che la rilevanza della questione incidentale non richiede necessariamente un effetto favorevole o pregiudizievole sulla posizione giuridica delle parti, ma si accontenta di dipendere dall'influenza esercitata sul percorso motivazionale che il giudice *a quo* dovrà poi osservare (soluzione pensata come una sorta di *escamotage* utile a rendere rilevanti le questioni vertenti sulle norme penali di favore, con la sentenza n. 148/1983, e poi capace di conquistare un più ampio spazio applicativo, come con la sentenza n. 20/2016). La Corte qui decide nell'interesse generale, ma non si può dire che la pronuncia resti estranea all'oggetto del giudizio *a quo*.

Altre volte, invece, la conciliazione si rivela ardua, e occorre compiere una scelta.

È il tema, che talora riaffiora, detto della rilevanza "in entrata" o anche "in uscita".

In linea generale, lo stampo soggettivista del requisito della rilevanza comporta che esso non prescindere da un sia pure minimo influsso (non necessariamente favorevole) sulla vicenda isolata nel giudizio *a quo*, ciò che nel linguaggio specializzato della Corte si traduce nella figura ben nota della “mancanza di effetti concreti” quale causa di inammissibilità della questione (tra le molte, ordinanza n. 15/2014; sentenza n. 151/2009; sentenza n. 337/2008). È chiaro che anche in queste ipotesi l’interesse obiettivo dell’ordinamento suggerirebbe alla Corte di decidere, ma di regola questo non avviene, perché il giudizio *a quo* non ne sarebbe condizionato.

In altri casi, però, il giudice costituzionale subisce l’attrazione esercitata da quell’interesse. Poco male, se dando soddisfazione a quest’ultimo non si pregiudica la posizione delle parti (un esempio di tale natura lo offre la sentenza n. 359/1995). Più complicate sono le ipotesi in cui, invece, gli interessi divergono.

Una nozione di rilevanza confinata alla fase in cui il dubbio di costituzionalità è stato posto, senza che l’effetto della pronuncia della Corte sulle parti possa poi avere alcuna importanza, è stata di recente sposata, in particolare, dalla sentenza n. 10/2015, ove è scritto che la rilevanza «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 questo precedente, come è risaputo, un simile inquadramento in chiave oggettiva della rilevanza ha offerto la base teorica per limitare gli effetti nel tempo di una declaratoria di illegittimità costituzionale, escludendone le parti del giudizio *a quo*. Qui, in altri termini, la spinta verso la *lex* ha comportato il sacrificio degli *iura*.

In definitiva, è prevedibile che la linea di tendenza mostrata dalla Corte a valutare la rilevanza in chiave di stretta pregiudizialità della questione incidentale continuerà a subire battute di arresto, occasionali per frequenza, ma non per *ratio*, visto che ad esse corrisponde l’anima obiettiva del sindacato diffuso. L’ammissibilità della singola questione incidentale, per questo verso, è largamente, ma non totalmente, predicibile, né ciò costituisce necessariamente un male una volta che ne siano chiare le ragioni.

3. Una episodica, ma di grande importanza teorica, causa di inammissibilità è dovuta alla carenza di incidentalità, che, in linea di prima approssimazione, si verifica quando l’oggetto del processo principale è interamente assorbito dalla questione di costituzionalità, al punto che se ne può negare l’autonomia. Volendo, il fondamento normativo dell’incidentalità è ancora una volta da ravvisare nella previsione formulata dalla legge costituzionale n. 1/1948 (e poi dall’art. 23 della legge n. 87/1953), quanto alla origine della questione “nel corso di un giudizio”, dovendosi con ciò postulare la necessità che si tratti, per oggetto, di un *altro*

giudizio rispetto a quello costituzionale. Ma, pur accomunate dalla base normativa, nondimeno rilevanza e incidentalità restano concetti differenti.

Vi possono infatti essere questioni massimamente rilevanti, e allo stesso tempo del tutto prive di incidentalità, come accadrebbe se avanti al giudice *a quo* fosse intentata un'azione volta al mero accertamento della illegittimità costituzionale di una disposizione. In tali casi, non vi è dubbio che siffatta disposizione debba necessariamente essere applicata dal giudice, poiché solo in tal modo l'accertamento può essere compiuto (dunque, sussiste la rilevanza), ma, allo stesso modo, dovrebbe essere chiaro, in linea di principio, che la questione sia inammissibile per difetto di incidentalità, perché, in caso contrario, il giudizio principale sarebbe una mera scorciatoia, priva di vita autonoma, al fine di impugnare la legge, con piena coincidenza di oggetto rispetto al processo costituzionale.

Naturalmente, tutti sappiamo che il fenomeno appena descritto si è apparentemente manifestato proprio di recente con la sentenza n. 1/2014 in tema di legge elettorale, ma prima di arrivare all'analisi dell'accaduto, è bene avere presente a che serve l'incidentalità nel nostro sistema di giustizia costituzionale.

Ancora una volta, è utile ragionare in base alla dialettica tra lato subiettivo e lato oggettivo del sindacato di costituzionalità. Qualora fossero ammissibili azioni di mero accertamento della incostituzionalità di una norma di legge sarebbe esaltato l'interesse obiettivo a eradicare disposizioni costituzionalmente illegittime, al punto che chiunque sia soggetto "in linea astratta e potenziale" all'efficacia di quelle disposizioni avrà modo di impugnarle, in sostanza, in via diretta e immediata, ovvero a prescindere da «una concreta vicenda applicativa della norma censurata» (sentenza n. 16/2008).

Si badi: non accadrebbe che il *quisque de populo* possa accedere alla Corte quando non sia titolare di una posizione giuridica suscettibile di essere conformata dalla norma impugnata, perché l'accertamento della incostituzionalità della legge, muovendo dall'instaurazione di un comune giudizio ove è dedotta la astratta compressione del diritto da parte di quella legge, richiederebbe in ogni caso il vaglio da parte del giudice *a quo* in ordine alla sussistenza del diritto. Chi, ad esempio, non fosse neppure coniugato non avrebbe comunque modo di censurare la disciplina normativa del divorzio, che gli resterebbe estranea anche *in limine*.

E, tuttavia, resterebbe evidente lo stravolgimento del sindacato di costituzionalità verso una dimensione fortemente obiettiva, perché la mera titolarità di una posizione giuridica comune ad una moltitudine di consociati, *prima che uno specifico episodio della vita la abbia concretamente posta a repentaglio coinvolgendo proprio la persona che agisce in giudizio e distinguendola dagli altri*, rende l'azione di accertamento meno vicina alla tutela

del proprio diritto (*ius*) che non alla vocazione a rappresentare le ragioni di tutti, operando affinché, nell'interesse comune, la legge venga eliminata (*lex*).

L'incidentalità ha, invece, la funzione opposta di selezionare, tra i molti, i soli che possono adire la Corte, in ragione del fatto che sono stati direttamente e personalmente raggiunti da circostanze fattuali che ne hanno posto in dubbio il diritto; e il segno che ciò è davvero avvenuto viene proprio dal fatto che essi possono radicare un giudizio comune, in quanto titolari della legittimazione e dell'interesse ad agire. È, insomma, la componente soggettiva del sindacato di costituzionalità a manifestarsi potentemente, perché qui la funzione primaria è di impedire che una certa norma incostituzionale sia applicata in un processo, e non di controllare in forma astratta la compatibilità dell'ordinamento con la Costituzione.

In quest'ottica, le formule stesse con cui la Corte gestisce talora il requisito della incidentalità non sono del tutto appaganti. Quando si dice che l'incidentalità manca se non residua alcun «frammento decisorio» nel giudizio *a quo* all'esito del sindacato di costituzionalità (sentenza n. 127/1998; ordinanza n. 175/2003) si isola solo una presunzione relativa di inammissibilità, che ben può venire vinta da un'evidenza contraria. Si pensi al caso della legge-provvedimento che disciplini esaustivamente la fattispecie (dunque, senza necessità di alcun ulteriore atto applicativo impugnabile davanti al giudice comune così da introdurre in causa quell'autonomo frammento decisorio – l'annullamento dell'atto – che permetterebbe di ravvisare l'incidentalità). Qui, a mio parere, è indiscutibile che la questione di costituzionalità sia ammissibile (sentenza n. 59/1957), perché in caso contrario una legge la cui costituzionalità è dubbia dovrebbe essere applicata dal giudice comune, il che è *sempre* vietato dal nostro ordinamento. La sovrapposizione dell'oggetto dei giudizi non è un ostacolo, una volta che si abbia chiaro che, in virtù del carattere provvedimentale della norma impugnata, è proprio l'attore a subirne gli effetti in via immediata e concreta, ovvero che quella persona è la protagonista di una peculiare vicenda che la distingue dalla massa degli individui, e ne attiva l'interesse ad agire per mezzo del sindacato incidentale. Se, in altri termini, il giudizio *a quo* verte sull'offesa recata all'attore *uti singulus*, allora l'incidentalità è preservata.

La natura strategica del carattere incidentale del controllo di costituzionalità, in quanto espressiva della sua vocazione soggettivista, mi induce, allora, a confessare il mio dissenso dalla più autorevole manualistica, secondo la quale compete al rimettente apprezzare in termini non implausibili la sussistenza delle condizioni processuali che permettono di ragionare in termini di incidentalità.

Certamente spetta al giudice *a quo* valutare se il giudizio sia stato ritualmente instaurato (giurisdizione; competenza; condizioni dell'azione), ma, poi, la Corte non può essere in alcun

modo vincolata a una non implausibile conclusione positiva in ordine alla incidentalità, perché, in tal caso, la “tenuta” del sistema sarebbe interamente riposta nelle mani dei giudici comuni. Via via che questi ultimi allargassero le maglie ai fini della introduzione di un giudizio, come è accaduto con il crescente favore mostrato verso le azioni di mero accertamento, via via parimenti il controllo di legittimità costituzionale sarebbe costretto a inseguire, rendendo ammissibili questioni che non sollecitano in concreto il diritto del singolo, e slittando verso la configurabilità di ricorsi diretti contro l’incostituzionalità delle leggi. Diversamente che nel caso della rilevanza, ove la Corte può accontentarsi, entro certi limiti, della motivazione del rimettente, l’incidentalità è allora un requisito di ammissibilità la cui valutazione dovrebbe restare interamente nelle mani del giudice costituzionale, a garanzia che il sindacato accentrato non muti volto, tradendo la propria vocazione a essere strumento di tutela degli *iura*.

Mi sembra che questo sia lo spirito in cui si è mossa la sentenza n. 110/2015, con la quale la Corte è tornata a valutare l’ammissibilità di una questione di costituzionalità vertente sulla legge elettorale (stavolta relativa al Parlamento europeo), sollevata in sede di accertamento, davanti al giudice comune, della illegittimità di tale normativa.

Mentre, nel caso deciso dall’importante precedente offerto dalla sentenza n. 1/2014, l’ammissibilità era stata determinata da una serie di fattori, tra cui la circostanza che il giudice *a quo* aveva esaurientemente motivato sul punto, la nuova pronuncia rivendica alla Corte l’apprezzamento. E poi si risolve per la negativa perché, diversamente che nel caso della legge elettorale per l’elezione delle Camere, la normativa inerente al Parlamento europeo può essere sindacata attraverso l’impugnativa degli atti davanti al giudice comune, e non dà luogo di conseguenza a una zona franca rispetto al sindacato di costituzionalità.

La crisi della incidentalità, inaugurata dalla pronuncia n. 1/2014 e aperta a possibili radicali sviluppi, sembra perciò arginata per mezzo dell’argomento che essa può venire allentata solo in presenza della zona franca, al fine di permettere un controllo di costituzionalità che sarebbe, in caso contrario, di difficile realizzazione.

Resta, peraltro, il dubbio che di crisi radicale davvero si trattasse, e non piuttosto di una forma di “semi-incidentalità” dovuta alla peculiare natura del diritto di voto, il cui esercizio, e la cui tutela, non è concepibile se non in un contesto collettivo. Come altrove ho avuto modo di argomentare (debbo qui integralmente rinviare a quanto scritto nel volume a cura di M. D’Amico e S. Catalano, *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza n. 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano 2014, pp. 27 ss.), la difesa giudiziale del diritto di voto nella sua componente soggettiva, a fronte della legge elettorale, non può non accompagnarsi alla contestuale difesa del diritto di voto altrui, perché il primo esercita la sua funzionalità solo

se congiunto al secondo. La coincidenza di *lex* e *iura* autorizza a pensare che, in questo peculiare caso, l'incidentalità possa ritenersi soddisfatta quando il cittadino-elettore, non potendo tutelare il proprio diritto di voto *se non insieme* con il corrisponde diritto di voto di tutti gli elettori, agisce e nell'interesse proprio, e nell'interesse obiettivo alla dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale.

La sentenza n. 110/2015 ha però richiuso il cancello dell'incidentalità prima che fosse scardinato dalla corrente delle azioni di mero accertamento della lesione dei diritti costituzionali. Credo improbabile che la Corte abbandoni questa posizione, che ha connotato la nostra giustizia costituzionale dalle origini fino a oggi.

4. Una causa di inammissibilità assai frequente nell'ultimo ventennio, ma la cui popolarità è ora messa in discussione, concerne il mancato esperimento da parte del rimettente dell'interpretazione costituzionalmente conforme. «*Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*» scrive la Corte con la sentenza n. 356/1996. Si tratta di un invito a ripartirsi i compiti: la diffusività della Costituzione onera il giudice comune della funzione di armonizzare, in virtù dei suoi poteri interpretativi, la legge con la Costituzione, quando ciò sia possibile. La Corte interviene, quindi, esclusivamente se l'obiettivo possa essere raggiunto solo per mezzo della dichiarazione di illegittimità costituzionale, ed ecceda, pertanto, le potenzialità dell'esegesi.

Questa giurisprudenza costituzionale si colloca al punto di arrivo di un processo storico che ha origini lontane: alle sue spalle vi sono, tra le altre cose, il superamento dell'idea che il testo costituzionale abbia un'impronta programmatica esclusivamente rivolta al legislatore; la teorica della *Drittwirkung*; gli studi sulla attuazione della Costituzione per via giudiziaria; l'inclusione, pur ancora discussa, della Costituzione nella nozione di legge cui il giudice è soggetto ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost.; la acquisita consapevolezza del carattere unitario dell'attività interpretativa, con il rifiuto a scindere quest'ultima nelle sfere separate della lettura della legge da un lato, e di quella della Costituzione dall'altro; la nozione di comunità aperta degli interpreti; l'inflazione stessa del processo costituzionale, annegato da questioni di costituzionalità di spessore ridotto, e agevolmente risolvibili con l'interpretazione.

Vi è che alla metà degli anni '90 queste idee sono patrimonio comune degli studiosi, ma stentano a penetrare nelle aule di giustizia, ove è ancora fortemente avvertito il vincolo che lega il giudice alla legge ordinaria, sia nel senso che essa resiste alla penetrazione della

Costituzione fino a quando non sia la Corte a dichiararne l'illegittimità, sia nel senso che, in assenza della legge, nessun vuoto può essere colmato attraverso la diretta applicazione delle disposizioni costituzionali, fino a quando, ancora una volta, non sia la Corte a provvedere mediante una pronuncia additiva. Vi erano quindi tutte le condizioni perché la Corte imprimesse, mediante le inammissibilità per mancato esperimento dell'interpretazione costituzionalmente orientata, una svolta nella direzione di una più accentuata diffusività della Costituzione.

Come spesso accade, la vicenda può essere collocata nel contesto del rapporto dialettico tra dimensione soggettiva e oggettiva della giustizia costituzionale. Incoraggiare il giudice della lite principale a fare da sé assicura il più rapido (anche se non necessariamente il più congruo) degli strumenti di tutela costituzionale dei diritti. Allo stesso tempo, anche a voler concedere che un giudice illuminato trovi la soluzione adeguata, resta il fatto che nell'aula vicina le cose possono andare molto diversamente, e le ragioni della Costituzione soccombere, mentre, se quello stesso giudice avesse investito la Corte del problema, esso sarebbe stato risolto una volta per tutte. Ci si affida allora al lento lavoro della giurisprudenza, ponendo in ombra l'interesse obiettivo a cancellare immediatamente e risolutamente la norma incostituzionale dall'ordinamento.

Molto è mutato da allora anche per effetto di una simile giurisprudenza costituzionale. Lo spirito dei tempi, poderosamente alimentato da riviste giuridiche e volumi di successo, vince la più conservatrice delle resistenze. Cadute le vetuste premesse ideologiche su cui si basava l'iniziale prudenza, il giudice comune non si lascia pregare, e inizia a operare pesantemente sul testo della legge, al fine di piegarlo alla (propria) idea di Costituzione. Anche allo scopo di evitare la "sanzione" della inammissibilità processuale si comincia perciò a risolvere in via ermeneutica i dubbi di legittimità costituzionale. Nel contempo, un incoraggiamento viene dalla definitiva crisi della legge, oramai fiaccata dall'azione a largo spettro del diritto comunitario, con il suo meccanismo di "non applicazione" della norma nazionale. La preminenza della tutela dei diritti autorizza forme disapplicative della norma primaria in sede cautelare, nell'attesa che il dubbio di costituzionalità sia risolto. Più in generale, alla ricerca di una nuova legittimazione istituzionale quale soggetto specificamente incaricato di difendere i diritti della persona, la magistratura nella metà degli anni 2000 cerca di riscoprire il *judicial review* grazie alle Carte internazionali dei diritti, obbligando la Corte a ridefinire il ruolo di queste ultime nel sistema delle fonti, e nel contempo a ribadire la natura accentrata del controllo di costituzionalità (sentenze nn. 348 e 349 del 2007).

È piuttosto naturale che, in questo nuovo contesto, la dottrina dell'interpretazione conforme esponga il fianco a perplessità. Si inizia a denunciare la penetrazione di sempre più

pericolosi elementi di diffusività nel sindacato di costituzionalità; la Corte teme di essere spinta ai margini, mentre i suoi ruoli si saturano di ricorsi in via diretta, e si svuotano di questioni incidentali. I presupposti stessi dell'interpretazione conforme sono posti in discussione.

Intanto, sul piano pratico, ci si rende conto che non sempre il messaggio che proviene dalla Corte attraverso queste inammissibilità è univoco. Difatti, può capitare che la Corte contesti al rimettente di non avere neppure provato a interpretare la legge in senso conforme a Costituzione, senza con ciò avallare tale interpretazione; oppure, al contrario, che l'inammissibilità segnali il convincimento della Corte circa il fatto che l'interpretazione conforme è la sola possibile, e ogni altra via meriti l'incostituzionalità. La scelta tra le due opzioni si trova (a volte, ma non sempre) nella motivazione, ed è quindi non immediata: con ciò cresce l'entropia del sistema, il che non è mai un bene.

Poi, sul piano teorico, risulta inevaso un approfondimento sistematico. L'interpretazione conforme trova i limiti che usualmente connotano l'attività interpretativa, e si svolge secondo i canoni logici di quest'ultima, oppure, in virtù del primato della Costituzione, essa può andare oltre, rimodellando la legge perché essa si adatti ai principi costituzionali? Quesito che naturalmente coinvolge il ruolo della magistratura, i suoi poteri innanzi alla legge, e con essi la posizione istituzionale assunta nei confronti del Parlamento.

Il timore che il giudice comune si sia spinto troppo in là, grazie all'avallo della Corte in punto di interpretazione conforme, si materializza attraverso un progressivo ridimensionamento dello spazio concesso a quest'ultima.

La Corte, alla fine del primo decennio del nuovo secolo, si rammenta che persino l'opera aperta non può essere infiltrata da ogni possibile contenuto semantico, e trova aiuto nel più solido e attempato degli indici interpretativi, ovvero nella lettera della legge. Le interpretazioni «eccentriche» rispetto al disposto letterale sono dunque bandite, perché quando quest'ultimo «si oppone ad un'esegesi (...) condotta secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme (...) tale circostanza segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (sentenza n. 219/2008; poi, in termini analoghi, sentenza n. 1/2013).

Non si tratta di un sacrificio esagerato in danno delle ragioni della diffusività della Costituzione, perché un'interpretazione eccentrica non merita difesa. Il limite, anzi, viene inizialmente tracciato alla luce della sola formulazione semantica della disposizione, come se il giudice comune potesse comunque operare con un certo grado di manipolatività ad onta

della logica complessiva della normativa con cui si confronta, purché ne osservi se non lo spirito, perlomeno la sua epifania letterale.

Con la sentenza n. 36/2016, però, un passo avanti è compiuto. L'interpretazione conforme recede non solo quando sia «incompatibile con il disposto letterale della disposizione» ma anche quando «si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca». Si noti che qui il baluardo offerto dalla lettera della legge perde il suo primato, perché lo spazio aperto all'interpretazione adeguatrice si chiude anche se, al di là di essa, la bizzarria dell'interpretazione emerge *autonomamente*, secondo un test di coerenza logico-sistematica che risulta certamente più impegnativo da superare (infatti, in quel caso, si dice che l'affermazione normativa per la quale un termine previsto dalla legge Pinto «si considera rispettato» non può essere stravolta nel senso che quel medesimo termine sia per ciò stesso ragionevole, anche alla luce delle finalità perseguite dal legislatore e dunque della *ratio* complessiva dell'intervento normativo censurato).

Certo, siamo pur sempre in presenza di interpretazioni eccentriche e bizzarre, e dunque le fondamenta dell'interpretazione conforme paiono resistere all'urto.

Ma la Corte ne approfitta per risolvere il problema teorico di cui si è detto innanzi: «l'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra (sentenza n. 49/2015), ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo». È con ciò fugato il sospetto che l'interpretazione adeguatrice meriti una collocazione sua propria e concettualmente distinta, tale da forzare direttamente la legge per ossequio alla Costituzione.

Ridimensionata sul piano teorico, l'interpretazione conforme è oramai pronta a cedere lo scettro delle cause di inammissibilità “sostanziali” (con le quali, cioè, il giudice costituzionale adotta una pronuncia in rito, ma di fatto prende posizione sul merito della questione), specie se in tal modo è possibile sottrarla alla ambiguità segnalata innanzi dal lato pratico a proposito del reale significato della pronuncia della Corte.

Ciò avviene con una vera e propria svolta della giurisprudenza costituzionale, inaugurata, a quanto mi risulta, dalla sentenza n. 221/2015 (cui seguiranno le sentenze n. 262/2015; n. 45/2016; n. 95/2016; n. 240/2016). Con questa decisione, la Corte rifiuta di dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità a causa del mancato esperimento dell'interpretazione conforme, posto che essa «viene consapevolmente esclusa dal rimettente». Stabilire, poi, se sia o no consentita un'interpretazione adeguatrice è problema che attiene al merito della questione di costituzionalità, sicché, quand'anche così fosse, la questione sarebbe infondata, e non inammissibile.

È da notare che in questa pronuncia persiste il riferimento al tenore letterale della disposizione come criterio che ha indotto il giudice rimettente a escludere la via dell'interpretazione conforme, ma che esso non pare più determinante, come infatti potrebbe desumersi dalla successiva sentenza n. 262/2015, che non lo menziona affatto. Ciò che conta, sembrerebbe di potersi dire, è un adempimento *formale* da parte del giudice *a quo*, ovvero il suo tentativo di interpretare la norma secondo Costituzione e la conseguente presa d'atto che esso è fallito, quale che ne sia la ragione. L'inammissibilità è come ricondotta nell'alveo dei vizi meramente processuali, perché il rimettente ha mancato di svolgere il suo dovere fino in fondo, mentre, quando esso è stato assolto, spetta alla Corte affrontare il merito del dubbio di costituzionalità, eventualmente dichiarando infondata la questione a causa della possibilità di una soluzione interpretativa.

Con il che le incertezze sul significato costituzionale della pronuncia della Corte cessano di colpo. L'inammissibilità nulla dice in ordine alla consistenza di una soluzione interpretativa di natura adeguatrice, perché la Corte si limita a sanzionare l'iniziativa del rimettente, ma non avalla affatto quella soluzione come la sola costituzionalmente obbligata. L'infondatezza, viceversa, chiarisce che soltanto addivenendo all'interpretazione conforme la disposizione può essere fatta salva da una declaratoria di illegittimità costituzionale, adempiendo a una funzione che ricorda quella svolta su altro piano dalle sentenze interpretative di rigetto.

Le ragioni del sindacato accentratore sono dunque tornate a far sentire la propria voce, e la Corte si mostra incline a richiamare a sé in grado maggiore il controllo di costituzionalità. Certamente, vi sono dietro questa linea di tendenza comprensibili esigenze di certezza del diritto; di univoca eliminazione della disposizione incostituzionale nell'interesse obiettivo dell'ordinamento; di contenimento delle prerogative del potere giudiziario quando esse scavallano l'ambito dell'interpretazione.

A parere di chi scrive, non bisognerebbe però dimenticare che anche la diffusività della Costituzione è un valore; che, specie in questo campo, nessuno può rivendicare un monopolio interpretativo, perché il significato delle norme costituzionali cresce con lo sviluppo della comunità sociale che le ha espresse, e si affina progressivamente grazie all'esperienza e al contributo di tutti; che la collaborazione dei giudici comuni, grazie alla vicinanza che essi hanno con il fatto, è comunque preziosa; che non sempre è un male che la decisione della Corte sia preceduta da un confronto giurisprudenziale tra divergenti visioni della Costituzione. Insomma, che le ragioni che vent'anni fa furono poste alla base dell'"invenzione" dell'inammissibilità per mancato esperimento dell'interpretazione

adeguatrice non sono morte, ma restano oramai consustanziali alla nostra idea di diritto costituzionale.

E allora mi sia consentito dire in conclusione che, forse, esonerare il giudice comune dal compito di interpretare la normativa in senso conforme a Costituzione anche quando tale interpretazione sia non solo eccentrica o bizzarra, ma anche, soltanto, «improbabile o difficile» (sentenza n. 42/2017) può comportare una rinuncia non priva di controindicazioni.

La forza espansiva della Carta merita di spingersi oltre la sfera di ciò che, pur con difficoltà e con iniziale esitazione, resta a ben vedere, sul piano dell'interpretazione, pur sempre possibile, e persino doveroso.