Rivista N°: 4/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 16/10/2015

AUTORE: Alessio Rauti*

IL DIRITTO DI AVERE DOVERI. RIFLESSIONI SUL SERVIZIO CIVILE DEGLI STRANIERI A PARTIRE DALLA SENT. COST. N. 119/2015

1. All'origine della vicenda: i precedenti dei giudici di merito. – 2. L'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione e lo sganciamento della nomofilachia dalla decisione sulla pronuncia impugnata: una giurisdizione sempre più... erga omnes e pro futuro. – 3. (segue): la condivisibile scelta della Cassazione di sollevare la questione di legittimità costituzionale ed i paradossi dell'interpretazione adeguatrice. – 4. La legittimazione del giudice a quo e la problematica costituzione delle parti nel giudizio incidentale. – 5. La rilevanza della questione e l'incidentalità... ai limitati fini. – 6. L'impegno sociale tra "formazione" alla cittadinanza e pieno sviluppo della persona umana: il diritto di avere doveri. – 7. Un'opinione concorrente: la funzione inclusiva del nuovo servizio civile nazionale e l'"adesione" – non obiezione – di coscienza. – 8. La questione non è ancora chiusa? Dal singolare parere del Consiglio di Stato sulla disapplicazione della legge al bando straordinario del 2015... – 9. (segue): ... fino al recente progetto di legge in materia.

1. All'origine della vicenda: i precedenti dei giudici di merito

Con la recente sentenza n. 119 del 2015, adottata in sede di giudizio in via incidentale, la Consulta chiude una vicenda particolarmente delicata ed estremamente interessante per il diritto costituzionale sotto molteplici profili, sia processuali che sostanziali¹.

L'ordinanza di rimessione n. 20661 dell'1 Ottobre 2014 prendeva avvio da un giudizio delle Sezioni Unite della Cassazione su un ricorso promosso ai sensi dell'art. 44 del D.Lgs. n. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione) e dell'art. 4 del D.Lgs. n. 215/2003 (ora art. 28 D.Lgs. n. 150/2011) da un cittadino pakistano per denunciare la natura discriminatoria del bando, del 20 settembre 2011, relativo alla selezione di oltre diecimila volontari da impiegare in progetti

* Ricercatore confermato di *Diritto costituzionale* e Docente di *Diritto pubblico* nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

¹ Sulla decisione v. ora S. PENASA, *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, 3/2015.

di servizio civile². In conformità a quanto prescritto dall'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 77/2002 (Disciplina del Servizio civile nazionale a norma dell'articolo 2 della L. 6 marzo 2001, n. 64), l'art. 3 di tale bando richiedeva espressamente tra i requisiti e le condizioni di ammissione il possesso della cittadinanza italiana³.

Sul caso era inizialmente intervenuta l'ordinanza con cui il Tribunale di Milano aveva accolto il ricorso ritenendo di poter operare una (invero, assai ardata) interpretazione adeguatrice della legislazione in materia – chiesta dagli stessi ricorrenti – dichiarando di conseguenza discriminatorio il requisito previsto dal bando ed ordinando all'amministrazione di sospendere le procedure di selezione, apporre le relative modifiche e riaprire i termini di iscrizione in modo da «consentire l'accesso agli stranieri *soggiornanti regolarmente* in Italia»⁴. Segnatamente, il giudice di prime cure riteneva che le diverse finalità del servizio civile nazionale previste dalla stessa legge-delega istitutiva (art. 1 della l. n. 64/2001), rilette anche alla luce della Relazione al rispettivo disegno di legge, non dovessero necessariamente concorrere tutte allo stesso tempo, evidenziandosi come «lo stesso legislatore avesse fatto propria una nozione di dovere di difesa della Patria molto più ampia riconoscendo come rispondenti ad essa tutte quelle attività finalizzate alla solidarietà sociale, alla cooperazione nazionale ed internazionale, alla salvaguardia del patrimonio ambientale, culturale ed artistico e storico, allo sviluppo della pace tra i popoli».

Insomma, secondo il Tribunale di Milano il servizio civile non sarebbe stato più qualificabile come un mero surrogato del (o semplice alternativa al) servizio di leva, anch'esso divenuto peraltro – ed in modo simmetrico – volontario. Inoltre, accogliendo una concezione più ampia di “difesa della Patria”, sarebbe stato possibile ritenere che anche nell'art. 52 della

² Il ricorso è promosso unitamente all'ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e all'APN (Avvocati per niente ONLUS).

³ Sull'evoluzione e sulla disciplina del “nuovo” servizio civile nazionale v. per tutti AA.VV., *Le prospettive del servizio civile in Italia: dalla legge n. 64/2001 ai decreti attuativi*, a cura di E. Rossi e F. Dal Canto, Padova 2002; AA.VV., *Senza armi per la pace. Profili e prospettive del «nuovo» servizio civile*, a cura di P. Consorti, Pisa 2003; F. DAL CANTO, *Il cammino del sacro dovere di difesa della Patria, dalla guerra contro l'aggressore alla solidarietà sociale*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 263 ss. Com'è noto, dopo la riforma in materia la Consulta ha avuto modo di soffermarsi sulla natura del servizio civile (nazionale e regionale) in alcune importanti decisioni pronunciate in sede di giudizio principale al fine di “dipanare” l'intreccio di competenze fra Stato, Regioni ed enti locali. Sul punto, vanno ricordate le sentt. nn. 228-229/2004 e la n. 431/2005. Sulle prime due cfr. V. CASAMASSIMA, *La sentenza n. 228/2004: il servizio civile nazionale resta statale*, in *Giur. cost.*, 4/2004, 2418 ss.; F. DAL CANTO, *Il servizio civile volontario come difesa della patria*, in *Foro it.*, 2004, I, 2959 ss.; P. CONSORTI, *Il servizio civile volontario come forma di difesa della Patria. Fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 4/2005, 549 ss. Per un commento alla terza, v. F. DAL CANTO, *La disciplina del «servizio civile nazionale» ancora dinanzi alla Corte costituzionale: le regioni concorrono in una «logica attuativa»*, in *Foro it.*, 2006, I, 333 ss.; E. ROSSI, *Il servizio civile tra Stato e Regioni: un difficile equilibrio da provare a prendere sul serio nella logica della leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2-3/2006, 502 ss.

⁴ Trib. Milano, sez. lavoro, ord. n. 15243/2011 del 12.01.2012 (est. Bianchini): nostro il c.vo. Il testo della decisione è consultabile – come le altre citate in questo lavoro – in www.asgi.it. In tema, cfr. M. MAZZARELLA, *La discriminatoria esclusione degli stranieri dal servizio civile nazionale: una disinvolta interpretazione “costituzionalmente orientata”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9/2012, 760 ss.; L. GORI, *Il servizio civile, i giudici comuni e l'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 481 ss.

Carta, al pari di altre disposizioni costituzionali, il termine “cittadino” non abbia una funzione *escludente* rispetto agli stranieri, non precludendo al legislatore di richiedere anche ai non cittadini di ottemperare a tale dovere. Ciò premesso, alla luce di un’interpretazione costituzionalmente orientata, per il Tribunale di Milano il termine “cittadino” previsto dal suddetto art. 3 del D.Lgs. n. 77/2002 doveva ritenersi utilizzato dal legislatore per riferirsi «*al soggetto che appartiene in maniera stabile e regolare alla comunità* e che in quanto tale può vedersi esteso anche a lui il dovere di difesa della Patria quale dovere di solidarietà politica, economica e sociale ex art. 2 Cost.» (nostro il c.vo). Né il giudice considerava reale il paventato rischio di un pericoloso “conflitto di fedeltà”, visto che la stessa normativa contempla la possibilità di svolgere il servizio civile nazionale all’estero a favore delle popolazioni locali (e dunque di un altro Stato)⁵.

Peraltro, per il giudice di prime cure l’irragionevolezza dell’opposta lettura “escludente” dell’art. 52 avrebbe portato all’assoluta incongruenza della normativa sul servizio civile nazionale nella parte in cui quest’ultima richiede il requisito della cittadinanza per i volontari e non, invece, per l’eventuale responsabile del progetto dell’ente chiamato a coordinarli.

Ovviamente, non v’è nulla di sconvolgente nel fatto che *la ricerca di una norma costituzionalmente conforme* sia preceduta da valutazioni, talvolta anche assai complesse, di ragionevolezza. Se infatti, in linea di massima, l’interpretazione serve a rintracciare – secondo un’opera di «topografia costituzionale» – le norme-principio costituzionali da bilanciare⁶, è ugualmente chiaro che la complessa attività del giudice non è sezionabile fino in fondo in compartimenti stagni, perché lo stesso bilanciamento è chiamato, per sua natura, a *guidare* la lettura costituzionalmente conforme della legge, quale vera e propria *meta-interpretazione*⁷. Del resto, tale pre-sindacato di ragionevolezza è un prezioso strumento di «perversione molecolare» di una Costituzione che è «immanente» all’ordinamento, rispondendo al meglio nella concreta fase applicativa ad un principio di legalità che «non è più limi-

⁵ Sulla “fedeltà alla Repubblica” v. per tutti A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2006.

⁶ Sulla ricostruzione ermeneutica della «topografia del conflitto» come fase preliminare alla ponderazione degli interessi, v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella topografia costituzionale*, Milano 1992, 62 s.

⁷ Sull’interpretazione adeguatrice come meta-interpretazione sia consentito rinviare al nostro *L’interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l’inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Il giudizio delle leggi e la sua diffusione? Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, R. Rossi, Torino 2002, 496 ss. Per ulteriori sviluppi v. pure *Interpretazione conforme a Costituzione e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici comuni*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D’Amico e B. Randazzo, Torino, 2009, 48 ss. Sul bilanciamento all’origine delle sentenze interpretative di rigetto, cfr. T. MARTINES, *Questioni vecchie e questioni nuove in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale*, in ID., *Opere*, Tomo II, *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano 2000, 737, secondo cui, nella ricerca dell’interpretazione costituzionalmente conforme «appare chiaro che la Corte è chiamata ad operare una scelta i cui termini sono: da un lato la tutela dell’interesse costituzionalmente protetto che si assume violato dalla norma così come dedotta nell’ordinanza del giudice *a quo*; e dall’altro la tutela di altro o di altri interessi costituzionalmente protetti che verrebbero ad essere violati o compressi qualora, in seguito alla pronuncia di incostituzionalità, il testo cessasse di far parte dell’ordinamento giuridico». Ma v. pure, sul tema, gli autori indicati alla nt. n. 33.

te esterno, posto a garanzia di spazi negativi di libertà, ma compenetrazione necessaria tra ogni atto funzionale e princìpi costituzionali»⁸.

Peraltro, com'è noto, è la stessa Corte ad avere nel tempo incentivato, se non addirittura imposto tale correzione “diffusa” del sindacato di costituzionalità in una prospettiva di collaborazione con i giudici comuni⁹, senza intaccare nel suo nucleo duro il carattere accentrato del sistema di giustizia costituzionale, ovvero la *riserva di giurisdizione di invalidità costituzionale*¹⁰. Ma è oramai un fatto acclarato che il giudice *a quo*, a seguito di delicati bilanciamenti, possa talvolta ricorrere alla Corte solo oltrepassando la soglia del mero dubbio di costituzionalità: si pensi alla certezza che deve esibire nell'indicare alla Consulta il preciso *petitum* manipolativo o ai casi in cui il giudice delle leggi ritenga di poter annullare una normativa solo in presenza di un vizio di *manifesta irragionevolezza* (come nell'ipotesi delle leggi elettorali: cfr. sent. n. 1/2014).

Rimane tuttavia singolare e discutibile un'interpretazione decisa a bypassare *più volte* e rispetto a *più fonti* le strettoie semantiche del termine “cittadino”. Per essere più chiari: un conto è ritenere che l'art. 52 Cost. sia una norma *facoltizzante*, che rimette agli organi politici la scelta sulla sua eventuale estensione agli stranieri; altro è leggere la disposizione legislativa in modo da farvi rientrare quel che si vorrebbe ci fosse (ma che invece non c'è). Tale sorte è riservata al D.Lgs. 77/2002, in cui il legislatore ha compiuto la propria scelta decidendo di *non* avvalersi della facoltà di estendere l'accesso al servizio civile oltre la categoria dei cittadini. In tale ultima sede, dunque, nel termine “cittadino” diverrebbe più solida – e meno superabile, se non ricorrendo alla Corte costituzionale – la componente *escludente*. Del resto, ove non si riconoscesse tale scarto, non si comprenderebbe perché a questo punto il Tribunale non abbia proceduto ad una lettura adeguatrice anche del bando¹¹.

Senonché, di fronte al ricorso dell'Ufficio Nazionale per il servizio civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Corte d'Appello accoglieva l'istanza di sospensione – sulla quale non si registrava l'opposizione dei contro-ricorrenti – della pronuncia del Tribunale di Milano. Così, dal 1° febbraio l'amministrazione interessata pubblicava sul proprio sito le istruzioni per l'avvio in servizio dei volontari selezionati.

⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *Stato di diritto e legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 1/2011, 104.

⁹ Sul punto v. spec. E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli 2011, 1843 ss.

¹⁰ Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 252 ss., spec. 255. In tal senso v. pure F. MODUGNO, *Corte costituzionale e magistratura*, in AA.VV., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Modugno, A.S. Agrò, A Cerri, Torino 2008, 37 s., e, da ultimo, V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven&London 2009, 5, che rileva come la vera e propria divisione del lavoro esistente fra giudici e Corti costituzionali nei sistemi accentrati di giustizia costituzionale sia stata oggetto negli ultimi anni di un processo di rimodulazione che ha accresciuto la funzione di garanzia costituzionale affidata ai primi. Per una disamina di quest'ultimo contributo, v. AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella*, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, a cura di L. Cappuccio, E. Lamarque, Napoli 2013).

¹¹ Per tale opportuno rilievo, cfr. M. MAZZARELLA, *op. cit.*, 764.

Diversi mesi dopo, a vicenda ormai conclusa, la Corte d'appello si pronunciava nel merito con la sentenza n. 2183 del 22 dicembre 2012 (depositata il 22 marzo 2013). In tale decisione – oltre a ritenersi insussistente l'eccepito difetto di giurisdizione del giudice ordinario nel disporre la sospensione di atti amministrativi discriminatori¹² – veniva superata l'impostazione dell'Avvocatura dello Stato volta a ricondurre il servizio civile entro la prospettiva angusta della mera *modalità alternativa (non militare) di difesa della Patria*, come tale legittimamente riservata ai cittadini. Il cuore del ragionamento del collegio giudicante partiva, al contrario, dall'asserita ricchezza e diversità delle *funzioni* ulteriori cui risulta preordinato il servizio civile nazionale, che «sono prese in considerazione in modo disgiunto e non possono essere in alcun modo ricollegate alla nozione di difesa della patria con mezzi e attività non militari, riguardando, a tutti gli effetti, servizi civili ricollegabili al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.».

Infine, sulla base di diversi richiami alla giurisprudenza costituzionale¹³, la Corte concludeva ritenendo irragionevole la scelta del legislatore di impedire l'accesso degli stranieri al servizio civile nazionale, aggiungendo che, comunque, l'art. 52 Cost. è da intendersi come «una norma *di garanzia*, nel senso che garantisce che a nessun cittadino possa essere riservato il privilegio di una esenzione immotivata dall'obbligo di leva, e *non di esclusione*, posto che la sua portata normativa non è di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale» (nostri i c.vi). Segnatamente, attese le diverse finalità del “nuovo” servizio civile nazionale – non più inquadrabile come istituto sostitutivo dell'obbligo di leva – il giudice di appello escludeva che vi fosse una ragionevole correlazione fra tali finalità e la preclusione all'accesso per i «*non cittadini stabilmente residenti nel territorio dello Stato*» (nostro il c.vo).

In particolare, citando la nota sent. cost. n. 172/1999, il Collegio rilevava come l'irragionevolezza ed il carattere discriminatorio di tale esclusione emergessero anche dal fatto che l'adempimento dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. «rende tutti coloro che partecipano alla comunità dei diritti e dei doveri in base ad una scelta non giuridicamente imposta (...) “parti di una comunità di diritti e di doveri più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto” che “accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri”». E se la solidarietà è da considerarsi a questo punto la finalità assorbente del servizio civile – come dimostrerebbe peraltro il fatto che gli enti presso cui lo stesso viene svolto realizzano tale fina-

¹² Come ricorda il collegio, «la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che, in tema di tutela avverso atti o comportamenti discriminatori, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario non solo con riferimento al procedimento cautelare di cui all'art. 44 D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e agli artt. 4 e 4 *bis* D.Lgs. 9 Luglio 2003 n. 215, ma anche alla successiva fase di merito, a nulla rilevando che il comportamento discriminatorio dedotto consista nell'emanazione di un atto amministrativo: in tali casi, il giudice deve decidere la controversia valutando il provvedimento amministrativo denunciato, disattendendolo, *tamquam non esset*, e adottando i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti (cfr.: Cass. 15 febbraio 2011 nr. 3670; Cass. 20 marzo 2011 nr. 7186)».

¹³ In specie, si richiamano la sent. cost. n. 228/2004 e l'impostazione ivi proposta che accoglie un'accezione ampia del concetto di difesa della patria, nonché la sent. n. 172/1999 sull'estensione agli apolidi del servizio obbligatorio di leva.

lità e sono invece del tutto estranee al concetto di difesa della Patria – neppure è ipotizzabile per la Corte d’Appello il rischio di un conflitto di fedeltà. Senonché, nel confermare integralmente la pronuncia di primo grado, la decisione di appello pareva reggersi su un impianto argomentativo non scevro di contraddizioni, sottolineandosi da un lato la portata *non escludente* dell’art. 52 Cost. e, al contempo, l’estraneità del servizio civile nazionale rispetto alla difesa della Patria.

Nelle more del ricorso in Cassazione contro la decisione di appello¹⁴ anche il Bando 2013 per la selezione di 8.146 volontari per il Servizio Civile Nazionale veniva impugnato per l’analoga riserva ivi prevista a favore dei cittadini italiani. Il ricorso veniva accolto sempre dal Tribunale di Milano (con ord. del 19.11.2013)¹⁵, prima però della scadenza della presentazione delle domande, così consentendo ai volontari stranieri regolarmente soggiornanti che ne avevano fatto richiesta di essere ammessi allo svolgimento del servizio.

In particolare, il Tribunale di Milano – rigettando pure l’eccezione preliminare del difetto di giurisdizione del giudice ordinario in relazione all’azione antidiscriminatoria ex art. 44 T.U. – aveva ritenuto che il diritto a non subire discriminazioni fosse da considerarsi «un diritto soggettivo assoluto» (v. Cass. n. 3670/2011), sottolineando come del resto lo stesso art. 28 del D.Lgs. n. 150/2011 preveda il potere del giudice di adottare anche nei confronti della pubblica amministrazione ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti pregiudizievoli.

Nel merito, i giudici milanesi sottolineavano come la parte resistente non avesse dedotto in atti circostanze e fatti giuridici ostativi alla conferma dei citati provvedimenti emessi dal Tribunale e della Corte d’Appello il 12.01.2012 ed il 22.3.2013, «da intendersi qui integralmente riportati». Si affermava inoltre che, a seguito della sospensione del servizio militare obbligatorio avvenuto con la l. n. 331/2000, fossero venuti meno i presupposti per equiparare il servizio civile sostitutivo prestato dagli obiettori di coscienza con il servizio civile nazionale che è svolto su base volontaria, tendendo quest’ultimo a proporsi come forma spontanea di adempimento solidaristico del dovere costituzionale di difesa (non militare) della Patria.

In conclusione, anche sulla base di quanto espresso nell’«autorevole» parere reso dal Dipartimento per le Pari Opportunità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 12.12.2011 – nel quale si insisteva sulla necessità di una ragionevole correlazione fra il requisito della cittadinanza e la finalità di volta in volta perseguita dalla norma – il Tribunale di Milano riproponeva una lettura costituzionalmente conforme dell’art. 3, D.Lgs. n. 77/2002, intendendo il termine “cittadino” come «*il soggetto che appartiene stabilmente e regolarmente alla comunità italiana, con conseguente illegittimità, per discriminatorietà, dall’art. 3 del Bando*». Senonché, se in tale parte motiva il Collegio sembrava richiedere il doppio requisito della *regolarità* e della *stabilità*, nel dispositivo i giudici intimavano all’amministrazione resistente di modificare il bando consentendo l’accesso anche *agli stranieri regolarmente sog-*

¹⁴ Sulle diverse fasi della vicenda che ha portato all’ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione (del 1° ottobre 2014), all’origine del giudizio concluso con la sent. cost. n. 119/2015, v. A.M. CASADONTE, *Giovani stranieri e servizio civile nazionale*, in *Quest. giust.* (10 aprile 2015).

¹⁵ Il testo della decisione è consultabile in <http://www.avvocatiperniente.org>.

giornanti in Italia (senza alcun riferimento al problema della stabilità/durata della loro regolare presenza)¹⁶.

La questione non è da poco ove si pensi che sulla base di tale decisione – e sulla scorta di due pareri resi dall'Avvocatura dello Stato il 2 e il 3 dicembre 2013 – veniva riaperto il bando con un provvedimento che estendeva infine l'area dei destinatari esclusivamente ad alcune categorie di stranieri. Si trattava in particolare dei: *a*) cittadini UE; *b*) rispettivi familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che fossero titolari del permesso di soggiorno o di soggiorno permanente; *c*) titolari del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo; *d*) titolari di permesso di soggiorno per asilo; *e*) titolari di permesso per protezione sussidiaria.

Rimanevano invece sorprendentemente esclusi i titolari di un permesso di soggiorno diverso da quelli indicati, compresi i titolari della Carta Blu UE, lasciando dunque aperta la strada ad ulteriori ricorsi¹⁷. È evidente infatti che la modifica apportata al bando non si armonizzava pienamente con il dispositivo dell'ordinanza dei giudici milanesi, puntando piuttosto su una implicita valorizzazione dell'ulteriore requisito della "stabilità" cui pure il Collegio aveva fatto riferimento unicamente in motivazione.

2. L'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione e lo sganciamento della nomofilachia dalla decisione sulla pronuncia impugnata: una giurisdizione sempre più... *erga omnes* e *pro futuro*

In sede di giudizio di Cassazione, l'amministrazione controricorrente – che aveva inizialmente presentato istanza alla Suprema Corte affinché la stessa sollevasse una questione di legittimità costituzionale – chiedeva in prossimità dell'udienza pubblica che fosse dichiarata la cessazione della materia del contendere, avendo oramai il cittadino pakistano acquistato *medio tempore* la cittadinanza italiana e risultando nel frattempo esauriti gli effetti del bando visto che la sentenza della Corte d'Appello era intervenuta quando già tutti i cittadini italiani selezionati avevano concluso il servizio¹⁸.

Concordando sul completo esaurimento della vicenda concretamente regolata dal bando – e non essendovi spazio per un eventuale accertamento dell'illegittimità del bando a fini risarcitori, atteso che i ricorrenti non avevano presentato una domanda in tal senso nel giudizio di merito – il Supremo giudice riteneva che il ricorso fosse destinato alla definizione con una pronuncia in rito di inammissibilità per sopravvenuto difetto di interesse.

¹⁶ In particolare, si ordinava all'amministrazione di riaprire i termini del bando fissando un periodo di almeno dieci giorni dalla data di comunicazione del provvedimento per la presentazione delle ulteriori domande di ammissione.

¹⁷ Sul punto cfr. F. COMANDUCCI, *Il servizio civile volontario e il requisito della cittadinanza*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2014, 434.

¹⁸ In sede di udienza di discussione l'Avvocatura erariale, «concordando sull'intervenuto mutamento dello stato di fatto nei termini indicati dalla difesa dei controricorrenti», ha concluso invece, in via principale «per l'accoglimento del ricorso e, in via incidentale, per la rimessione della questione alla Corte costituzionale».

Tuttavia, la Cassazione giudica altresì sussistenti le condizioni per enunciare d'ufficio il principio di diritto *nell'interesse della legge* ai sensi dell'art. 363, III c., c.p.c., così come novellato dall'art. 4 del D.Lgs. n. 40/2006. Segnatamente, oltre a ritenere inammissibile il ricorso – primo requisito previsto dal codice di rito – gli ermellini ravvisano anche la “particolare importanza” della questione¹⁹.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il Collegio accoglie un'interpretazione assai lata delle cause di inammissibilità, ricomprendendovi anche l'ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse della parte che ha richiesto la cessazione della materia del contendere. Tale lettura estensiva non era affatto pacifica, per quanto fosse ritenuta in dottrina sorretta non solo dall'esegesi della lettera della disposizione – che non distingue quanto a cause di inammissibilità – ma anche dallo spirito della riforma che tendeva ad estendere il campo di intervento nomofilattico della Cassazione. Si conferma dunque l'interpretazione estensiva dell'art. 363, III c., c.p.c. già emersa in precedenti pronunzie, il cui raggio d'azione non viene confinato ai soli casi in cui l'inammissibilità derivi dall'incensurabilità del provvedimento impugnato in sede di ricorso straordinario ex art. 111, VII c., Cost., abbracciando anche altre ipotesi (ad es., la tardività del ricorso, etc.), compresa l'improcedibilità (le cui cause invero sarebbero sostanzialmente equivalenti a quelle di inammissibilità)²⁰. Inoltre, risulta avvalorata la tesi che il principio di diritto può anche non riguardare l'inammissibilità del ricorso investendo invece un profilo ulteriore sul quale la Cassazione non si è potuta pronunziare proprio a causa dell'inammissibilità²¹.

¹⁹ Riportiamo, per comodità, il testo integrale dell'art. 363: « (I c.) Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. (II c.) La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. (III c.) Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. (IV c.) La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito». Sulle modifiche all'art. 363 c.p.c. cfr., fra i tanti, B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2006, spec. 10 ss.; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3/2006, 755 ss.; G. VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2008, 1 ss. (ma v. pure dello stesso A. *Jus litigatoris e jus constitutionis*, in *Id.*, *Il difficile rapporto fra giudice e legge*, Napoli 2012, 11 ss.); G. REALI, *Sub art. 363 c.p.c.*, in *AA.VV.*, *La riforma del giudizio di Cassazione*, a cura di F. Cipriani, Padova 2009, 164 ss.; M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2013, 32 ss.; R. TISCINI, *Sub art. 363 c.p.c.*, in *AA.VV.*, *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Padova 2013, 710 ss. Sulle prime tre decisioni in cui la Cassazione ha pronunciato d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi del III c. del nuovo art. 363 c.p.c. (Cass. civ. S.U., 21 maggio 2007, n. 11682; Cass. civ. 28 dicembre 2007 n. 27187; Cass. civ., S.U., 12 maggio 2008, n. 11657), cfr. G. IMPAGNATIELLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Giur. it.*, 4/2009, 932 ss.

²⁰ In tal senso, v. R. TISCINI, *op. cit.*, spec. 739 s. Va peraltro ricordato che con la sent. n. 11682/2007, la sezione tributaria della Cassazione pronunzia per la prima volta d'ufficio il principio nell'interesse della legge proprio dopo aver dichiarato improcedibile un ricorso tardivo.

²¹ Su tale tesi v. G. REALI, *op. cit.*, 180.

In tal modo, potrebbe dirsi, il Supremo giudice sembra proiettare il suo intervento nomofilattico su ambiti fin qui sottratti ad un controllo di legittimità (si pensi alle pronunzie cautelari), così riducendo lo spazio di “zone franche” di giudizio (ancorché oggettivo/astratto)²².

Quanto alla “particolare importanza” della questione, ancorché il codice non specifichi i parametri per valutare la sussistenza di tale requisito, la Corte offre comunque due motivi abbastanza convincenti: a) sulla questione posta con il ricorso esiste un contrasto in giurisprudenza²³; b) si tratta di una questione “nuova” per il giudice della nomofilachia, «che investe un settore nevralgico della vita sociale, nel quale sono coinvolti numerosi giovani, operatori ed enti e dove vengono in gioco i diritti fondamentali»²⁴. Peraltro, il collegio sottolinea la necessità di pronunciare un principio «con capacità coerenzatrice e sistematica» su una questione che presenta l’attitudine a ripresentarsi in casi futuri, come dimostra la stessa scelta dell’Amministrazione precedente di riaprire i termini del bando 2013 soltanto a seguito di una nuova ordinanza del Tribunale di Milano – adottata in un diverso procedimento – e comunque «con riserva dell’esito del relativo giudizio».

Ora, com’è noto, il ricorso in Cassazione è volto a «rendere immune il giudizio che, in contrapposto a quello di cassazione, si chiama di merito, da errori che possano vizziarlo», *errores in procedendo* oppure *in iudicando*²⁵. E la funzione nomofilattica costituisce normalmente, per così dire, il riflesso di tale giudizio di legittimità *rescindente*. V’è così una duplice

²² Peraltro, per quanto la dichiarazione di cessazione della materia del contendere non sia prevista dalla legge come uno dei possibili sbocchi del giudizio di Cassazione, in tali casi la Suprema Corte utilizza differenti strumenti decisorii: si pensi, ad esempio, alla dichiarazione di estinzione con ordinanza in camera di consiglio, alla cassazione senza rinvio, fino all’improcedibilità, ivi compresa l’inammissibilità (cfr. Cass. 8 settembre 2003 n. 13113, fondata sul sopravvenuto difetto di interesse): v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino 2009, III, 561. Sul punto si segnala pure la decisione delle Sezioni Unite n. 19051 del 6/9/2010, nella quale si afferma che «La dichiarazione di estinzione del giudizio di cassazione, emessa dalle sezioni unite della Corte, sulla base della rinuncia al ricorso sopravvenuta alla emissione del decreto di fissazione della adunanza in camera di consiglio, non preclude alla medesima Corte, in composizione collegiale, di usare del potere di enunciare ai sensi dell’art. 363 c.p.c., su questioni di particolare importanza, il principio di diritto nell’interesse della legge, posto che nella dichiarazione conseguente all’esercizio del potere di rinuncia delle parti, così come nell’inammissibilità del ricorso, ciò che è precluso è solo la possibilità di pronunciarsi sul fondo delle censure con effetti sul concreto diritto dedotto in giudizio».

²³ Si consideri infatti che, a dispetto delle conclusioni cui erano pervenuti i giudici di Milano, il Tribunale di Brescia (sent. dell’8.5.2012) – con decisione confermata dalla Corte d’Appello (sent. del 21.10.2013) – nel pronunciarsi sul medesimo bando a seguito di ricorso incardinato da una cittadina albanese, aveva non solo interpretato in modo restrittivo il termine “cittadino” utilizzato dal legislatore, ma anche ritenuto ragionevole la scelta di chiusura da questi compiuta, rigettando l’istanza avanzata dalle parti volta ad ottenere il rinvio della questione di costituzionalità alla Consulta. L’argomentazione principale si fondava sull’asserito parallelismo fra servizio civile e servizio militare, alla luce del quale pareva legittimo che il rigoroso requisito della cittadinanza fosse prescritto tanto per il primo quanto per il secondo.

²⁴ Sulla “particolare importanza” della *quaestio iuris* non sempre la Cassazione si sofferma con la medesima dovizia argomentativa: sul punto v. nuovamente G. IMPAGNATIELLO, *op. cit.*, 936. Come rileva l’A., talvolta la Corte si limita a dar conto dell’esistenza di un contrasto giurisprudenziale, in altri casi, invece, sottolinea la particolare rilevanza degli interessi sociali in gioco, in altri, ancora, la motivazione adottata appare debolmente strutturata.

²⁵ Così C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 507.

prospettiva: da un lato, la Suprema Corte, «col curare l'esatta osservanza della legge è ancora un giudice, che opera (come è proprio dei giudici) sul caso concreto, ad iniziativa delle parti (...), dall'altro lato, e proprio mentre cura l'osservanza della legge nei singoli casi concreti, può, ciò facendo, assicurare l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto nazionale, ossia assolvere alla funzione c.d. di nomofilachia»²⁶.

Con la modifica introdotta dall'art. 4 del D.Lgs. n. 40/2006 – sulla base della legge di delega n. 80/2005, avente la chiara finalità di potenziare la funzione nomofilattica della Suprema Corte – si consente oramai alla Cassazione di procedere d'ufficio all'enunciazione del principio di diritto, sganciando anche qui, come la stessa Corte ha affermato, lo *jus litigatoris* dallo *jus constitutionis*. Se il primo corrisponde al diritto soggettivo di cui la parte che agisce in giudizio chiede il riconoscimento, il secondo, invece, «si colloca in funzione dell'interesse pubblico alla esatta interpretazione della legge da parte del giudice, astraendo da quello individuale delle parti nella vicenda processuale»²⁷.

Senonché, in base al nuovo art. 363 c.p.c. l'esercizio della tradizionale funzione nomofilattica attraverso l'enunciazione del principio di diritto non è accompagnata alla cassazione della decisione impugnata e non v'è dunque l'ordinario effetto spiegato nei confronti del giudice del rinvio. Sicché, sotto tale aspetto potrebbe dirsi che la Cassazione smette di essere il giudice *non solo del "rescissorio"* (ovvero del giudizio che segue alla cassazione con rinvio ed enunciazione del principio di diritto) *ma anche del "rescindente"* (cassazione della pronunzia impugnata), svolgendo invece d'ufficio un sindacato autonomo – per quanto geneticamente collegato al ricorso – dalla natura pienamente ed unicamente astratta/oggettiva²⁸.

Se questo è il contesto codicistico, è chiaro che nella vicenda in esame la Suprema Corte non travalica i limiti dello strumento legislativo, valorizzandone semmai fino in fondo le potenzialità e facendone al contempo emergere i corposi chiaroscuri. Ciò non toglie tuttavia che nella sua ordinanza si intraveda non già l'effetto di un ormai classico – e sempre più diffuso – sbilanciamento casistico del sistema di tutela dei diritti verso uno «statuto giurisdizionale delle libertà», quanto e piuttosto il picco più alto di una progressiva acquisizione di *forza politica* delle decisioni dei giudici, nel senso di un loro impatto complessivamente crescente e talvolta decisivo sull'ordinamento e sulla vita dei consociati²⁹. Per dirla in altri termini, più che un avanzamento sul terreno dei diritti attraverso i molteplici interventi giurisdizionali – dun-

²⁶ Cfr. nuovamente C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 507.

²⁷ Cfr. Cass., 1.6.2010, n. 13332. In tema, cfr. R. TISCINI, *Sub art. 363, cit.*, spec. 713 ss.

²⁸ Va ricordato che nella nuova formulazione dell'art. 363 c.p.c. nel caso in cui le parti non abbiano proposto impugnazione o vi hanno rinunciato o laddove non vi sia una pronunzia non ricorribile in Cassazione o comunque non altrimenti impugnabile il Procuratore generale può chiedere ancora l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ma non più, in aggiunta, la cassazione della sentenza, per quanto anche prima della riforma del 2006 tale eventuale annullamento, ancorché possibile, non avrebbe potuto spiegare effetti per le parti.

²⁹ Sul punto – con specifico riferimento alla forza politica (priva di connotazioni partitiche) della Corte costituzionale – v. per tutti T. MARTINES, *Contributo ad una teoria delle forze politiche*, in *Id.*, *Opere*, Tomo I, *Teoria generale*, Milano 2000, 206 ss.

que, secondo la prospettiva dell'interpretazione *dialogica* – in questo caso è la stessa legge che affida al giudice un peculiare strumento volto, *in via diretta ed esclusiva*, ad indirizzare l'interpretazione. E tale istituto non si può bollare frettolosamente come un arnese “antico” per un mondo “nuovo”. Anzi, è proprio la novità dei rapidi processi di contaminazione ermeneutica fra decisioni giurisdizionali che ha spinto il legislatore ad un affannoso tentativo di rivitalizzare la funzione nomofilattica della Cassazione, con risultati fin qui anche abbastanza interessanti (per quantità e qualità delle pronunce rese in via d'ufficio).

Di certo, però, con tale istituto si realizza una sorta di “scambio delle vesti” col legislatore per cui la decisione del giudice *non incide sulla definizione di un caso ma unicamente su situazioni che in futuro potrebbero essere all'origine di ulteriori giudizi*. In breve, la pronunzia giurisdizionale appare dotata intrinsecamente di un'efficacia *erga omnes* e solo *pro futuro*.

Del resto, tale più ampia trasformazione dei rapporti fra legislazione e giurisdizione sembra da ultimo non risparmiare, *mutatis mutandis*, anche la natura di peculiare “giudice” della Corte costituzionale, le cui decisioni di accoglimento recentemente – attraverso il differimento dei loro effetti (si pensi alla sent. n. 10/2015, sulla c.d. *Robin Hood Tax*³⁰) o il ricorso

³⁰ Sulla quale v. fra gli altri, con diversità di critiche, R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi* (27 aprile 2015), in *Forum on line di Quad. cost.*; R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum on line di Quad. cost.*, 4/2015; ID., *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia ex nunc della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione (Nota a Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10)*, in *Foro it.*, 2015, I, 1516 ss.; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum on line di Quad. cost.*, 4/2015; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Forum on line di Quad. cost.*, 4/2015. In senso invece favorevole alla chiara rivendicazione da parte della Corte del proprio potere di modulare gli effetti delle decisioni di accoglimento, v. A. ANZON, *Elogio della sentenza n.10 del 2015* (27 aprile 2015), in *Forum on line di Quad. cost.* Un giudizio positivo è espresso anche S. CASSESE, *Una Corte che rispetta i vincoli*, in *Il corriere della Sera*, 25 Giugno 2015, che individua in tale pronunzia un esempio di saggia decisione di «incostituzionalità sopravvenuta», ancorché – ad avviso di chi scrive – la stessa, per come strutturata, assuma piuttosto i tratti di una vera e propria decisione di incostituzionalità differita. Si tratta infatti di una di quelle pronunzie adottata in esito a delicati – e talvolta assai discussi – bilanciamenti fra valori costituzionali che possono richiedere di far slittare in avanti il *dies a quo* di inefficacia della legge annullata rispetto al momento in cui la stessa è divenuta incostituzionale. Peraltro, nell'escludere che la decisione potesse spiegare effetti quantomeno nel giudizio principale, la Consulta ha scelto – nonostante l'importo modesto del rimborso in teoria spettante alla parte del giudizio *a quo* – di sacrificare sull'altare del bilancio il carattere pregiudiziale del giudizio incidentale e con esso il «diritto al giudice, cioè (il) principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei singoli, tanto da privarli dell'utilità della sentenza, presupposto ineliminabile di qualsiasi azione in giudizio» (così G. TESAURO, *Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles*, in *Foro it.*, 2015, I, 1923 ss.). Ben altro impatto economico, come noto, ha avuto invece la nota sentenza costituzionale di accoglimento n. 70/2015 sul blocco della indicizzazione delle pensioni oltre un certo ammontare, i cui effetti non sono stati invece differiti dalla Corte: cfr. R. ROMBOLI, *Il problema delle sentenze costituzionali «che costano» e il segreto della camera di consiglio*; V. FERRARI, *La perequazione delle pensioni fra adeguatezza e aspettative legittime*, entrambi in *Foro it.*, 2015, I, rispettivamente 1867 ss. e 1869 ss.; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista Aic*, 2/2015; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2015.

ad altre tipologie di dispositivo³¹ – sembrano smarrire più di frequente anche il loro legame con il giudizio concreto per porsi unicamente quali pronunzie *pro futuro* (e dunque per casi nuovi). Con la non trascurabile differenza per cui la Consulta incontra specifici argini in relazione agli effetti delle proprie sentenze. Così, se già per la legge n. 87/1953 (art. 30, III c.), *dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza costituzionale* di accoglimento la norma annullata *non può più trovare applicazione* – neppure, dovrebbe dirsi, nel giudizio *a quo* (secondo la logica della I. cost. n. 1/1948) – l'eventuale, ulteriore differimento *pro futuro* incontrerebbe l'ulteriore ostacolo nell'art. 136 Cost., in base al quale è impensabile che una norma dichiarata illegittima possa continuare a produrre effetti – sia pure temporanei – dopo la sentenza di annullamento.

Si intravedono dunque in modo chiaro le ricadute della stessa crisi economica non solo sul contenuto delle decisioni costituzionali, ma anche sul diverso impiego delle tecniche decisorie, a partire dalla modulazione degli effetti e dal *tipo* di illegittimità dichiarata.

Sembra così franare completamente l'assolutezza di una tradizionale linea divisoria secondo cui «il Governo guarda al presente, il Parlamento al futuro ed i giudici al passato» (pronunciandosi su fatti compiuti)³². In tal senso, la Cassazione rivendica il compito di enun-

³¹ Solo parzialmente analoga alla decisione appena ricordata si presenta la sent. n. 178/2015, con la quale pure si annulla irretroattivamente l'oggetto del giudizio, ovvero la reiterata e sistematica sospensione delle procedure di contrattazione economica per i lavoratori alle dipendenze della P.A. (e dunque il blocco degli scatti stipendiali). Di conseguenza, la decisione non potrà sortire alcun effetto sulle rivendicazioni dei sindacati ricorrenti nel giudizio principale che avevano chiesto al giudice *a quo* di accertare il diritto a dar corso alle procedure contrattuali e negoziali, relative al triennio 2010-2012. La peculiarità della pronunzia deriva tuttavia dalla scelta della Corte di dichiarare nel dispositivo l'illegittimità *sopravvenuta* della normativa impugnata, precisando nella motivazione che «Solo ora si è palesata appieno la natura strutturale della sospensione della contrattazione e può, pertanto, considerarsi verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale, che spiega i suoi effetti a séguito della pubblicazione di questa sentenza». È chiaro che la diversa scelta della Corte mira a scansare almeno formalmente i suindicati problemi di pregiudizialità posti dalle decisioni di incostituzionalità differita e sembra peraltro cogliere un suggerimento in tal senso già avanzato dalla dottrina in relazione alla precedente pronunzia n. 10 del 2015 nel senso di far valere in questi casi l'invalidità sopravvenuta di discipline che in modo *strutturale* fronteggiano situazioni *provvisorie* (cfr. S. SCAGLIARINI, *L'incostituzionalità sopravvenuta sfuggita alla Corte*, in *Forum on line di Quad. cost.*, 4/2015). Segnatamente, la decisione parrebbe prospettare una peculiare forma di illegittimità sopravvenuta, quella *progressiva*, nella quale il vizio emerge – o viene percepito chiaramente – solo dopo un periodo, per così dire, di “consolidamento” (in tal senso, sarebbe comunque *sopravvenuta* all'entrata in vigore della normativa annullata; distinguono invece nettamente le due ipotesi A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, 105). Non sfugge tuttavia la netta sensazione che si tratti, appunto, solo di un espediente processuale per far fronte all'esigenza di contenimento dell'impatto economico della decisione *differendone sostanzialmente gli effetti* senza tuttavia rinnegare platealmente le ragioni logiche della pregiudizialità e, di conseguenza, le condizioni stesse di esistenza del giudizio incidentale. In senso analogo, v. C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario della additiva di principio sul “divorzio imposto”*, § 4 del *paper*.

³² In tema, cfr. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Id.*, *Opere*, Tomo I, *Teoria generale*, Milano 2000, 500 s., che ricorda la tesi di G. Husserl secondo cui negli ordinamenti in cui la divisione dei poteri è divenuta realtà, avrebbero trovato una regolare rappresentazione nella vita della comunità i tre “tipi ideali” di uomo: l'uomo d'azione del presente, l'uomo dei piani che guarda al futuro e l'uomo del passato la cui visione del mondo è quella di un mondo concluso. Il primo sarebbe rappresentato dall'uomo «dell'esecutivo», «il cui sguardo non giunge sino al lontano futuro, giacché le cose del futuro lo riguardano solo in quanto proiettano indietro l'ombra del presente». L'uomo del futuro sarebbe invece rappresentato dal legislatore, «che crede

ciare – in base alla legge e *nell'interesse della legge* – «un principio capace di proiettarsi (*unicamente*) sui nuovi casi e sulle future istanze di giustizia dei soggetti che versano nella stessa situazione originaria» del richiedente, al fine «di *orientare* così le determinazioni della stessa Amministrazione procedente»³³.

Certo, rimane l'indubbia differenza fra il tipo di vincolo che discende dalla legge e quello scaturente da una pronuncia di tale tenore della Cassazione: a differenza del primo – che promana direttamente dall'art. 101, II c., Cost. – il principio di diritto costituisce un autorevole precedente e non un vero vincolo, salvo che (come normalmente si ammette) per le sezioni semplici della Cassazione³⁴. Tuttavia, al di là di tali innegabili differenze, rimane il fatto che il principio di diritto verrà enunciato in tale sede dalla Cassazione *al solo scopo* di produrre quale unico effetto quello *erga omnes* e *pro futuro* tipico di una statuizione *generale* e *astratta*. Ciò, ovviamente, non basta a mettere in crisi il principio di separazione dei poteri. È vero che, nel caso dell'art. 363, III c., c.p.c., la Cassazione ha la possibilità di decidere *quando* intervenire, ma l'enunciazione del principio di diritto d'ufficio presuppone pur sempre che il Supremo Giudice sia stato adito (con un ricorso dichiarato inammissibile), non potendo dunque quest'ultimo decidere discrezionalmente su *cosa* intervenire, dovendo comunque muoversi nei confini del caso sottoposto. E la Cassazione, sempre in formale ossequio alla separazione dei poteri, stabilisce un *principio* – dunque: una *norma* – non una disposizione, ancorché quest'ultima finirà con l'essere a sua volta oggetto di interpretazione da parte degli altri giudici (e non solo), tramutandosi sostanzialmente in una classica *disposizione dal contenuto normativo*.

3. (segue): la condivisibile scelta della Cassazione di sollevare la questione di legittimità costituzionale ed i paradossi dell'interpretazione adeguatrice

Il secondo aspetto rilevante dell'ordinanza di rimessione della Cassazione riguarda l'asserita impossibilità di realizzare un'interpretazione costituzionalmente orientata, a differenza di quanto ritenuto dal giudice di prime cure e dalla stessa Corte d'Appello³⁵. Risulta

nella forza propria della ragione umana di padroneggiare il futuro all'interno di confini ben determinati». Infine, «compito primario del giudice è completare l'opera del legislatore (...). Il giudice è il tipo ideale del passato (...) in quanto trova le sue motivazioni nel passato».

³³ Ovviamente, il giudizio reso in tale sede non è accostabile a quello reso dal *Tribunal de Cassation* del periodo rivoluzionario francese: è vero che con lo strumento dell'art. 363, III c., c.p.c. viene rilanciata con forza la funzione di un organo posto "a tutela della legge", ma è chiaro anche che l'enunciazione del principio di diritto non rende la nostra Cassazione un giudice "sopra" (e men che mai "contro") gli altri giudici.

³⁴ Va infatti ricordato che in base al nuovo art. 374, III c., c.p.c., «Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

³⁵ Sull'interpretazione adeguatrice, oltre ai lavori già citati, v. per tutti G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, cui *adde*, fra gli innumerevoli contributi, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Floridia*, Napoli 2009, 413 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della*

infatti infruttuoso il doveroso compito del giudice *a quo* di «ricercare già sul piano della applicazione della legge soluzioni ermeneutiche suscettibili di far penetrare la Costituzione in profondità nell'ordinamento e di armonizzare così le sfere della legalità ordinaria e della legalità costituzionale». A tale obiettivo osterebbero, nel caso di specie, «i limiti estremi segnati dall'univoco tenore della norma impugnata», che «si muoverebbe in direzione opposta a quella – inclusiva, aperta e non discriminatoria ritenuta possibile dal giudice del merito» – impedendo una lettura della locuzione “cittadini italiani” tale da includere fra i destinatari della legge anche gli stranieri. In particolare, quella utilizzata dal legislatore delegato sarebbe una «nozione giuridico formale del “cittadino italiano”» e non una nozione «più ampia e deformalizzata di “cittadinanza di residenza”» capace di accogliere tutti i soggetti che appartengano in maniera stabile e regolare alla comunità.

Com'è noto, il ricorso all'argomento dell'univoco tenore testuale ha giocato in quest'ultimo decennio un ruolo singolare nei rapporti fra giudici comuni e Corte costituzionale, assistendosi ad un altalenante scambio delle parti per cui, di volta in volta, gli uni o l'altra ritenevano di dover discostarsi da una lettura – proposta dal proprio interlocutore – ritenuta eccessivamente ardita rispetto alle possibilità consentite dal testo³⁶. Del resto, anche attra-

legge, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Floridia*, Napoli 2009, 677 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., *passim*; G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. cost.*, 4/2009, 2412 ss.; R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, IV, Napoli 2009, 1523 ss.; AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, cit., *passim*; AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010; E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocare e D. Pulitanò, Milano 2012, 37 ss.; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Pace*, III, Napoli 2012, 2469 ss. . Fra i contributi più recenti v. almeno A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema dei sistemi” come problema*, in *Rivistaaic*, 2/2014; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivistaaic*, 2/2014; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivistaaic*, 1/2015.

³⁶ Nello specifico, oltre ai casi in cui il giudice *a quo* ritiene non praticabile l'interpretazione adeguatrice suggerita dalla Corte, non è affatto raro che, pur prospettando il giudice *a quo* l'unica (a suo avviso) interpretazione consentita dal tenore testuale della legge – e giudicata in contrasto con la Carta – la Consulta non concordi sulla premessa argomentativa, concludendo per l'inammissibilità: cfr. l'ord. n. 110/2013 (ma v. pure nn. 146/2009; 5/2010; 263/2009), così mettendo a dura prova l'autonomia del giudice e il principio della sua soggezione soltanto alla legge e limitando oltremodo lo spazio realmente residuo per le decisioni (anche formalmente) interpretative della Corte. Segnatamente, poi, nell'ord. n. 26/2012 «il rimettente afferma l'impossibilità (in ragione dell'asserita sussistenza di un “chiaro dato letterale” del primo comma dell'art. 707 cod. proc. civ. e di una inequivoca *intentio legis* che sorreggerebbe la «inversione di rotta» operata dalla novella del 2005) di dare una lettura costituzionalmente orientata delle norme censurate». Senonché, per la Corte, «(in assenza di un diritto vivente ed in presenza di variegate interpretazioni da parte della dottrina) il rimettente non si pone il problema di individuare la portata e le conseguenze applicative” delle diverse disposizioni oggetto del giudizio, sì che “la prospettata questione risulta viziata da una non compiuta sperimentazione da parte del rimettente stesso del doveroso tentativo di dare una interpretazione costituzionalmente conforme delle norme impugnate (ordinanze nn. 101, 103 e 212 del 2011), sembrando piuttosto che egli cerchi di utilizzare in modo improprio e distorto l'incidente di costituzionalità, nel tentativo di ottenere dalla Corte un avallo interpretativo (ordinanza n. 139 del 2011)»». Ovviamente, non mancano

verso tale canale – allo stesso tempo, *cooperativo* e *competitivo* – si affina il sistema di giustizia costituzionale accentrato, storicamente aperto ad un variabile tasso di “diffusione”.

Di certo, comunque, se la Corte di Cassazione si fosse limitata a ritenere impraticabile la lettura estensiva del termine “cittadini” senza per ciò stesso giudicare sussistente il *vulnus* di costituzionalità e rivolgersi così alla Consulta al fine di pronunciare il proprio principio di diritto nell’interesse della legge, avremmo ancora una volta saggiato uno dei paradossi dell’interpretazione costituzionalmente conforme. Ci riferiamo a ciò che può accadere (e non di rado accade) quando il titolare del diritto ottenga una tutela *immediata* dal giudice di prime cure che, ritenendo possibile un’interpretazione adeguatrice, opportunamente decida di percorrerla anziché sollevare ugualmente una questione altrimenti destinata, secondo la giurisprudenza costituzionale, all’inammissibilità, sempre che la diversa e incostituzionale norma tratta dal testo *non costituisca a sua volta diritto vivente*³⁷.

In questo caso, infatti, la tutela così apprestata potrebbe rivelarsi *controproducente* ove fosse smentita dal giudice di appello e/o dalla stessa Cassazione senza che in tali gradi di giudizio venga sollevata questione di legittimità costituzionale. Così è accaduto, ad esempio, in relazione alla stessa annosa disputa sulla possibilità di accesso degli stranieri – anche di quelli diversamente abili – agli impieghi pubblici, che ancora oggi continua ad essere esclusa dalla legge al di fuori delle specifiche categorie contemplate dalla legge europea n. 97/2013, dando vita ad una questione sulla quale si registra oramai da tempo un forte contrasto fra giudici di merito e Cassazione³⁸. Da una tale *impasse* il giudice *a quo* potrebbe divincolarsi solo sollevando la questione e... *fingendo* di ritenere che l’interpretazione adeguatrice risulti preclusa dall’univoco tenore testuale della disposizione di legge. Ma è chiaro che la Consulta potrebbe ugualmente decidere per l’inammissibilità bacchettando il rimettente

invece i casi in cui la Consulta concorda con il rimettente sull’impossibilità di una interpretazione conforme a cagione dei limiti insuperabili del testo: fra le tante, cfr. sent. n. 231/2013 (sul c.d. caso *Fiom*), nonché, dello stesso anno, le sentt. nn. 91-232 e l’ord. n. 112. Infine, neppure mancano pronunce nelle quali la Corte smentisce la praticabilità dell’interpretazione adeguatrice ritenuta invece percorribile dai giudici (addirittura dalle Sezioni Unite della Cassazione): v. ad esempio la nota vicenda della *translatio iudicii* (e la decisione n. 77/2007).

³⁷ Com’è noto, invece, in presenza di un’interpretazione incostituzionale divenuta oramai diritto vivente, per il giudice *a quo* la scelta dell’interpretazione adeguatrice cessa di essere doverosa, divenendo meramente facoltativa. Segnatamente, se ordinariamente il dovere del giudice di tentare una interpretazione adeguatrice viene ampiamente sollecitato, specie laddove ci siano diversi orientamenti giurisprudenziali di merito, magari in presenza di leggi recenti (decc. nn. 98-217-322/2010), in presenza di una lettura che il giudice *a quo* ritiene diritto vivente incostituzionale – diritto vivente che tuttavia non può essere qualificato in tal senso sulla base della «semplice e neutra citazione di una (a quanto consta, allo stato isolata) pronuncia della Corte di cassazione» (ord. n. 139/2011) – pur rimanendo in piedi la “facoltatività” dell’interpretazione adeguatrice, la diversa scelta del giudice di sollevare invece la q.l.c. sul diritto vivente incostituzionale (anche quando questo significa non accogliere precedenti interpretazioni fornite dalla stessa Corte: sent. n. 197/2010) viene ammessa (e sembra auspicata) dalla Consulta per evitare il ricorso ad interpretazioni meramente *astratte*, al fine di superare il rischio che la sentenza di merito del giudice *a quo* fondata su tale lettura adeguatrice risulti comunque destinata proprio per tale motivo ad un annullamento nel successivo *iter* del giudizio (dec. nn. 317/2009, 3/2010).

³⁸ Su tale aspetto, sia consentito rinviare al nostro *Stranieri disabili ed accesso al pubblico impiego: una «storia infinita»?*, in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar e A. Spadaro, in corso di stampa.

per non aver tenuto conto del fatto che altri giudici – o addirittura lui stesso in altre occasioni – hanno ritenuto percorribile la strada della lettura adeguatrice³⁹.

Peraltro, proprio in relazione all'accesso al servizio civile si poneva, da un lato, il problema di una tutela tempestiva *per il ricorrente* – al fine di evitare che il bando esaurisse comunque i suoi effetti – e dall'altro, di una tutela piena anche in una prospettiva *oggettiva*, per evitare che lo stesso problema si ripresentasse per i bandi degli anni successivi. Non a caso, come già ricordato, nella vicenda qui ripercorsa, la pronuncia “adeguatrice” del Tribunale di Milano non aveva ovviamente impedito la riproposizione del requisito della cittadinanza nel bando 2013⁴⁰.

Certo, gli altri giudici avevano comunque uno strumento per conciliare le due diverse esigenze: accogliere l'istanza di provvedimenti provvisori – purché questi non esaurissero i poteri decisorii del giudice nell'eventuale fase cautelare – ed al contempo sollevare questione di legittimità costituzionale, secondo uno schema ammesso da una consolidata giurisprudenza costituzionale. Tuttavia, considerato che il servizio civile si svolge nell'arco di un anno, in attesa del giudizio di costituzionalità si poteva immaginare o la sospensione della procedura oppure l'ammissione con riserva dei non cittadini. Nel primo caso a subirne le conseguenze negative sarebbero stati gli enti presso cui il servizio civile doveva essere svolto. Nel secondo caso, invece, il seguito alla pronuncia della Corte sarebbe intervenuto realisticamente in una fase temporale in cui l'esperienza si era già conclusa.

Qualora invece la Cassazione avesse ritenuto necessaria e praticabile un'interpretazione costituzionalmente conforme, il principio di diritto eventualmente enunciato a partire da tale lettura ermeneutica non avrebbe certo vincolato l'amministrazione procedente ad una lettura estensiva della legge. Insomma, si prospettava una situazione per cui per ogni bando riservato ai cittadini si sarebbe dovuto azionare un corrispondente giudizio, all'interno del quale peraltro l'indicazione della suprema Corte avrebbe avuto un mero effetto persuasivo. Né tantomeno è detto che si sarebbe potuto ottenere facilmente una nuova pronuncia della Consulta, visto che, come avvenuto nel caso di specie, è possibile che il ricorrente acquisti la cittadinanza *prima* che il giudice sollevi la questione dinanzi alla Corte.

Si consideri infine che in sede di giudizio per l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge non si ripropone l'esigenza di una rapida garanzia della parte il cui ricorso è stato dichiarato inammissibile dalla Cassazione e che dunque non può giovare degli effetti di tale decisione.

Insomma, v'erano nel caso di specie tutti gli argomenti necessari e sufficienti per ritenere di gran lunga preferibile la scelta, opportunamente compiuta dalla Suprema Corte, di rimettere la questione al giudice delle leggi, anziché procedere direttamente ad una lettura costituzionalmente conforme del D.Lgs. n. 77/2002.

³⁹ Cfr. la ricordata ord. n. 139/2011.

⁴⁰ In seguito alla decisione del Tribunale di Milano si era posto peraltro per l'amministrazione procedente un problema di delimitazione dell'estensione dell'accesso del servizio civile agli stranieri, visto che la conclusione di quel giudizio andava ben al di là di quanto strettamente richiesto dal caso: cfr. L. GORI, *Il servizio civile*, cit., 484.

4. La legittimazione del giudice a quo e la problematica costituzione delle parti nel giudizio incidentale

Nell'ordinanza di rimessione la Cassazione si sofferma sul suo potere-dovere di sollevare la questione di legittimità costituzionale, ritenendo di dover escludere «che l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge sia da cogliere in una dimensione statica e debba esaurirsi sul piano della legalità ordinaria». Piuttosto, il primato della Costituzione rigida implicherebbe che «anche nell'esercizio della funzione giurisdizionale cui il giudice di legittimità può essere chiamato a norma dell'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ. vi sia il potere-dovere di provocare l'incidente di costituzionalità» (nostro il c.vo)⁴¹.

Ora, sulla pretesa legittimazione del Supremo giudice a sollevare in tale *sedes iudicii* una questione di legittimità costituzionale le due Corti concordano, condividendo l'assunto sulla pretesa natura giurisdizionale della funzione esercitata dagli ermellini ex art. 363, III c., c.p.c.

In particolare, per la Consulta, «così com'è indubitabile che la Corte di cassazione sia organicamente inserita nell'ordine giudiziario, altrettanto indubitabile è l'inerenza alla funzione giurisdizionale dell'enunciazione del principio di diritto da parte del giudice di legittimità, quale massima espressione della funzione nomofilattica che la stessa Corte di cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere». Insomma, sussisterebbe sia un «giudice» che un «giudizio» (sia pure caratterizzato da evidenti peculiarità, come si dirà meglio più avanti).

Precisando ulteriormente, secondo il giudice delle leggi «l'istituto delinea un tipo di giudizio svincolato dall'esigenza di composizione degli interessi delle parti, ed interamente rivolto alla soddisfazione dell'interesse – generale ed oggettivo – all'esatta interpretazione della legge» ed alla formulazione di «una regola di giudizio che – sebbene non influente nella concreta vicenda processuale – è destinata a valere come criterio di decisione di casi futuri»⁴².

Insomma, il giudice delle leggi accoglie la tesi che intravede in tale ipotesi una forma di giurisdizione oggettiva, al pari di quanto pure autorevolmente sostenuto già in relazione all'art. 519 del codice di procedura civile del 1865⁴³.

⁴¹ Per un'analisi dei profili legati all'incidentalità della questione ed alla legittimazione della Cassazione come giudice a quo in tale *sedes iudicii* v. R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consultaonline*, 2/2015.

⁴² § 2.1. e 2.2 del *Cons. dir.* Va peraltro ricordato che la pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge è stata da taluno intesa come forma di esercizio di una sorta di funzione integrativa di quella legislativa o consultiva: cfr. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 509.

⁴³ Ci si riferisce alla tesi di Calamandrei, che intravedeva in tale ipotesi una tipica giurisdizione di tipo oggettivo, in quanto l'intervento della Cassazione «era reso necessario per effetto della violazione ad opera di un organo dello Stato (...) della norma che fissa i limiti della funzione giurisdizionale nell'obbligo di decidere *secundum legem*». Va tuttavia ricordato che nel codice del 1865 non solo la Cassazione poteva enunciare il principio di diritto unicamente a seguito di «denuncia» presentata dal Procuratore generale – e non d'ufficio – ma la sua pronuncia «incorporava» anche la cassazione della decisione impugnata. Su tale tesi – e sull'opposta posizione di

Sul punto è bene precisare che per la fase volta all'enunciazione d'ufficio del principio di diritto – per la cui attivazione, lo ricordiamo, si richiede l'inammissibilità del ricorso oltre che la particolare importanza della questione implicata – l'art. 363 c.p.c. non detta norme in materia di contraddittorio (e analoga considerazione vale per la diversa ipotesi in cui il principio sia enunciato su richiesta dal Procuratore generale).

Su tale specifico profilo la Cassazione aveva affermato in passato che «L'interesse astratto alla esatta interpretazione delle norme di legge legittima solo il ricorso del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, ma non vale ad integrare il presupposto dell'interesse ad agire del ricorrente, che deve essere concreto e che tale non è nel caso in cui dalla pronuncia della Corte non deriverebbe alcuna conseguenza in ordine alla controversia». Di qui gli ermellini avevano escluso, da un lato, la necessità della notifica alle parti, non potendo queste giovare della decisione⁴⁴ e, dall'altro, la natura giurisdizionale di tale giudizio, come confermato più di recente dalle stesse Sezioni Unite⁴⁵.

Peraltro, la prima delle pronunzie citate è particolarmente interessante in quanto adottata quando l'iniziativa del Procuratore generale era ancora qualificata dal codice come *ricorso* e non come mera *richiesta* (secondo invece l'attuale art. 363), circostanza che aveva indotto taluno a ravvisare la natura giurisdizionale del giudizio così innescato. Di certo, però, è chiaro che il termine "ricorso" non sarebbe stato sufficiente a ravvisare con certezza l'esistenza di una giurisdizione laddove si fosse partiti dal concetto che di essa la Corte costituzionale ha fin qui assunto *ai limitati fini* del riconoscimento della legittimazione del giudice *a quo*⁴⁶.

Senonché, come già ricordato, nell'ipotesi all'origine della sent. cost. n. 119/2015 la procedura dell'art. 363 c.p.c. viene avviata d'ufficio e non su richiesta del Procuratore gene-

Mortara che negava invece l'esistenza in tal caso di una giurisdizione, non derivando dalla sentenza della Cassazione alcuna conseguenza per le parti, v. G. REALI, *op. cit.*, 169 ss.

⁴⁴ Cass. 12 aprile 2003, n. 5858.

⁴⁵ Cfr. la decisione dell'1.6.2010 n. 13332, nella quale si afferma che «il peculiare inquadramento dell'istituto in esame (...) ne esclude la natura giurisdizionale di azione di impugnazione volta all'annullamento della decisione di merito viziata».

⁴⁶ Si pensi alle pronunzie con le quali il giudice delle leggi ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate dal Consiglio di Stato in sede di giudizio sul *ricorso* straordinario al Capo dello Stato, a partire dalla sent. n. 1/1964 e fino alla pronuncia n. 254/2004, nonostante nella disciplina di quel procedimento potessero riscontrarsi non pochi elementi tipici della giurisdizione, primo fra i quali la garanzia (se pur debole) del contraddittorio, che manca invece nella fase di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge. Va poi ricordato che l'inammissibilità della questione aveva in qualche modo sancito una chiara frattura fra la nozione di *giudice* ai fini della legittimazione ad incardinare un giudizio in via incidentale e quella di "giurisdizione nazionale" ai sensi del Trattato Cee, nella quale la Corte di giustizia aveva ricompreso il Supremo giudice amministrativo in sede di giudizio sul ricorso straordinario. Sulla natura di tale giudizio v. N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la "nozione" di giudizio: la Corte costituzionale e l'"ircocervo"*, in *Giur. cost.*, 3/2005, 2149 ss. Com'è noto, il D.Lgs. di riforma del processo amministrativo (n. 104/2010) ha invece ammesso *ex lege* il Consiglio di Stato a sollevare q.l.c. in tale *sedes iudicii*, non senza una discutibile invasione di campo nell'interpretazione dell'art. 137 Cost., con una scelta che la stessa Consulta, peraltro, ha giudicato non viziata da eccesso di delega nella recente sent. n. 73/2014, sulla quale, v. E. FURNO, *Le sezioni consultive del Consiglio di Stato e il ricorso straordinario: un nuovo giudice «a quo»*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 412 ss.

rare. Si noti comunque che pure in questo caso il concetto di parte in senso stretto sembra scomparire e parrebbero comunque invocabili le stesse ragioni che hanno spinto la Cassazione a negare in passato la natura giurisdizionale della funzione esercitata in tale sede, al punto da ritenere che la decisione non dovesse essere notificata alle parti. Certo, nel caso della procedura d'ufficio potrebbe apparire più immediato l'“aggancio” con un giudizio concreto, visto che una delle condizioni previste per avviarla è che la Cassazione dichiari inammissibile il ricorso. Addirittura, poi, nel caso di specie, *uno actu* (nella stessa ordinanza) il Supremo giudice ingloba tre distinte valutazioni: *a*) ritiene che il ricorso sia destinato all'inammissibilità; *b*) ravvisa anche l'esistenza delle condizioni necessarie e sufficienti per procedere d'ufficio, nonché, infine, *c*) stante l'asserito legame di pregiudizialità, solleva questione di legittimità costituzionale.

Non si tratta tuttavia di uno schema necessario, non avendo la Cassazione precisi vincoli di tempo per avviare d'ufficio la fase di enunciazione del principio, che potrebbe svolgersi anche in un lasso di tempo assai distante dalla dichiarazione di inammissibilità del ricorso. In ogni caso, poi, anche qui – come affermato dalla Corte in un caso di enunciazione del principio di diritto su *richiesta* del Procuratore generale – parrebbe che lo *jus litigatoris* si ponga semplicemente come il mero «*prius* cronologico e logico della pronuncia (...), non essendo configurabile in capo alle stesse un interesse giuridicamente rilevante ad intervenire in procedimento destinato a concludersi con una pronuncia che, per espresso dettato legislativo, non spiega efficacia rispetto ad esse»⁴⁷.

Ora, per quanto la dottrina sembra divisa su tale conclusione⁴⁸, sicuramente, anche ad immaginare eventuali effetti indiretti sulla situazione dei ricorrenti⁴⁹ – ad esempio nel caso in cui il giudice del merito possa (e provveda di sua iniziativa a) modificare o revocare il proprio provvedimento alla luce del principio fissato dalla Corte – questi non sembrano sufficienti a fondare il diritto ad un contraddittorio fra vere e proprie parti nel giudizio di cui all'art. 363 c.p.c. che, non va dimenticato, è un «procedimento autonomo» *nell'interesse della legge* e nel quale dunque non si danno soggetti che possono avanzare pretese qualificate in ordine ad un concreto bene della vita⁵⁰. Segnatamente, se pure l'interesse indiretto all'enunciazione

⁴⁷ Cfr. ancora Cass. civ., sent. n. 10332/2010 (§ 3).

⁴⁸ Le posizioni divergono anche – e forse soprattutto – nel caso di avvio d'ufficio della procedura. In merito, la tesi della “irrinunciabilità” del contraddittorio in tale *sedes judicii* deriverebbe dal fatto che comunque la decisione prende vita da un ricorso dichiarato inammissibile e dunque «è necessario che le parti siano informate e chiamate ad interloquire sull'iniziativa ufficiosa» (così R. TISCINI, *Sub art. 363*, cit., 744). Tale tesi, come quella che ritiene essenziale la notifica dell'avvio di tale procedimento nel caso in cui la Corte ritenga di dover affrontare d'ufficio una tematica non prospettata dalle parti, considera non decisivo – o forse non del tutto esatto – il dato per cui la posizione di queste ultime viene a perdere la propria peculiarità in un giudizio nell'interesse della legge di cui le parti non si possono avvalere, se non indirettamente. Così, ad esempio, per R. TISCINI, *op. cit.*, 744 s., la capacità del principio di diritto di produrre comunque un effetto indiretto sulla causa di merito renderebbe attuale l'interesse per le parti a contraddire all'iniziativa ufficiosa e, di conseguenza, «irrinunciabile» il contraddittorio nei casi in cui la procedura sia avviata d'ufficio.

⁴⁹ Si tratterebbe tuttavia di «un'efficacia di fatto del tutto eventuale»: così G. REALI, *op. cit.*, 184.

⁵⁰ Nel caso di giudizio originato dalla richiesta del Procuratore Generale, per la Suprema Corte «la richiesta di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, rivolta alla Corte di Cassazione dal P.G. ai

del principio di diritto coltivato dalle parti potrebbe eventualmente spingerle a presentare – prima che il ricorso venga dichiarato inammissibile – espressa istanza alla Corte affinché proceda d'ufficio ai sensi del III c. dell'art. 363 c.p.c.⁵¹, la loro posizione non sembra diversamente qualificabile da quella di qualunque altro soggetto i cui diritti sono *sub judice* e che potrebbero essere incisi da una decisione che tenga comunque conto del *decisum* della Suprema Corte.

Né l'eventuale effetto indiretto sul provvedimento impugnato – nel caso in cui quest'ultimo sia revocabile o modificabile – basterebbe a rendere qualificata la posizione del ricorrente anche nella fase avviata d'ufficio, visto che le ricadute pratiche del giudizio sarebbero al più l'effetto di un capacità persuasiva “di orientamento” capace di incidere anche su giudizi diversi da quello all'origine del procedimento azionato dalla Corte. Del resto, il fine dello strumento di cui all'art. 363 c.p.c. è proprio quello di consentire alla Suprema Corte di fornire orientamenti funzionali alla coerente decisione giurisprudenziale di casi simili⁵².

Segnatamente, nel procedimento volto all'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, si è visto, scompare la prospettiva dello *jus litigatoris* e sembra mancare un concreto interesse ad agire del ricorrente⁵³. Così, nell'eventuale contraddittorio in tale fase la figura della parte finirebbe per “scolorire” in quella dell'*amicus curiae* o diver-

sensi dell'art. 363 c.p.c. si configura non già come mezzo di impugnazione, ma come procedimento autonomo, originato da un'iniziativa diretta a consentire il controllo sulla corretta osservanza ed uniforme applicazione della legge, con riferimento non solo all'ipotesi di mancata proposizione del ricorso per cassazione, ma anche a quelle di provvedimenti non impugnabili o non ricorribili per cassazione, in quanto privi di natura decisoria, con la conseguenza che l'iniziativa del P.G., che si concreta in una mera richiesta e non già in un ricorso, non dev'essere notificata alle parti, prive di legittimazione a partecipare al procedimento» (Cass. 1 giugno 2010, n. 13332). Ora, sembra che la conclusione cui perviene la Corte sia *a fortiori* estendibile al caso in cui il medesimo procedimento sia avviato d'ufficio, mancando dunque perfino la richiesta del Procuratore Generale.

⁵¹ G. IMPAGNATIELLO, *op. cit.*, 934, secondo cui «è significativo» che, nella fattispecie decisa dalla sentenza n. 27187/2007, l'applicazione dell'art. 363, comma 3, fosse stata sollecitata dagli stessi ricorrenti, «i quali, forse consapevoli della più che probabile inammissibilità del ricorso, avevano espressamente chiesto che il ricorso fosse interpretato quale istanza di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge. Peraltro, nel motivare la decisione di avvalersi del proprio potere ufficioso, la Corte – che, si badi, al fine di escludere l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione aveva fatto leva sulla mancanza di un interesse attuale dei ricorrenti alla statuizione sulla giurisdizione – ha ritenuto che l'enunciazione del principio di diritto rispondesse non solo all'interesse generale della collettività, ma anche a quello delle parti, posto che «la pronuncia può rilevare comunque in relazione alla causa diversa che eventualmente abbia avuto inizio dopo il procedimento sommario, rispetto alla quale si sono emessi i provvedimenti anticipatori inimpugnabili per cassazione».

⁵² Cfr. la ricordata sentenza delle Sezioni Unite n. 27187 del 2007, secondo cui un «tale potere, espressione della funzione di nomofilachia, comporta che – in relazione a questioni la cui particolare importanza sia desumibile non solo dal punto di vista normativo, ma anche da elementi di fatto – la Corte di cassazione possa eccezionalmente pronunciare una regola di giudizio che, sebbene non influente nella concreta vicenda processuale, serva tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi o simili».

⁵³ Cfr. Cass. 12 aprile 2003, n. 5858: «L'interesse astratto alla esatta interpretazione delle norme di legge legittima solo il ricorso del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, ma non vale ad integrare il presupposto dell'interesse ad agire del ricorrente, che deve essere concreto e che tale non è nel caso in cui dalla pronuncia della Corte non deriverebbe alcuna conseguenza in ordine alla controversia».

rebbe al più esponentiale di una situazione giuridica comodamente *tipizzabile* ai fini del giudizio della Cassazione nell'interesse della legge.

È un fatto, però, che sul punto il codice di rito taccia, adombrando dunque la possibilità di un *giudizio (necessariamente) senza parti* del procedimento pendente dinanzi alla Cassazione, la cui singolarità si riflette anche sulla fase di avvio del giudizio definito con la sent. 119/2015, se non altro perché, pur costituendo ordinariamente una mera eventualità la presenza delle parti nel sindacato incidentale⁵⁴, le norme processuali relative alla sua incardinazione sono particolarmente rigorose nell'imporre, a pena di inammissibilità, la notificazione alle parti dell'ordinanza di rimessione⁵⁵. È chiaro che una prescrizione di tale tenore presuppone in qualche modo la presenza di parti nel giudizio *a quo*, per quanto, vada riconosciuto, non sono mancate in passato ipotesi di questioni ammissibili sollevate all'interno di "giudizi" per loro stessa natura "senza parti" (si pensi alla questione sollevata dalla Corte dei Conti in sede di controllo preventivo sulla legittimità costituzionale degli atti governativi e ritenuta ammissibile con la nota sent. n. 226/1976).

Tuttavia, una volta che la Consulta abbia ritenuto esistente il requisito soggettivo del *giudice* e quello oggettivo del *giudizio*, per evitare che la struttura del giudizio incidentale risenta in modo eccessivo della peculiarità del giudizio *a quo* – e dunque al fine di non dar vita ancora una volta ad una singolare forma di processo costituzionale già *ab origine* realisticamente ed immancabilmente *senza parti*⁵⁶ – si potrebbero comunque considerare ammessi al contraddittorio i soggetti il cui ricorso, saldamente "agganciato" alla procedura d'ufficio ex art. 363 c.p.c., sia stato dichiarato inammissibile dalla Cassazione.

Potrebbe dirsi, in particolare, che *ai limitati fini* del contraddittorio nel giudizio incidentale, la fase aperta d'ufficio per l'enunciazione del principio di diritto non deve essere considerata *talmente autonoma* da impedire ai ricorrenti di intervenire di fronte alla Consulta. Insomma, *in relazione al sindacato di costituzionalità* sarebbero da considerarsi parti quelle del giudizio conclusosi con l'inammissibilità.

⁵⁴ Di un «giudizio senza parti necessarie» discorre R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985, 52.

⁵⁵ Anche a prescindere dal fatto notorio che «le parti, una per una, debbano venire informate della trasmissione dell'ordinanza non in via ordinaria (*id est*: secondo al comune diligenza), ma a mezzo di *notificazione ad hoc* predisposta (salvo lettura nel pubblico dibattimento)» – ciò che giustamente «può essere considerato un inutile "appesantimento" processuale» (così A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 176) – soprattutto è evidente che «resta aperto (...) l'interrogativo sulla congruenza di un procedimento così sensibile all'interesse "privato" delle parti, da bloccarsi in caso di mancata notificazione dell'ordinanza di rimessione, e così "alto" al tempo stesso da sopravvivere alla stessa estinzione della controversia che l'aveva generato» (come acutamente rileva G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in ID., *Le garanzie della Repubblica*, Torino 2009, 110).

⁵⁶ Al di là ovviamente di ulteriori soggetti ammessi dalla Corte a ragione della loro peculiare e qualificata posizione rispetto all'oggetto del giudizio ed ai possibili effetti della decisione costituzionale. Quanto invece all'intervento del Presidente del Consiglio – o del Presidente di una Regione o Provincia autonoma nel caso in cui la questione abbia ad oggetto una legge regionale o provinciale – tali soggetti non sono qualificabili come parti in senso stretto (e neppure come veri interventori): cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, 240 ss.

Ovviamente, la decisione costituzionale – come quella della Cassazione – non potrà spiegare effetti formalmente diretti sulla situazione processuale dei ricorrenti. Nondimeno, l'apertura del contraddittorio a questi ultimi potrebbe consentire loro di rappresentare una situazione giuridica *tipizzabile* all'interno di un giudizio dall'anima – anche (ed in questo caso, soprattutto) – *oggettivo/astratto*. In secondo luogo, poi, il contraddittorio all'interno del giudizio in via incidentale diverrebbe un'importante dialettica nell'interesse della legge resa particolarmente *visibile* dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione oltre che, ovviamente, della decisione della Consulta.

Tale doppio motivo rende ancor più auspicabile che in questa *sedes judicii* la Cassazione preferisca sollevare questione di legittimità costituzionale anziché procedere ad ardite interpretazioni adeguatrici, alle quali non è assicurata la medesima pubblicità e sulle quali le parti potrebbero non avere la possibilità di interloquire. Ciò non significa ovviamente che un tale sforzo ermeneutico sia incompatibile con la natura *astratta* del giudizio *de quo*. Del resto, «è chiaro che l'attività di interpretazione adeguatrice, di per sé, non è detto che debba necessariamente risultare concreta: nulla impedisce che si svolga un'operazione intellettuale di questo genere, con riferimento ad una disposizione legislativa, indipendentemente dalla sua applicazione ad una determinata fattispecie reale. È infatti chiaro che un'interpretazione adeguatrice può essere svolta anche in un'opera di dottrina che non abbia per scopo di risolvere un caso determinato, ma di trattare in modo sistematico una certa materia, avendo riguardo ad una generalità di casi astrattamente ipotizzabili»⁵⁷.

Comunque sia, la questione dell'ammissibilità di un'eventuale costituzione del ricorrente non si è neppure posta nel caso definito dalla sentenza n. 119, registrandosi l'intervento del Presidente del Consiglio, ma non la costituzione di alcuna parte. Tuttavia, l'ordinanza di rimessione costituisce un precedente importante nella direzione qui auspicata, visto che nella stessa se ne ordina la notifica *alle parti del giudizio di Cassazione*, ivi compresi dunque gli stessi soggetti il cui ricorso è stato dichiarato inammissibile. In breve, il supremo giudice offre una qualificazione particolare del giudizio adottato d'ufficio ai sensi dell'art. 363 c.p.c.: non v'è solo l'esercizio di una funzione *giurisdizionale*, ma siamo di fronte ad una *giurisdizione (anche) di parti*, alle quali dunque deve essere notificata l'ordinanza di rimessione, per quanto quest'ultime, non beneficiando degli effetti della pronuncia resa ex art. 363 c.p.c., in teoria neppure dovrebbero essere interessate ad interloquire rispetto alla formazione del principio di diritto.

In realtà, è chiaro che tale qualificazione – che vale innanzitutto *ai fini* dell'instaurazione del giudizio incidentale – richiede una riconsiderazione del problema in termini generali. Non sarebbe infatti coerente notificare l'ordinanza ai ricorrenti – nonché la stessa decisione finale – senza tuttavia consentire precedentemente a questi ultimi di partecipare ad una seppur minima forma di contraddittorio nel giudizio principale.

⁵⁷ Così A. PIZZORUSSO, *La giustizia costituzionale italiana fra modello "diffuso" e modello "concreto"*, in *Fundamentos, La Rebelión de las Leyes. Demos y Nomos: La agonía de la justicia constitucional*, 4/2009, 9.

5. La rilevanza della questione e l'incidentalità... *ai limitati fini*

Venendo al profilo della rilevanza, è difficile contestare che – come affermano gli ermellini – la decisione della Consulta avrebbe condizionato (e condizionerà) il principio di diritto enunciato dal rimettente. Neppure sorprende più di tanto il fatto che il giudice delle leggi abbia rigettato l'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza sottolineando – senza peraltro sconvolgenti novità – che il giudizio di rilevanza non deve tener conto della concreta utilità che può derivare per le parti dalla pronuncia costituzionale⁵⁸. In tal senso, nella motivazione si cita la ricordata sentenza n. 10/2015, nella quale tuttavia, come si è visto, si pone ben altro problema che non semplicemente l'utilità delle parti, mancando in tale decisione – a differenza del caso deciso con la sent. n. 119 – qualsiasi effetto sulla pronuncia del giudice *a quo*.

Di certo, per la Corte «non è un ostacolo l'*astrazione* del giudizio di cui all'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ., rispetto alla composizione degli interessi sostanziali fatti valere nelle precedenti fasi del giudizio *a quo*, né rileva la circostanza che tale pronuncia nomofilattica sia improduttiva di effetti sui provvedimenti dei giudici dei precedenti gradi del giudizio»⁵⁹. Anche tale affermazione meriterebbe tuttavia qualche rilievo ulteriore, visto che il concetto speculare di *concretezza* può assumere invero fisionomie diverse.

Sicuramente, il giudizio incardinato presso la Consulta non poteva dirsi *concreto* qualora si fosse adottata come lente di osservazione il rapporto fra l'oggetto del giudizio e la tutela di diritti effettivamente in gioco. Come si è ricordato, infatti, già nella fase dinanzi alla Cassazione lo *jus litigatoris* aveva lasciato il campo completamente libero allo *jus constitutionis*. Si vuol dire più semplicemente che la decisione della Consulta non avrebbe potuto (e non potrà) formalmente incidere – neppure attraverso il tramite della Cassazione – sulla garanzia dei diritti del ricorrente, per quanto ovviamente lo stesso principio di diritto fissato dalla Cassazione in base alla pronuncia costituzionale potrà spiegare solo per il futuro effetti indiretti nei confronti di tutti coloro i quali dovessero trovarsi in una situazione simile a quella dei ricorrenti. Sotto tale aspetto, potrebbe paradossalmente rilevarsi come il giudizio della Suprema Corte, per quanto adottato d'ufficio *a ridosso* di (e dunque in via *successiva* rispetto ad) una vicenda concreta, si configuri sostanzialmente come un sindacato *preventivo/astratto* con funzione di orientamento rispetto ad una serie astrattamente ipotizzabile di casi.

Per altri versi, la concretezza del sindacato costituzionale si apprezza se si guarda alla *genesì* del giudizio incidentale definito con la sent. n. 119 (anziché al suo *oggetto*), ancorché, come giustamente si afferma in motivazione, da esso non possa derivare una concreta

⁵⁸ Almeno così dovrebbe essere, ma invero non mancano notevoli, sorprendenti oscillazioni giurisprudenziali, anche recenti, puntualmente ora segnalate da A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, spec. 215 s.

⁵⁹ § 2.3. *Cons. dir.* (nostro il c.vo). Deve tuttavia rilevarsi come nella risalente sent. n. 4/1956 la Corte avesse indicato, fra le finalità che ispirano il giudizio incidentale, l'esigenza «che tale sindacato non abbia ad esplicarsi in astratto, ma in relazione a concrete situazioni di fatto, alle quali siano da applicare norme di dubbia costituzionalità».

utilità per le parti. C'è infatti comunque un *giudice* che, in una peculiare fase del *giudizio* di Cassazione, ricerca il fondamento normativo per applicare la norma di rito ed enunciare il principio nell'interesse della legge, attività cui risulta tuttavia pregiudiziale la pronuncia della Consulta sulla costituzionalità di tale normativa.

Del resto, lo ribadiamo, non sono mancati casi in cui la Corte ha dichiarato ammissibile la questione pur se sollevata all'interno di una *sedes judicii* nella quale neppure potevano immaginarsi parti in senso stretto. Non ostano dunque alla rilevanza della questione le accennate peculiarità della fase di giudizio all'interno della quale la Cassazione si è autoinvestita del potere-dovere di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, che viene considerato dalla Consulta una forma di giurisdizione (anche) oggettiva. Segnatamente, per il giudice delle leggi «va del resto esclusa la necessità che il procedimento *a quo* si concluda con una decisione che abbia tutti gli effetti usualmente ricondotti agli atti giurisdizionali. La funzione nomofilattica svolta dalla Corte di Cassazione con l'enunciazione del principio di diritto, ai sensi dell'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ., costituisce, infatti, espressione di una giurisdizione che è (anche) di diritto oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto». In particolare, tale apertura «discende dalla circostanza che il giudizio di legittimità costituzionale si svolge oltre che nell'interesse privato, anche e in primo luogo in quello pubblico e per questo non lo influenzano le vicende del processo che lo ha occasionato».

In breve: il legame fra i due giudizi c'è (e, con esso, la *rilevanza*). Semmai, potrebbe dirsi che quest'ultimo è talmente stretto da potersi seriamente dubitare *dell'incidentalità* della questione.

Proviamo a spiegarci.

Sul punto occorre considerare attentamente l'argomentazione con la quale la Corte si sforza di dimostrare che l'accesso al sindacato di costituzionalità attraverso il giudizio di cui all'art. 363, III c., c.p.c. non solo non determina alcun superamento del carattere pregiudiziale della questione, ma «neppure modifica il modello incidentale del controllo di legittimità»⁶⁰.

Per Palazzo della Consulta, l'incidentalità discenderebbe dal compito della Cassazione di enunciare il principio di diritto sulla base della norma che potrà risultare dalla pronuncia di illegittimità costituzionale «*e che sarà, in ogni caso, "altro" rispetto ad essa*». Questa è, potrebbe dirsi, la *prima* argomentazione spesa dalla Corte per far salvo il requisito dell'incidentalità.

Un problema analogo si era posto ad esempio per la pronuncia n. 1 del 2014, laddove il giudice delle leggi aveva ritenuto comunque ammissibile la questione ritenendo che i *petita* dei due giudizi non fossero identici ed in particolare che, pure una volta annullata la

⁶⁰ § 2.5. *Cons. dir.* (nostro il c.vo).

legge n. 270/2005 secondo le censure avanzate dal remittente, il giudice *a quo* avrebbe comunque dovuto procedere ad ulteriori accertamenti e verifiche⁶¹.

Senonché, se in quel caso l'argomentazione della Corte appariva già fragile sul piano processuale – mentre risultava del tutto assorbente la motivazione relativa alla riduzione delle c.d. zone d'ombra del giudizio di costituzionalità – nella decisione n. 119/2015 si assiste ad un'ulteriore opacizzazione dell'incidentalità.

In effetti, è difficile affermare con sufficiente certezza che l'esercizio del potere residuo del rimettente sia "altro" rispetto alla pronunzia della Corte. Sicuramente, il principio di diritto *non sarà enunciato per definire un caso concreto* e non potrà avere formalmente effetti sulla situazione del ricorrente. In secondo luogo, anche nell'ipotesi paradossale in cui al *decisum* della Consulta mancasse il seguito – ovvero la pronunzia con la quale la Cassazione enuncia il principio di diritto – *ugualmente d'ora in poi sarebbe illegittimo un nuovo bando per servizio civile che ancora richieda il requisito della cittadinanza*⁶².

Il giudice amministrativo dovrebbe dunque annullare l'atto – e quello ordinario disapplicarlo – *non solo perché in contrasto con la legge, ma anche perché direttamente lesivo di norme costituzionali*. Peraltro, il vizio di violazione di legge dell'atto amministrativo non deriverebbe solo dalla violazione della normativa in materia, così come ridefinita dalla sentenza costituzionale (che la emenda dal vizio), ma anche dal fatto che, consentendosi in tal modo l'ulteriore applicazione di quelle stesse disposizioni annullate dalla Corte, risulterebbe disatteso pure l'art. 30, III c., l. 87/1953 in base al quale queste ultime «non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»⁶³. Peraltro, è appena il caso di ricordarlo, già in base all'art. 136 della Costituzione, da una sentenza di accoglimento

⁶¹ Il rimettente avrebbe dovuto infatti verificare la sussistenza in capo al ricorrente delle ulteriori condizioni, positive e negative, per accertare la titolarità del diritto di voto. Sul punto, per opportuni approfondimenti – e sulla circostanza per cui, in realtà, il giudice remittente non sembra aver proceduto agli ulteriori accertamenti ai quali si era riferita la Corte – sia consentito rinviare, anche per opportune indicazioni bibliografiche, al nostro *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014, 33 ss.

⁶² Nel senso invece di considerare i due oggetti «sostanzialmente omogenei ma formalmente ben distinti», v. F. DAL CANTO, *La Corte di cassazione, il principio di diritto nell'interesse della legge e le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2014, I, 3447 ss., il quale ritiene che la problematicità riguardi nel caso di specie non già la qualità del legame oggettivo fra i due giudizi, quanto la legittimazione della Cassazione a promuovere la questione di legittimità costituzionale in sede di giudizio nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., ricordando comunque come la Corte abbia ammesso in molteplici occasioni la legittimazione di soggetti nello svolgimento di giudizi «volti alla soddisfazione prevalente di uno scopo oggettivo piuttosto che alla tutela di situazioni soggettive». Più critico A.D. DE SANTIS, *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare «ex officio» il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Foro it.*, 2014, I, 3444 ss., il quale – confinando evidentemente la nozione di "giudizio" ai casi in cui sussista una controversia – esclude in tal caso la rilevanza della questione di legittimità costituzionale e l'esistenza stessa di un giudizio, rimanendo il principio di diritto enunciato dalla Cassazione privo di qualunque effetto sul provvedimento del giudice di merito.

⁶³ Su tali questioni, v. per tutti M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano 2002. Sulla natura, facoltativa o doverosa, dell'intervento in autotutela della P.A. posto in essere a seguito di una sentenza costituzionale di annullamento v. N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2007, I, 2647 ss.

discende per lo stesso legislatore – prima ancora che per la P.A. – «l’obbligo di “accettare la immediata cessazione dell’efficacia giuridica della norma illegittima”, anziché “prolungarne la vita”» (sentenza n. 223 del 1983, richiamata recentemente dalle sentt. nn. 169/2015 e 245/2012).

Insomma, sembrano più che fondati i dubbi sulla reale differenza fra i *petita* dei due giudizi. Sicché, se nel caso di specie la rilevanza è, per così dire, *massima*, l’incidentalità è *minima*, anzi inesistente.

Su tale punto sono necessarie due considerazioni.

Innanzitutto, più in generale, si dovrebbe rimettere in dubbio, come si è autorevolmente proposto, la reale necessità che i due giudizi abbiano oggetti fra loro differenti. Tale condizione – introdotta dalla stessa Corte e volta realisticamente ad evitare l’instaurazione di processi costituzionali sulla base di “finte liti” – potrebbe infatti pregiudicare in alcuni casi la piena garanzia dei diritti fondamentali⁶⁴.

In secondo luogo, guardando proprio al caso di specie, non riconoscere la legittimazione della Cassazione a sollevare la questione in tale *sedes iudicii* avrebbe portato a conseguenze paradossali, oltre che pericolose. In particolare, avendo escluso gli ermellini la praticabilità di un’interpretazione adeguatrice, gli stessi sarebbero stati costretti ad enunciare un *principio di diritto nell’interesse della legge... incostituzionale*, così spiegando un pericoloso effetto di orientamento nomofilattico in direzione opposta alle prescrizioni della Carta e, dunque, sollecitando i giudici a vanificare il principio di rigidità della Costituzione.

Si consideri peraltro che nei casi – differenti da quello all’origine dell’ordinanza – in cui la Cassazione pronunci il principio di diritto cassando con rinvio, allo stesso giudice del rinvio è consentita dalla consolidata giurisprudenza costituzionale la possibilità di sollevare questione sull’interpretazione sottesa al principio di diritto (non potendo invece adottare direttamente una lettura ermeneutica ulteriore, ancorché costituzionalmente conforme)⁶⁵. Sarebbe dunque viepiù irragionevole, in base ad una considerazione che guarda alla coerenza

⁶⁴ Come afferma R. ROMBOLI, *op. cit.*, 358, «il controllo circa la esistenza di liti finte dovrebbe pertanto rientrare tra i compiti del giudice a quo nell’ambito del giudizio principale, mentre con riferimento al giudizio costituzionale la relativa problematica dovrebbe inserirsi in quella dei vizi del giudizio a quo e dei limiti della loro rilevanza da parte della Corte, limitata, per giurisprudenza costante, ai casi di palese evidenza». In tal senso, l’A. si augurava che il giudice delle leggi procedesse ad un espresso mutamento della sua giurisprudenza su tale condizione. Si riconosceva tuttavia realisticamente che la Corte costituzionale, pure in questo caso, avrebbe verosimilmente sostenuto l’esistenza di un *petitum* distinto e proprio del giudizio principale, «anche se nella specie l’enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge pare debba valere in sostanza a risolvere un conflitto che si è venuto a creare in giurisprudenza tra i giudici di Milano e quelli di Brescia in ordine alla “non manifesta infondatezza” della questione di costituzionalità dell’art. 3 d. lgs. 64/2001».

⁶⁵ Per la conferma della possibilità del giudice del rinvio di sollevare la q.l.c. sul principio di diritto, cfr. sent. n. 197/2010, sent. n. 214/2012 e ord. n. 149/2013. Quest’ultima decisione è particolarmente interessante perché la Corte dichiara infondata la questione posta sulla normativa processuale *nella parte in cui vincola il giudice del rinvio* – che, nel caso di specie, è la Commissione tributaria – ad uniformarsi al principio di diritto stabilito dalla Cassazione. Analogo schema vale anche, come noto, nei rapporti fra la Sezione territoriale della Corte dei Conti e la pronuncia delle Sezioni Unite sulla *questione di massima* ad esse deferita (cfr. sent. cost. n. 197 del 2010).

del sistema costituzionale, non consentirlo proprio al Supremo giudice al fine di formulare un principio che costituisce un vincolo formale per le Sezioni semplici della Cassazione ed è chiamato ad orientare gli altri giudici.

Sembrano dunque riemergere – sotto altri versi ma in modo non meno deciso – le esigenze già prospettate nella ricordata sentenza del 2014 di massima *diffusione* della Costituzione, la cui concreta *immanenza* nell'ordinamento dipende ovviamente anche dalle modalità con le quali si evolve il sistema di giustizia costituzionale⁶⁶.

Si arriva così alla seconda *argomentazione* utilizzata a sostegno dell'ammissibilità della questione anche sotto il profilo dell'incidentalità: «È in tal modo che si realizza l'interesse generale dell'ordinamento alla legalità costituzionale attraverso l'incontro ed il dialogo di due giurisdizioni che concorrono sempre – e ancor più in questo caso – alla definizione del diritto oggettivo. Ed è un dialogo che si rivela particolarmente proficuo, specie laddove sia in gioco l'estensione della tutela di un diritto fondamentale» (§ 2.5 *Cons. dir.*).

In realtà, a differenza di quanto affermato in altre decisioni nelle quali pure si è accolta una nozione ampia della legittimazione del giudice *a quo*, in tale pronuncia la Corte afferma espressamente la natura giurisdizionale del rimettente senza tuttavia precisare che la stessa debba ritenersi (unicamente) *ai limitati fini* dell'instaurazione del giudizio incidentale. Nondimeno, è chiaro che proprio la discussa natura dell'attività svolta dalla Cassazione in tale sede richiede ancora una volta negli interpreti l'insolita dimestichezza con categorie appositamente ricucite sulle peculiarità del processo costituzionale⁶⁷. Ed anche qui l'argomentazione *sostanziale* offerta dalla Corte è senza dubbio quella che guida in modo decisivo l'interpretazione delle regole processuali, legandosi l'ammissibilità della questione al rammentato rischio di una pronuncia (sul principio di diritto) destinata altrimenti a creare molti più problemi di quanti fosse chiamata a risolverne.

⁶⁶ Com'è stato efficacemente notato, «Ciò che contraddistingue gli ordinamenti contemporanei è l'immanenza della Costituzione che si pone da una parte come limite allo stesso potere legislativo e dall'altra come *guide-line* per tutti i poteri dello Stato, ivi compreso – anzi potremmo dire soprattutto – quello giudiziario. La Costituzione è, nello stesso tempo, presupposto della legislazione, metodo per il governo e criterio interpretativo per la giurisdizione»: così G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Diritto pubblico*, 2/2003, 338. Sulla necessità di leggere le regole del processo costituzionale – in primo luogo quelle sulla rilevanza – in modo da «non offuscare (le esigenze), per così dire, del diritto costituzionale, del “rendere giustizia costituzionale”», cfr. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in *RivistaAic*, 1/2015, spec. 6 ss.

⁶⁷ Sulla possibilità, per il Giudice costituzionale, di ricorrere in tal caso, come già accaduto in precedenti situazioni, «ad una pronuncia di ammissibilità “ai limitati fini” del giudizio costituzionale» v. R. ROMBOLI, *op. cit.*, 361, per il quale si tratterebbe tuttavia non di piegare le regole processuali, ma di interpretarle alla luce di ragioni di diritto costituzionale sostanziale, traducendosi dunque in un corretto uso e non in un abuso del giudizio di fronte la Corte.

6. L'impegno sociale tra "formazione" alla cittadinanza e pieno sviluppo della persona umana: *il diritto di avere doveri*

Volendo finalmente analizzare ora il *merito* della sentenza, va ricordato che nell'ordinanza di rimessione la Cassazione aveva prospettato due vizi dell'art. 3, I c., del D.Lgs. n. 77/2002: il primo consisteva nell'asserita violazione dell'art. 2 della legge delega, secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto conformarsi al criterio di «ammissione al servizio civile volontario di uomini e donne sulla base di requisiti oggettivi e non discriminatori, nei limiti delle disponibilità finanziarie previste annualmente». Il secondo, invece, derivava dal contrasto del decreto con gli articoli 2 e 3 della Costituzione.

La Corte affronta la prima censura dichiarando insussistente la prospettata violazione della legge delega, la quale, secondo il giudice delle leggi, non imporrebbe un'equiparazione fra cittadini e stranieri risultando piuttosto «espressamente volta ad escludere quei criteri selettivi per l'ammissione al servizio civile che possano introdurre una discriminazione sulla base dell'identità di genere dell'aspirante». È invece la fondatezza del secondo vizio a determinare l'annullamento della disposizione indubbiata.

Ora, è chiaro che il giudice delle leggi avrebbe pure potuto invertire l'ordine delle censure ed accogliere direttamente la questione in base al secondo dei vizi denunciati dichiarando assorbito il primo. Tuttavia, la diversa scelta compiuta risulta comunque utile all'interprete per vagliare criticamente anche gli attuali ed i futuri disegni di legge delega in materia che dovessero eventualmente presentare un disposto identico o simile, sotto questo profilo, a quello della l. n. 64/2001 e dunque tale da non impedire al rispettivo decreto attuativo l'eventuale reintroduzione del requisito della cittadinanza italiana. In altri termini, laddove una nuova legge delega richiedesse genericamente l'accesso al servizio civile "sulla base di requisiti oggettivi e non discriminatori", proprio in virtù dell'interpretazione *minimal* suggerita dalla sentenza n. 119 in relazione all'analoga formulazione della legge del 2001, si potrebbe considerare tale delega *incostituzionale* nella parte in cui implicitamente consente che fra i requisiti di ammissione possa essere richiesta la cittadinanza italiana.

Relativamente invece al secondo vizio prospettato dalla Cassazione, la Consulta rileva la sensibile trasformazione dell'istituto del servizio civile, non più legato alla sua «originaria matrice di prestazione sostitutiva del servizio militare di leva, che trovava il suo fondamento costituzionale nell'art. 52 Cost.» e divenuto oramai un «istituto a carattere volontario, al quale si accede per pubblico concorso». Segnatamente, per il giudice delle leggi «l'ammissione al servizio civile consente oggi di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un *diritto* di chi ad essa appartiene» (nostro il c.vo). Ed è alla luce di tali doveri che la Corte accede ad una lettura evolutiva ed "aperta" del dovere di difesa della Patria, nell'ambito del quale è stato tradizionalmente collocato l'istituto del servizio civile e che, come già affermato in passato dal Tribunale costituzionale, può comprendere anche attività di impegno sociale non armato. La Consulta si riferisce in particolare alle forme non militari di difesa della Patria, che si traducono «nella prestazione di servizi rientranti nella solidarietà e nella cooperazione a livello nazionale ed internazionale».

Già alla luce di tale primo passaggio argomentativo, per la Consulta «appare di per sé irragionevole» l'esclusione dei cittadini stranieri «che risiedono regolarmente in Italia, dalle attività alle quali tali doveri si riconnettono».

C'è poi un secondo profilo messo in luce nella motivazione, secondo cui le finalità e le attività del servizio civile concorrono a qualificarlo non solo come adempimento di un dovere di solidarietà, ma anche come «un'opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza». Di più, richiamando testualmente la sent. n. 309/2013, i giudici costituzionali affermano che «L'attività di impegno sociale svolta in tale sede rientra infatti nei valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente». Di qui la violazione anche dell'art. 3 Cost., atteso che «L'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta dunque un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza».

Due osservazioni sul punto.

Innanzitutto, lo svolgimento del servizio civile costituisce per la Consulta un'importante «via per la cittadinanza», una sorta di allenamento alle virtù democratiche. Tale aspetto è particolarmente delicato, poiché svela fino in fondo la parabola che ha caratterizzato negli ultimi anni il servizio civile nazionale fino all'ultima tappa costituita dalla sentenza della Corte: da strumento connesso al *dovere* del cittadino – ma non solo (cfr. sent. n. 172/1999) – di difendere la propria patria a *meccanismo di avvicinamento anche dello straniero alla cittadinanza sostanziale* (inclusione sociale) e, infine, a quella *formale*.

Proprio con riferimento ai non cittadini, è chiaro infatti che *la concessione della cittadinanza non è di per sé una garanzia di reale integrazione interculturale* degli stranieri⁶⁸, presupponendo piuttosto un pregresso cammino di inclusione nella società, che può utilmente giovare di strumenti, quali il servizio civile, attivabili su richiesta dell'interessato e dunque non percepibili come aride e discutibili attestazioni o prove di assimilazione ma eventualmente, *de iure condendo*, valutabili come esperienze positive di partecipazione attiva e solidale alla vita sociale al fine della concessione della cittadinanza.

E ciò risulta strettamente legato ad un'ulteriore ma connessa argomentazione della Corte, fondata sul nesso fra lo svolgimento del servizio civile ed il pieno sviluppo della persona, che richiede di non vanificare senza adeguato motivo la vocazione relazionale del singolo e le innate «capacità creative» con le quali egli può contribuire – con spirito di collaborazione ed intenti solidaristici – al progresso materiale e spirituale della società.

Va poi rimarcata – e arriviamo così alla seconda considerazione – la particolare necessità in questo caso di leggere il dispositivo alla luce della motivazione. Se con il primo – di

⁶⁸ Cfr. G. SARTORI, *ex plurimis* e spec. in *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano 2000. Sulla distinzione fra *relativismo multiculturale* e *relazionismo interculturale* v. per tutti A. SPADARO, *Dai diritti individuali ai doveri globali. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli 2005, 45 ss.

tipo manipolativo/riduttivo – si dichiara l’illegittimità dell’art. 3, l c., «nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana ai fini dell’ammissione allo svolgimento del servizio civile», nella seconda si ritrova un riferimento all’illegittima esclusione dei soli stranieri *regolari*. Ed è realisticamente – e comprensibilmente – quest’ultima la prospettiva entro la quale la Corte “apre” agli stranieri l’accesso al servizio civile, sicché anche il riferimento ai valori fondanti della *convivenza* sociale parrebbe valere pure entro la cerchia dei non cittadini, purché *regolarmente soggiornanti*. Del resto, è proprio tale lettura che fa salvo anche il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, avendo la Cassazione richiesto l’annullamento della disposizione «nella parte in cui, prevedendo il requisito della cittadinanza, esclude i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile nazionale».

Certo, ci si può chiedere se non vi sia una sorta di “stonatura” nella decisione che, da un lato, considera illegittima la sola esclusione degli stranieri regolari e dall’altro fonda tale esclusione sulla particolare rilevanza dell’attività di impegno sociale che, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, costituirebbero i «valori fondanti» della convivenza. Si può infatti rilevare che tali diritti, come noto, quantomeno nel loro nucleo essenziale sono riconosciuti anche agli stranieri irregolari. La Corte tuttavia non si avventura nel fornire la ragione per cui ad uno straniero irregolare riconosca nella sua giurisprudenza i classici diritti inviolabili, ma non quello... ad esercitare doveri inderogabili di solidarietà sociale, quasi che in automatico l’*irregolarità* (dello straniero) risulti incompatibile con la *solidarietà* (sociale). Peraltro, neppure è esattamente così, visto che *proprio per motivi solidaristici* risultano garantite agli irregolari le cure urgenti ed indifferibili, ciò che evidentemente rende ancor più singolare il fatto che questi ultimi non possano mostrarsi a loro volta *solidali* nei confronti della società svolgendo il servizio civile.

Ora, è chiaro che, mentre i medici sono esonerati dal T.U. dall’obbligo di denuncia della situazione di irregolarità dello straniero, così che questo non è costretto a scegliere tra curarsi e rischiare di essere scoperto, ciò non accade nel caso di richiesta di partecipazione al servizio civile, che, a ben vedere, difficilmente potrebbe essere presentata da uno straniero irregolare proprio a ragione del suo *status*. Tuttavia, dovrebbe riflettersi *de iure condendo* sulla prestazione del servizio civile come fattore importante – ancorché non decisivo – in vista del superamento della situazione di irregolarità. Del resto, un nesso specifico fra la logica del *servizio* alla comunità e la presenza di stranieri in Italia emerge già in base all’attuale art. 27 *bis* del T.U. sull’immigrazione, secondo cui ogni anno dovrebbe essere individuato il contingente di stranieri extracomunitari ammessi a partecipare a specifici programmi di volontariato. Purtroppo, il relativo permesso – la cui durata non può superare i diciotto mesi – non è convertibile in altra tipologia di permesso di soggiorno e non è computabile ai fini del rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Anche qui, dunque, scaduto il permesso, non v’è altra soluzione che il ritorno in Patria o l’entrata nel tunnel dell’irregolarità.

In ogni caso, ad una sentenza del genere – con la quale si compie già un deciso passo in avanti verso forme di effettiva inclusione degli stranieri – non si poteva certo chiedere di

più. La Corte avrebbe altrimenti superato pericolosamente il confine del *chiesto* per imbattersi in una questione assai più delicata sotto il profilo dei suoi rapporti con la politica.

Sicuramente, però, e non è cosa da poco, la decisione della Consulta non accorda alcuna rilevanza alle diverse *gradazioni del vincolo fra stranieri regolari e comunità di appartenenza*. Scompare infatti nel *Considerato in diritto* il riferimento alla “stabilità” degli stranieri, presente invece nel § 2.2. del *Ritenuto in fatto* (in cui ovviamente la Corte si limita a riportare sinteticamente il contenuto dell’ordinanza della Cassazione). In tal senso, sia il riferimento letterale agli «stranieri che risiedono regolarmente» – senza alcun riferimento alla *stabilità* della loro residenza – sia l’intera *ratio* che sorregge motivazione inducono a considerare precluse eventuali limitazioni dell’accesso al servizio civile fondate sulla durata della residenza nel territorio italiano e/o sul possesso di un determinato permesso di soggiorno (ad esempio, quello CE per i lungo-soggiornanti) o su determinati *status* (straniero comunitario e rispettivi familiari, beneficiari di protezione sussidiaria, titolari di Carta blu, etc.) che invece sono attualmente richiesti dalla l. n. 97/2013 per l’accesso degli stranieri al pubblico impiego. Per quanto dunque la Corte non escluda espressamente la legittimità di tali distinzioni, sarebbe difficile immaginare un domani eventuali decisioni che richiamino tale pronunzia per legittimare una sorta di *distinguishing*.

Sotto tale profilo, deve dunque ritenersi ampiamente smentita anche l’interpretazione adeguatrice operata dal Tribunale di Milano (e dalla stessa Corte d’Appello), non solo perché ritenuta preclusa dal vincolo insuperabile costituito dal tenore testuale della normativa, ma anche perché, in esito a tale lettura costituzionalmente conforme, il giudice di prime cure aveva ritenuto di dover ordinare all’amministrazione procedente la correzione del bando per consentire l’accesso degli stranieri residenti in maniera non solo *regolare* ma anche *stabile*. Insomma, sotto tale profilo, come accade con il buon vino divenuto aceto, *quell’interpretazione costituzionalmente conforme si è rivelata infine... illegittima*.

7. Un’opinione concorrente: la funzione inclusiva del nuovo servizio civile nazionale e l’”adesione” – non obiezione – di coscienza

Il ragionamento condotto dalla Corte costituzionale potrebbe trovare sostegno anche in un’ulteriore – e lo riconosciamo: non ortodossa – argomentazione che parte dall’analisi della pregressa giurisprudenza sull’obiezione di coscienza, cui originariamente era legato l’istituto del servizio civile nazionale⁶⁹.

⁶⁹ Sulla libertà di coscienza, fra i contributi monografici, v. almeno S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli 1986; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli 1992; G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano 2000; A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, Torino 2008; S. VIOLI, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell’esperienza occidentale*, Torino 2009; D. PARIS, *L’obiezione di coscienza. Studio sull’ammissibilità di un’eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze 2011; L. MUSSELLI-C.B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione*

Sul punto si può prendere le mosse dalla sent. n. 467/1991, nella quale la Corte ebbe modo di affermare che la sfera della coscienza individuale rappresenta nel suo nucleo essenziale un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dell'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili. Ora, se l'etica del singolo può giustificare l'esenzione da insuperabili doveri costituzionali, *a fortiori* dovrebbero rilevare scelte assiologiche di adesione al quadro dell'etica pubblica costituzionale, al fine di *non escludere* gli stranieri dalle forme spontanee di *esercizio* di quei doveri. Non si vede, infatti, perché giustificare per motivi di coscienza la *limitazione di doveri costituzionali* e non legittimare invece, per motivi non dissimili, *la libera assunzione degli stessi* anche attraverso specifiche forme previste dal legislatore.

Potrebbe però dirsi che la differenza c'è e si vede. Così, non solo l'accesso al servizio civile non è più legato ad un'obiezione di coscienza⁷⁰, ma gli ulteriori casi in cui quest'ultima rimane consentita dalla legge (si pensi alla P.M.A, all'interruzione volontaria della gravidanza ed alle sperimentazioni sugli animali) presuppongono conflitti suscettibili di minare la coesione sociale e sono funzionali al mantenimento dell'unità del corpo sociale attraverso la garanzia della dimensione pluralistica e del valore della *differenza*⁷¹. Nella prestazione del servizio civile nazionale invece emergerebbe con maggiore immediatezza la diversa logica dell'*appartenenza* e della *partecipazione* o, se si vuole, della *condivisione*.

Il rilievo tuttavia non sembra decisivo. Anzi, per certi versi pare rafforzare la base dell'accostamento.

Innanzitutto, può ricordarsi che in uno Stato costituzionale liberaldemocratico tradizionalmente l'obiezione di coscienza dovrebbe costituire per il singolo un terreno di confine fra la propria etica e la meta-etica pluralistica costituzionale. Nella sua forma pura – e originaria – tale saldatura viene realizzata dal singolo a proprio rischio *contro* le prescrizioni legislative. Quand'anche queste ultime costituiscano forme di attuazione delle disposizioni costituzionali sui doveri inderogabili, il cittadino affronta le conseguenze della sua condotta, *contra legem*, ma non necessariamente *contra Constitutionem*. Si può arrivare addirittura al caso che il rifiuto della legge da individuale diventi collettivo e sia fondato proprio sull'etica pubblica costituzionale: in questo caso non si tratta più di obiezione di coscienza, ma di disobbedienza civile⁷².

di coscienza e giurisprudenza costituzionale, Torino 2014; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli 2014.

⁷⁰ Ovviamente, un istituto diverso è quello previsto dall'articolo 14 del D.lgs. n. 77/2002, che in casi eccezionali previsti dall'articolo 2, comma 1, lettera f), della legge 14 novembre 2000, n. 331 – deliberazione dello stato di guerra ai sensi dell'art. 78 Cost. e grave crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza ad una organizzazione internazionale giustifichi un aumento della consistenza numerica delle Forze armate – “ripristina” il servizio civile regolato dalla legge n. 230 del 1998: *obbligatorio* in quanto sostituito dell'impegno armato e fondato sull'obiezione di coscienza.

⁷¹ In tema, v. ora F. BERTOLINI, *Considerazioni sul diritto all'obiezione di coscienza come strumento di integrazione*, in AA.VV., *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, Napoli 2014, 23 ss.

⁷² Sulla quale v., fra gli altri, M. WALZER, *Obligation: Essays on Disobedience, War and Citizenship*, Cambridge 1970; H. ARENDT, *La disobbedienza civile e altri saggi*, Milano 1985; T. SERRA, *La disobbedienza civi-*

Non mancano peraltro fattispecie di obiezione di coscienza che hanno perso la loro natura *oppositiva* alle scelte del legislatore (si pensi proprio alla possibilità, originariamente non prevista, di *sostituire* il servizio di leva con il servizio civile). Di più, l'accoglimento di tale premessa potrebbe costituire un argine ad un pericoloso *frazionamento* della società cui potrebbe condurre l'eccessiva estensione delle fattispecie di obiezione legislativamente riconosciuta.

Ora, è chiaro che dopo le riforme che hanno inciso sulla natura del servizio civile nazionale, la scelta del singolo di ricorrervi non è più né *oppositiva*, né *sostitutiva*, divenendo piuttosto una forma *spontanea* di esercizio di un dovere attraverso la quale si realizza, con un atto non imposto di *partecipazione*, un dovere inderogabile di solidarietà sociale. In tale prospettiva ben si comprende il riferimento della Corte al servizio civile in termini di "educazione alla cittadinanza". È vero che con tale forma di impegno sociale non si incide immediatamente sull'azione partitica e dunque sulla decisione degli organi di indirizzo politico. Non v'è dunque alcun potere *deliberativo*. Ciò non toglie che siamo ugualmente di fronte ad un'azione massimamente *politica* (in senso lato), in quanto capace comunque di incidere sulla *res publica* attraverso un'azione democratica tipicamente *partecipativa*, la quale presuppone strumenti che consentano di «prendere parte» con altri e in interazione con altri⁷³. Del resto, si è visto come con l'intervento demolitore della Corte si allargano, sia pure indirettamente e sotto tale limitato aspetto, i confini tradizionali e angusti del *demos*. Non v'è certo un'estensione soggettiva della cittadinanza *formale*, quanto e piuttosto l'allargamento del novero dei soggetti cui si consente di ricorrere ad un vero e proprio strumento di cittadinanza *sostanziale* che permette di esercitare un potere peculiare, non attraverso decisioni solitarie, ma, potrebbe dirsi, con un complesso di interazioni "faccia a faccia". Ed è proprio tale essenziale prospettiva relazionale – presente nella democrazia diretta ateniese del V sec. a.C., ma non nella procedura elettiva e referendaria delle moderne democrazie rappresentative – a rendere il servizio civile un prezioso strumento di integrazione degli stranieri, oltre che di sviluppo della loro personalità.

Infine, non si vede perché proprio tale scelta di impegno sociale – che tende ad *unire* e non a *frazionare* – non possa rispondere ad una scelta *di coscienza* e, più in generale, ad un imperativo morale che ugualmente riconnette e salda la sfera etica del singolo a quella dell'etica pubblica costituzionale. L'unica differenza sta nel modo in cui tale armonia si ricompone: non con una *omissione* o *sostituzione* ma attraverso una specifica e volontaria forma di *adesione*. Si tratta dunque di consentire ai singoli non di andare *contra legem* o di fruire della possibilità legislativa di *sostituire* una forma specifica – quella militare – di assolvimento del dovere di difendere la Patria, quanto e piuttosto di poter accedere ad uno stru-

le: una risposta alla crisi della democrazia?, Torino 2000; N. BOBBIO, *Disobbedienza civile*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino 2004, 273 ss.; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano 2008, spec. 347 ss.; A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino 2008, 258 ss.; H.D. THOREAU, *La disobbedienza civile*, Milano 2013.

⁷³ Su tale caratteristica della c.d. democrazia partecipativa, cfr. G. SARTORI, *La democrazia in trenta lezioni*, a cura di L. Foschini, Milano 2008, 24.

mento previsto dal legislatore per l'adempimento volontario di quel dovere, un mezzo finora riservato ai soli cittadini.

È qui che si intravede la peculiare funzione integrativa del nuovo servizio civile nazionale, il cui svolgimento non è semplicemente una conseguenza dell'appartenenza ad una società, quanto un canale strategico attraverso il quale tale appartenenza *si realizza* o *si consolida*. E non è fuori luogo ricordare come l'inclusione nella rappresentanza politica dello Stato liberale costituì per molti sudditi originariamente esclusi la conseguenza della loro partecipazione ad una serie di conflitti armati cui seguirono diverse fasi di estensione del suffragio⁷⁴. Ciò dimostra ancor più che l'"esercizio di un dovere" *insieme agli altri* è già in sé una forma essenziale di integrazione e inclusione, uno strumento che realizza l'eguaglianza *attraverso la progressiva e profonda trasformazione dei rapporti sociali*, inter-personali e impersonali, precludendo a "diritti" con gli altri. Innesca infatti un doppio movimento che spinge il singolo a *percepirsi* e gli altri a *percepirlo* come membro a pieno titolo della società nella quale ha scelto di vivere. Ciò vale a maggior ragione se l'adempimento di tali doveri non viene imposto ma assume forme di spontaneità che attuano il principio di sussidiarietà orizzontale, vero e proprio cardine dei rapporti fra la società civile, da un lato, e gli enti nei quali si riparte la Repubblica, dall'altro.

Del resto, ogni genuina forma di *partecipazione* democratica non può essere eterodiretta, dovendo piuttosto nascere, appunto: spontaneamente e sussidiariamente, *dal basso*. In tal senso, com'è stato affermato, «partecipazione è mettersi in moto *da sé*, non essere messo in moto da altri e mobilitato dall'alto»⁷⁵. E non sembra che nel servizio civile possa intravedersi una forma di solidarietà *eterodiretta*, ancorché ovviamente l'azione del singolo presupponga un intervento dello Stato sotto forma di pubblicazione dei relativi bandi annuali e di predisposizione dell'apparato necessario per rendere possibile lo svolgimento del servizio stesso.

Segnatamente, poi, se la protezione della coscienza del singolo è stata ritenuta dalla giurisprudenza costituzionale un causa legittima di esonero rispetto all'eguale dovere di osservanza dei doveri⁷⁶, sempre nel giudizio di eguaglianza le ragioni legate al servizio civile nazionale ben potrebbero giocare specularmente nel senso di ritenere irragionevole una disparità di trattamento fra cittadini e stranieri nell'accesso ad un istituto legato ai doveri inderogabili di solidarietà, rispetto ai quali i cittadini non hanno una posizione qualificata. Gli stessi doveri spingono dunque verso una lettura evolutiva ed inclusiva dell'art. 52 della Carta.

Ancor più qui – al pari di quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale in materia di obiezione di coscienza al servizio militare – la Corte riconosce espressamente l'esistenza di un diritto in senso stretto all'assolvimento dei doveri inderogabili di solidarietà,

⁷⁴ Tale connessione è colta nel risalente lavoro di F. RUFFINI, *Guerra e riforme costituzionali: suffragio universale, principio maggioritario, elezione proporzionale, rappresentanza organica*, Torino 1920 (ma v. ora i saggi raccolti in Id., *Guerra e dopoguerra. Ordine internazionale e politica della nazionalità*, a cura di A. Frangioni, Soveria Mannelli 2007).

⁷⁵ Così G. SARTORI, *La democrazia*, cit., 20.

⁷⁶ Cfr. F. BERTOLINI, *Considerazioni*, cit., 23 ss.

che, a differenza del vecchio regime, non è il diritto a poter scegliere *come* servire la Patria *in alternativa alla difesa militare* – fermo restando l'obbligo di farlo, a pena di commettere reato – quanto piuttosto un peculiare *diritto di esercitare liberamente un dovere*: un diritto che apre al singolo un'importante “via alla cittadinanza” e gli consente sotto tale aspetto il pieno sviluppo della propria personalità nella misura in cui costituisce uno strumento per dar corpo ai propri imperativi morali all'interno di una relazione eterocentricamente fondata. Se non che, ovviamente, tale situazione giuridica soggettiva non è tanto un diritto al servizio civile – potendo non esservi disponibilità finanziarie tali per consentire a *tutti* i richiedenti la concreta realizzazione del servizio – quanto, piuttosto, un diritto a non subire discriminazioni (anche per motivi di cittadinanza) nell'accesso a tale istituto.

8. La questione non è ancora chiusa? Dal singolare parere del Consiglio di Stato sulla disapplicazione della legge al bando straordinario del 2015...

Pochi giorni dopo il deposito dell'ordinanza di rimessione, su richiesta dell'Ufficio legislativo del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Consiglio di Stato rendeva il parere del 9 ottobre n. 1091/2014. Segnatamente, in vista dell'adozione di due bandi straordinari di Servizio civile nazionale, l'oggetto del parere riguardava la possibilità per l'amministrazione interessata di procedere alla disapplicazione della ricordata norma del decreto legislativo che limitava l'accesso civile ai cittadini italiani per contrasto, fra l'altro, con la normativa comunitaria.

La questione involgeva dunque, prima ancora del rapporto fra atti amministrativi e diritto comunitario⁷⁷, le condizioni stesse di disapplicazione della legge in presenza di un contrasto con le fonti dell'Unione Europea direttamente applicabili (o le norme dotate di effetto diretto)⁷⁸. E sulla stessa erano state peraltro avviate due procedure di pre-infrazione, rilevando la Commissione Europea la non conformità al diritto Ue dell'esclusione sia dei cittadini comunitari e dei loro familiari che dei cittadini extracomunitari lungo-soggiornanti e dei beneficiari di protezione internazionale. A conclusione diversa perveniva invece il Dipartimento della gioventù e del servizio civile nazionale che con nota n. 0000866 del 13.01.2014 riteneva legittima l'esclusione identificando la difesa della Patria con quella delle Forze armate e considerando comunque il servizio civile nazionale non assimilabile ad un rapporto di lavoro cui si riferiscono le direttive europee considerate dalla Corte di giustizia.

La prima direttrice su cui si muoveva il parere del Consiglio di Stato riguardava l'evoluzione della normativa sul servizio civile – divenuto oramai un istituto a base volontaria

⁷⁷ Sul regime dell'atto amministrativo *anti-comunitario* – ovvero adottato in violazione delle fonti UE, ancorché forse tale locuzione, in voga fra gli studiosi del diritto amministrativo andrebbe riservata alla violazione dei *fondamenti* dell'Unione (principi generali dei Trattati) – cfr. fra i molti R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giustamm.it* (2003); N. PIGNATELLI, *L'illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 4/2008, 3635 ss.; D. DE CAROLIS, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, Milano 2009, 1030 ss.

⁷⁸ In tema, v. per tutti C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Padova 2008, spec. 125 ss.

dalle finalità più ampie – e del concetto stesso di difesa della Patria che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, deve ritenersi realizzabile anche nella forma dell’impegno non armato e, segnatamente, attraverso il servizio civile che costituisce adempimento del dovere di solidarietà e del dovere di concorrere al progresso materiale e spirituale della società.

In secondo luogo, si affermava che il servizio civile, pur non costituendo un rapporto di lavoro (come specificato dalla stessa normativa in materia), nondimeno costituisce un’esperienza riconducibile alla materia della formazione professionale, analogamente al tirocinio. Tale qualificazione si armonizzava poi con quanto ritenuto dagli uffici della Commissione europea – secondo cui trattasi di attività di istruzione e formazione connessa all’occupazione – e consentiva al supremo giudice di recuperare la forza parametrica del diritto comunitario. Senonché, la ricostruzione del Consiglio di Stato era chiaramente fuori asse rispetto alla stessa giurisprudenza costituzionale citata nel parere, dalla quale risulta invece che la legge n. 64/2001 non affida allo Stato l’istruzione e la formazione professionale neppure nella misura in cui chiama il primo a determinare gli *standard* dei crediti formativi spettanti ai soggetti che, ai fini del compimento di periodi obbligatori di pratica professionale o di specializzazione, aspirano al conseguimento delle abilitazioni richieste per l’esercizio delle professioni (cfr. sentt. nn. 228/2004 e 431/2005)⁷⁹. Peraltro, il supremo giudice amministrativo non spiegava affatto perché, trattandosi, come sostenuto, di “formazione professionale”, la materia non dovesse considerarsi oramai transitata nella potestà residuale regionale. In mancanza di qualsivoglia argomentazione sul punto, sembrava dunque che in modo contraddittorio il Consiglio di Stato ritenesse comunque ferma la potestà esclusiva statale in tale ambito normativo, secondo quanto del resto stabilito dalla Consulta nella ricordata sent. n. 228/2004, nella quale la disciplina del servizio civile è stata ricondotta alla materia “difesa”.

Infine, il Consiglio di Stato riteneva impossibile operare un’interpretazione adeguatrice del termine “cittadini” utilizzato dal legislatore nel D.Lgs. n. 77/2002. Anche qui, insomma, analogamente a quanto già ritenuto dalla Cassazione e, successivamente al parere, dalla stessa Consulta nella sentenza n. 119/2015, il tenore testuale avrebbe reso impercorribile un’opzione ermeneutica aperta alle norme costituzionali ed alla stessa normativa comunitaria. Tuttavia, la conseguenza cui perveniva il giudice amministrativo non era diversa negli esiti concreti *rispetto ai risultati di una lettura costituzionalmente conforme*. Difatti, «nelle more dell’auspicabile e sollecito adeguamento della normativa» già preannunciato dal Ministero interpellante, per Palazzo Spada «occorre che il Dipartimento della gioventù del servizio civile nazionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell’emanare i due bandi straordinari indicati in premessa, disapplicando l’articolo 3, comma 1, del d.lgs. n. 77 del 2002, consenta

⁷⁹ Può leggersi infatti nella citata sent. n. 431/2005 che, di conseguenza, «l’incentivazione del servizio civile nazionale attraverso la previsione di crediti formativi per la formazione universitaria e professionale rientra nell’organizzazione unitaria del servizio civile nazionale, come tale eccedente la competenza provinciale e di esclusiva spettanza dello Stato». Con la stessa sentenza la Corte dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 1, lettera a), della legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 7 del 2004, nella parte in cui demandava ad un regolamento di esecuzione la disciplina, tra i benefici previsti a favore dei volontari del servizio civile nazionale, anche dei crediti formativi per la formazione universitaria e professionale.

anche ai cittadini stranieri di accedere al servizio civile». Insomma, cambiava la tecnica – visto che formalmente (e quasi ipocritamente) non si pretendeva di stravolgere il testo legislativo – ma non l'effetto pratico (non meno dirompente). In breve, anziché forzare l'univoco tenore testuale della disposizione, quest'ultima stessa cessava di essere il parametro di riferimento dell'amministrazione.

Peraltro, la conclusione del Consiglio di Stato trascendeva gli stessi rapporti fra fonti interne e fonti comunitarie, atteso che l'apertura auspicata non riguardava solo i cittadini Ue o le altre categorie previste dalla normativa dell'Unione. A voler leggere fra le righe, dunque, quella prospettata era una singolare disapplicazione della legge – prima ancora che per violazione del diritto comunitario⁸⁰ – innanzitutto ed in modo assorbente per contrasto con il parametro costituzionale richiamato nel parere reso (ovvero: gli artt. 2, 4 e 52 Cost.). Portando dunque alle estreme conseguenze la qualificazione della Costituzione come vera e propria *law*, legge (s'intende: "superiore"), nella sostanza il Consiglio di Stato consigliava all'amministrazione di utilizzare la Carta quale fonte non solo rilevante ma *immediatamente decisiva* per la propria azione, sia pure solo *in negativo*, ovvero con l'effetto di impedire l'applicazione della norma di legge asseritamente incostituzionale (in questo caso per il requisito della cittadinanza)⁸¹. Certo, ove l'amministrazione, nell'adottare il nuovo bando, avesse riproposto il requisito della cittadinanza italiana, è chiaro che la decisione sugli eventuali ricorsi avrebbe potuto seguire sentieri diversi, a seconda delle circostanze di fatto e delle valutazioni di diritto dei giudici chiamati a pronunciarsi⁸². Nel frattempo, però veniva adottata la

⁸⁰ Peraltro, anche sotto quest'ultimo aspetto, F. DAL CANTO, *Il servizio civile nazionale e gli stranieri, tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2014, III, 707 ss., esprime serie perplessità sulla soluzione della disapplicazione per violazione del diritto comunitario prospettata – ed «assai poco argomentata» – dal Consiglio di Stato, se non altro perché si può dubitare della possibilità di considerare norme ad effetto diretto gli articoli del TFUE (artt. 18 e 24) e delle direttive (2004/38/CE - 5832/13/HOME) implicati nella procedura di pre-infrazione e richiamati dal Consiglio di Stato. Com'è noto, la necessaria disapplicazione della legge da parte della Pubblica Amministrazione per contrasto con il diritto comunitario risulta chiaramente stabilita dalla Corte di Giustizia soprattutto a partire dalle sentenze *F.lli Costanzo* del 22 giugno 1989 (causa C-103/88) e *Larsy* del 28 giugno 2001 (causa C-118/00). E, a seguito della sentenza *F.lli Costanzo*, la Consulta, richiamando la propria decisione n. 170/1984 relativa al contrasto di una fonte interna con un atto comunitario direttamente applicabile, affermava nella pronuncia n. 389/89 che «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato C.E.E. nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia europea».

⁸¹ Ed in conformità ad una risalente tesi – rimasta tuttavia minoritaria – secondo cui quest'ultima sarebbe obbligata a disapplicare la legge ritenuta incostituzionale: cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano 1967 (ed. provv.), seguito da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, cit., 250 ss. Sui rapporti fra interpretazione costituzionalmente conforme e disapplicazione della legge nell'azione della P.A. v., fra gli altri, M. MAGRI, *La legalità*, cit., spec. 169 ss.

⁸² In particolare, se il ricorrente fosse stato un cittadino comunitario o uno straniero extracomunitario appartenente alle ricordate categorie che godono di un particolare *status* nel diritto europeo il giudice avrebbe dovuto valutare innanzitutto la *pertinenza* della normativa europea in materia (e in particolare l'eventuale riconduzione del servizio civile alla materia "formazione professionale"). In caso di esito positivo, il giudice avrebbe dovuto disapplicare la legge interna in presenza di un contrasto con una fonte comunitaria direttamente applicabile (o nor-

sentenza n. 119/2015 e, solo parecchi mesi dopo, emanato il bando straordinario per l'avvio di 985 volontari complessivi al servizio civile (1° Luglio).

Inspiegabilmente, nel nuovo bando il requisito della cittadinanza italiana veniva "sostituito" con quello della cittadinanza comunitaria e si apriva altresì l'accesso a sole quattro categorie di stranieri extracomunitari⁸³, allo stesso tempo però implicitamente "chiudendo" alle altre categorie di stranieri.

Innanzitutto, sembrava che l'amministrazione avesse deciso – discostandosi dal parere del Consiglio di Stato – non tanto di disapplicare tout court il frammento normativo relativo al requisito della cittadinanza italiana, quanto, piuttosto, di estendere al servizio civile nazionale (le norme comunitarie citate nel parere e) la norma della l. europea n. 97/2013 relativa all'accesso all'impiego pubblico, nonostante peraltro la giurisprudenza costituzionale avesse reciso il nesso fra attività lavorativa/formazione professionale e servizio civile nazionale. Non v'era dunque una disapplicazione della legge, quanto piuttosto l'applicazione diretta delle norme comunitarie e della legge europea.

In secondo luogo, ciò che più conta, il bando non teneva in alcuna considerazione la sentenza costituzionale, nella quale l'apertura dell'accesso al servizio civile non risulta limitata ai soli cittadini comunitari o alle categorie di extracomunitari previste dalla normativa UE⁸⁴. V'era dunque, allo stesso tempo, una violazione della legge sul servizio civile – così come "ritoccata" dalla sentenza riduttiva della Corte, che incide direttamente sulla disposizione (c.d. *riduttiva testuale*) – e del giudicato costituzionale. Di conseguenza, il giudice avrebbe potuto tranquillamente procedere *comunque* all'annullamento (giudice amministrativo) o alla disapplicazione (giudice ordinario) del bando, senza chiamare più in causa la Consulta.

Di qui, a seguito della richiesta dell'ASGI, l'amministrazione ha provveduto alle opportune rettifiche dopo aver richiesto apposito parere all'Avvocatura dello Stato. Per quest'ultima, «alla luce dei principi desumibili dal recente pronunciamento della Corte costituzionale che, come si è visto, pone come requisito di accesso al servizio civile la sola "regolarità" del soggiorno, con esclusione della sua "stabilità" richiesta invece per l'accesso al lavoro (...*omissis*...) il bando per la selezione dei volontari in oggetto debba essere modificato in conformità dei principi sopra enunciati». Nel parere, reso il 20 Luglio, si afferma dunque la

ma ad effetto diretto) e, conseguentemente, annullare (giudice amministrativo) o disapplicare (giudice ordinario) il bando. Nel caso invece di una fonte comunitaria (ritenuta) *non self executing*, il giudice non avrebbe avuto altra strada che rimettere la questione alla Consulta al fine di ottenere l'annullamento della legge. Il giudizio incidentale sarebbe stato infine l'unica via da percorrere in presenza di ricorrenti stranieri extracomunitari non rientranti nelle categorie ricordate. Sui rapporti fra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale v. per tutti N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino 2008, spec. 19 ss.

⁸³ In particolare, ai: 1) familiari dei cittadini dell'Unione europea non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente; 2) titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo; 3) titolari di permesso di soggiorno per asilo; 4) titolari di permesso per protezione sussidiaria.

⁸⁴ Si trattava dunque, chiaramente, di un caso diverso da quello in cui la P.A. decide di intervenire in autotutela per annullare un atto adottato *prima* della pronuncia di incostituzionalità della legge su cui l'atto stesso si fondava.

condivisibile lettura “integrata” della decisione costituzionale, recuperandosi quel requisito di “regolarità” – semplice e non rafforzata dal possesso di un certo tipo di permesso di soggiorno e/o dalla residenza prolungata – che, invero, compare solo nella motivazione – e non nel dispositivo – della pronunzia costituzionale.

Così, con la conseguente rettifica del 23 luglio, l’attuale art. 3 del bando si riferisce ora a due categorie: a) cittadini dell’Unione europea; b) cittadini non comunitari regolarmente soggiornanti.

9. (segue): ... fino al recente progetto di legge in materia

Alla luce dell’evoluzione fin qui descritta, ci si può infine soffermare brevemente sul nuovo progetto di legge delega sul servizio civile nazionale approvato dalla Camera il 9 aprile 2015 ed ora all’esame del Senato (S 1870)⁸⁵. Non v’è dubbio che – già prima della decisione della Corte – l’intenzione del Governo sembrava quella di aprire ai cittadini stranieri, così come del resto espressamente affermato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella richiesta del parere al Consiglio di Stato. Ed i successivi sviluppi renderebbero oramai difficile un ritorno indietro del legislatore.

Tuttavia, allo stato dell’arte, nel progetto di legge delega non v’è chiarezza sul punto. Anzi, l’art. 8 stabilisce che un decreto legislativo dovrà riformare la materia nel rispetto dell’art. 1 della l. n. 64/2001 – confermando dunque la natura multifunzionale del nuovo servizio civile – e dei principi e criteri direttivi indicati dalla nuova delega, fra i quali si segnala la previsione di «un meccanismo di programmazione, di norma triennale, dei contingenti di giovani di età compresa tra 18 e 28 anni che possono essere ammessi al servizio civile universale tramite bando pubblico e di procedure di selezione e avvio dei giovani improntate a principi di semplificazione, trasparenza e non discriminazione».

Sul fronte del divieto di discriminazione, la formula si presenta così generica da poter essere accostata a quella della legge n. 64/2001, ancorché in quest’ultima si aggiungesse l’espresso riferimento all’eguale diritto di accesso di uomini e donne. Di tale disposto, come già ricordato, la Corte costituzionale aveva fornito un’interpretazione che ne ha limitato il campo di applicazione alla discriminazione di genere. Certo, si dovrebbe ritenere che nel nuovo contesto – ora caratterizzato dalla decisione costituzionale di accoglimento – la disposizione della nuova, futura legge delega dovrà essere letta in modo più ampio, fino a ricomprendervi un divieto di discriminazione per motivi di cittadinanza. Rimane tuttavia ugualmente auspicabile che l’attuale progetto venga approvato dal Senato con modifiche volte ad individuare chiari criteri direttivi sui requisiti richiesti, trascrivendo il dictum della sentenza della Consulta, alla luce anche delle condivisibili indicazioni fornite dalla stessa Avvocatura dello Stato.

⁸⁵ In realtà, l’oggetto della normativa è assai più ampio, trattandosi di una «Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale».

In caso contrario, si potrebbe pure immaginare, prima ancora dell'approvazione del D.Lgs. – che dovrebbe avvenire entro un anno dall'entrata in vigore della legge delega – l'attivazione di un giudizio volto all'accertamento costitutivo del proprio diritto, espressamente riconosciuto nella sent. n. 119/2015, all'adempimento dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. In tale giudizio dovrebbe poi essere sollevata questione di legittimità costituzionale sulla legge delega nella parte in cui non estende apertamente agli stranieri regolari l'accesso al servizio civile.

Del resto, una tale apertura risulta armonica anche rispetto a quanto previsto dal nuovo progetto di legge sull'obiettivo dell'istituzione del «servizio civile universale finalizzato, ai sensi degli articoli 52, primo comma, e 11 della Costituzione, *alla difesa dei valori fondativi della patria*, attraverso la realizzazione di esperienze di cittadinanza attiva, di solidarietà e di inclusione sociale» (nostri i c.vi).

Come può notarsi, si assiste complessivamente ad una “oggettivizzazione” del concetto di *patria* da difendere attraverso il servizio civile: da soggetto astratto dai connotati potenzialmente nazionalistici a quadro concreto di valori fondativi del vivere comune. Nella direzione indicata dalla Corte – ed accolta dal nuovo disegno di legge delega – il servizio civile diviene dunque, in conformità alle stesse indicazioni della Consulta, un'esperienza di cittadinanza e di solidarietà funzionale ad un processo di *inclusione* sociale non estemporaneo ma fondato su una forma qualificata ed organizzata di contributo alla crescita della comunità.

Spetta ora al legislatore l'ulteriore e indifferibile compito di adeguare in modo chiaro la nuova riforma del servizio civile all'apertura finalmente realizzata dalla giurisprudenza costituzionale.