



3 LUGLIO 2019

Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali

di Sandro Staiano

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II



Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*

di Sandro Staiano

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Decisioni sull'accesso ed espansione del ruolo della Corte costituzionale. 2. Sentenza n. 13 del 2019: la dommatica degli interstizi. 3. La sentenza n. 18 del 2019: pensare decontestualizzando. 4. L'ordinanza n. 17 del 2019: “zone franche” proprie e improprie tra Corte e Parlamento. 5. La sent. n. 20 del 2019: quanto pesa un *obiter* e come lo si rimodula. 6. Nuovi strumenti di controllo sull'accesso e mutamento di funzione della Corte costituzionale.

1. Decisioni sull'accesso ed espansione del ruolo della Corte costituzionale

Le più recenti decisioni della Corte costituzionale di particolare rilevanza quanto al tema dell'accesso vanno collocate nello scenario in cui è nitida una linea di recessione del campo della decisione politica e di espansione della giurisdizione, espansione che si compie sia con la produzione giurisprudenziale della norma sia con il ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico.

In questo quadro di sistema, anche la Corte, come tendenzialmente ogni altro giudice, opera – ora secondo consolidate modalità, ora forgiando nuovi strumenti e nuove tecniche discorsive – attraverso un'attrazione selettiva nel campo della giurisdizione. L'attrazione è del giudice costituzionale verso se stesso, e curando sempre di conservare il governo del *quantum* possa spettare ai giudici comuni (la linea di demarcazione più sensibile è con le giurisdizioni superiori di legittimità), e di controllare il grado di porosità dei confini con le giurisdizioni sovranazionali europee, della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte costituzionale conforma la propria strumentazione concettuale secondo un criterio di elevata elasticità, sicché il *revirement* è evento estremo e raro, potendo quasi sempre addursi una linea di continuità, per quanto difficile da comprovare e spesso segnata da aporie non del tutto occultabili con retoriche di coerenza.

L'*obiter* è lo strumento per “testare” la praticabilità di un approccio a questioni complesse per i soggetti e le relazioni ordinamentali coinvolte.

Si fa ricorso a categorie indistinte e concettualmente aperte, che si prestano a un impiego empirizzante.

* Introduzione al Convegno “*Recenti tendenze in tema di accesso al giudizio costituzionale*”, organizzato da *federalismi* e svoltosi a Roma, il 22 maggio 2019.

L'approccio ricostruttivo alle relazioni ordinamentali è il più adatto a ricercare le “zone” in cui i confini trascolorano, i poteri si sovrappongono, le definizioni perdono compattezza e capacità prescrittiva, per ridursi a descrivere processi fluidi da assecondare nella loro fattualità (non irresistibile, forse, ma certo non resistita).

2. Sentenza n. 13 del 2019: la dommatica degli interstizi

Conformemente a tale stato delle cose, con la sentenza n. 13 del 2019, che ha negato il carattere di giudice *a quo* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la Corte colloca l'«operazione ermeneutica» intesa a identificare le nozioni di «giudice» e di «giudizio», per compiere una distinzione di campo e di soggetti rispetto all'amministrazione, «negli interstizi» delle categorie dell'amministrazione e della giurisdizione, nella «zona grigia» – afferma la Corte – «alimentata dai concorrenti e inversi fenomeni della “giurisdizionalizzazione” dell'amministrazione e della “amministrativizzazione” della giurisdizione». In tali «interstizi» si può perseguire l'«obiettivo di consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità».

L'andamento «interstiziale» dell'argomentazione e la collocazione «negli interstizi» delle categorie consente alla Corte di non prendere campo in ordine a una linea di demarcazione dotata di qualche certezza tra giurisdizione (nell'ambito della quale l'accesso al giudice della legittimità costituzionale sia consentito) e amministrazione (nell'ambito della quale l'accesso sia escluso).

Certo, non avrebbe senso pretendere dalla Corte il perseguimento dell'impresa titanica di individuare il *proprium* della giurisdizione come *proprium* del sillogismo giudiziario nell'universo delle inferenze praticate da ogni soggetto applicatore del diritto, essendo stata dismessa – a concedere che taluno l'abbia veramente mai nutrita in purezza – l'idea che l'attività giurisdizionale sia mera sussunzione del fatto nella norma. Ma se l'obiettivo della Corte fosse quello di definire una linea di demarcazione accettabilmente sicura tra amministrazione e giurisdizione, una via da seguire si potrebbe rinvenire, e sarebbe quella di collocare atti e procedimenti ciascuno nel proprio contesto ordinamentale. Sarebbe così possibile dissipare alcuni equivoci terminologici – per impropria assimilazione del significato di lemmi identici – dai quali si traggono affrettatamente la corrispondenza funzionale e la identità di *designatum*.

Invero, per definire la posizione dell'AGCoM sono state adoperate locuzioni tratte dal lessico della giurisdizione: «terzietà», «contraddittorio», «parità delle armi». Ma ciò non può valere a far ritenere giurisdizionale – o «paragiurisdizionale», come usava dire con una facile scorciatoia lessicale, concettualmente assai poco significativa – la funzione dell'AGCoM. Nel contesto amministrativo in cui essa opera, quella «terzietà» si manifesta nei confronti degli operatori economici del mercato, e quel «contraddittorio nella parità delle armi» è contraddittorio economico paritario nel mercato (cfr. M.

D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in AA.VV., *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di A. D'Alberti e A. Pajno, Bologna 2010, 14). Nel procedimento amministrativo – che tale rimane, senza mai divenire processo giurisdizionale – l'AGCoM resta *indipendente*, per il modo stesso in cui svolge le sue funzioni, ma non diviene *terza* allo stesso modo in cui lo è il giudice.

Ed è per questo che il *procedimento* che si svolge davanti a essa non è *processo*; e l'intervento dei soggetti coinvolti è partecipazione al procedimento, non è giocare il ruolo di parte in una sequenza processuale. Se la Corte compisse tale opera di «contestualizzazione» potrebbe uscire di «zona grigia», e mettere a fuoco il confine, piuttosto che affaticarsi nell'interstizio. Ma essa si muove in questa direzione solo parzialmente, o almeno in modo non del tutto nitido: esclude la «terzietà» dell'AGCoM, mettendo dunque in campo l'argomento decisivo per escludere il carattere giurisdizionale del soggetto. E tuttavia la terzietà viene declinata, con riferimento alla giurisprudenza pregressa della stessa Corte, come «estraneità alla situazione sostanziale e all'interesse dedotto», e come «mancanza di interesse alla causa da decidere», senza considerare adeguatamente che tale «estraneità» rispetto alla situazione sostanziale che coinvolge i soggetti economici sussiste di certo anche per l'AGCoM, in ciò consistendo la sua «indipendenza». Andrebbe infatti rilevata la non coincidenza concettuale tra l'estraneità-indipendenza dell'AGCoM (che talvolta è liberamente denominata anch'essa «terzietà») e l'estraneità-terzietà del giudice: il contesto, appunto, muta il concetto evocato dal lemma.

E tale non coincidenza è nella *diversità di modo* in cui i rapporti sostanziali che hanno occasionato il conflitto trovano rispettivamente campo nel procedimento innanzi all'AGCoM e nel procedimento giurisdizionale. Nel primo, i rapporti sostanziali in conflitto vengono *proiettati* nel procedimento che l'AGCoM amministra e regola, con lo scopo di arbitrarli; e l'AGCoM è allo stesso tempo garante dei rapporti sostanziali in conflitto e decisore nel procedimento in cui se ne determinano composizione e prevalenza. Nel secondo tale *proiezione* non avviene, o almeno non avviene allo stesso modo, poiché, anche a valorizzare il nesso di strumentalità tra processo e diritti sostanziali, il giudice è terzo (in senso processuale), cioè nel senso che, a differenza di quanto avviene per l'AGCoM, egli non *amministra* quei diritti sostanziali, quale che sia la funzione cui è chiamato, anche di garanzia. Ché, se lo facesse, non sarebbe giudice; e non potrebbe definirsi processo la sequenza di atti che si svolge innanzi a lui.

Questa irriducibile diversità, diversità di natura, che la Corte non perviene a enunciare con nitidezza. Il resto è sintomo: è sintomo l'impugnabilità delle determinazioni dell'AGCoM innanzi al giudice amministrativo; sintomo la possibilità di costituirsi come parte in tali giudizi; sintomo la facoltà di ricorrere innanzi al giudice amministrativo avverso atti di qualsiasi amministrazione concepiti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Elementi solo “sintomali” del carattere *generale* di non giurisdizionalità dell’AGCoM; ma non tali da escludere che la medesima autorità possa essere ritenuta, in certe circostanze liberamente apprezzabili dalla Corte, giurisdizionale «a limitati fini».

Se, invece, si ravvisasse l’estraneità per natura – si starebbe per dire: ontologica – delle funzioni dell’AGCoM alla giurisdizione, la si dovrebbe ritenere sempre e senza deroghe ad alcun «fine».

E sarebbe precluso evocare una figura, la pervicacia della propensione all’impiego della quale è pari solo alla sua debolezza teorica: la «zona franca»; o l’altra figura, contigua ma distinta, e ancora più incerta, e suscettibile di ancora più rischiose applicazioni: la «zona d’ombra», da illuminare, rilevata quando senza dilatare l’accesso il controllo costituzionale sarebbe «estremamente difficile» o «più difficile» o persino «poco agevole».

3. La sentenza n. 18 del 2019: pensare decontestualizzando

La linea argomentativa seguita dalla Corte nella decisione che nega carattere giurisdizionale all’AGCoM si consolida come stilema nella sent. n. 18 del 2019: il nodo della contestualizzazione delle funzioni, giurisdizionali o amministrative, evocato ma non sciolto nella decisione precedente, non è più affrontato. L’attività delle Sezioni regionali di controllo delle Sezioni regionali della Corte dei conti viene ritenuta di tipo giurisdizionale perché si risolve «nel valutare la conformità degli atti alle norme del diritto oggettivo ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico», cioè nel «controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato ... preordinato a tutela del diritto oggettivo». Quest’attività – per propria intrinseca natura – è giurisdizionale; ed è consequenzialmente giurisdizionale, per lo statuto ontologico dell’attività che svolge, l’organo cui essa è commessa.

Ma il criterio è generico e l’argomento su di esso fondato tende a provare troppo, poiché ogni volta che a un organo di controllo – tale qualificato dalla legge – fosse commessa un’attività di controllo – anch’essa tale qualificata dalla legge – configurabile come stretta verifica di conformità/differenza rispetto alle «norme del diritto oggettivo», per ciò stesso esso sarebbe “giudice”, con un effetto di dilatazione illimitata della categoria. Laddove, nel sistema normativo, a partire dal testo della Costituzione (nella specie, art. 100, c. 2 e 103, c. 2), giurisdizione e controllo di legittimità sono distinti, e distinti nella natura e nella funzione sono i procedimenti che si svolgono in ciascun rispettivo alveo: dal che una qualche indicazione a fini ricostruttivi dovrà pur ricavarsi.

Dunque, la proposizione secondo cui un’attività di controllo «neutrale» è intrinsecamente giurisdizionale, ciò rendendo giurisdizionale, almeno «ai limitati fini» dell’accesso alla Corte costituzionale, l’organo cui tale attività spetta, non solo è una falsa apodissi, ma è anche un rovesciamento logico, poiché vale semmai la reciproca: se un organo sicuramente giurisdizionale svolge un’attività intrinsecamente amministrativa,

esso non potrà considerarsi giurisdizionale «limitatamente ai fini» dell'accesso al giudizio di legittimità costituzionale. Essendo sicuramente organo giurisdizionale nel sistema, non potrà essere giudice *a quo*. Insomma, per quanto si voglia argomentare estenuando le categorie, la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo continua ad apparire fondata «su fragili basi teoriche» (G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Diritto pubblico*, n. 2, maggio-agosto 2017, 382 s.).

V'è un passo rivelatore, nella sent. n. 18 del 2019, ove è proposta la distinzione, quanto alla garanzia di legittimità, tra le pronunce di controllo sugli atti e le pronunce di controllo sui bilanci: le prime potendo essere disattese dal Governo mediante il ricorso alla registrazione con riserva, «e dagli stessi giudici delle altre magistrature nei confronti sia degli atti che hanno ottenuto la registrazione, sia delle situazioni generate dal diniego di visto»; gli accertamenti di legittimità sui bilanci facendo invece stato «nei confronti delle parti, una volta decorsi i termini di impugnazione del provvedimento davanti alla Corte dei conti, sezioni riunite in speciale composizione». Sicché – si intende affermare – l'atto di controllo sulla legittimità del bilancio (nella specie da parte delle Sezioni regionali) è decisione giurisdizionale, suscettibile di «passare in giudicato» per decorrenza dei termini di impugnazione in secondo grado. Ecco perché – afferma la Corte costituzionale – il controllo di legittimità-regolarità sui bilanci «si avvicina» (ecco nuovamente l'interstizio) al sindacato giurisdizionale.

Ora, v'è da chiedersi se tale ricostruzione sia davvero necessitata.

Nulla esclude, invero, che l'atto di controllo possa essere ritenuto, non “sentenza”, ma determinazione amministrativa, suscettibile di gravame in sede giurisdizionale davanti alla Corte dei conti, sezioni riunite in speciale composizione (e nel corso di tale giudizio potrebbe darsi accesso alla Corte costituzionale, in piena conformità al sistema).

Vero è che, con la sent. n. 406 del 1989, la Corte costituzionale auspicava che «quando l'accesso al suo sindacato sia reso poco agevole in relazione ai profili attinenti all'osservanza di norme poste a tutela della sana gestione finanziaria e degli equilibri di bilancio, i meccanismi di accesso debbono essere arricchiti». Ma quello pareva un “monito” al legislatore; l'auspicio di un intervento riformatore in sede di decisione politica. Ora, invece, il giudice costituzionale soggiunge: «La Corte dei conti è la sede più adatta a far valere quei profili, e ciò in ragione della peculiare natura dei suoi compiti, essenzialmente finalizzati alla verifica della gestione *secundum legem* delle risorse finanziarie». Un «arricchimento» delle fattispecie di accesso, prima ritenuto nel campo della decisione politica sul modello di giurisdizione costituzionale, ora viene assegnato alla formazione giurisprudenziale, attraverso la dilatazione, fino alla nebulosità, della categoria dell'atto giurisdizionale.

Anche in questa decisione, la linea argomentativa si conchiude con il riferimento alla necessità di contrastare il formarsi di una “zona franca” dal giudizio di costituzionalità.

4. L’ordinanza n. 17 del 2019: “zone franche” proprie e improprie tra Corte e Parlamento

E proprio nell’ordito concettuale intessuto dalla Corte a partire dall’identificazione delle “zone franche” (da sopprimere, per l’affermazione del principio di legittimità costituzionale), l’ordinanza n. 17 del 2019 tocca un punto altamente sensibile.

Nei rapporti tra Corte e Parlamento, invero, può davvero parlarsi di “zone franche”, se per “zona franca” non si intende – come non deve intendersi – un campo escluso dalla giurisdizione costituzionale in ragione del modello di accesso disegnato dalle leggi costituzionali e ordinarie che a tale disegno hanno dato attuazione: in tali casi, non si tratta di esclusione impropria del potere della Corte, ma di legittima limitazione di quel potere. Invero, in senso proprio, “zona franca”, da pervadere con l’estensione effettiva della giurisdizione costituzionale, è propriamente un campo escluso da tale giurisdizione in forza di espedienti preclusivi.

Ora, tali “zone franche” in senso proprio – l’unico senso che rende accettabile la locuzione – si sono prodotte appunto in ambito parlamentare. E, per paradosso, proprio per opera della Corte: a partire dalla giurisprudenza, mai scalfita, sulla insindacabilità dei regolamenti parlamentari con lo strumento del giudizio incidentale sulle leggi, non essendosi mai la Corte orientata a fare applicazione nella specie della figura dell’interposizione normativa, che pure l’ha condotta a rimarchevoli espansioni della propria giurisdizione; e nella quale ha declinato piuttosto genericamente il principio di autonomia e pariordinazione degli organi costituzionali (suggerendo semmai, con la sent. n. 120 del 2014, la via del conflitto di attribuzioni, a tutela degli implicati interessi costituzionalmente protetti; via che, però, come può ancor meglio ora constatarsi, è stata, a sua volta, resa difficilmente praticabile: cfr. sent. n. 262 del 2017).

Infatti, a conferma, nell’ord. n. 17 del 2019 di roveli (o almeno di roveli esplicitati) intorno al tema delle zone franche non se ne ravvisano. E, per ritrarsi, la Corte si deve attestare su una preclusione formale, come quella derivante dall’addotta carenza della «necessaria indicazione delle modalità nelle quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte costituzionale» (laddove il ricorso depositato presso la cancelleria della Corte reca la sottoscrizione del «capogruppo e legale rappresentante pro tempore» del gruppo medesimo ed è direttamente sottoscritto da un numero di componenti che eccede la maggioranza assoluta). Orientamento che – in contrasto con la “tradizione” di dichiarato *self restraint* – appare ispirato a spiccata pervasività del giudice costituzionale, poiché il Regolamento del gruppo ricorrente, cui dovrebbe essere affidata la disciplina della fattispecie in forza

dell'ampio rinvio contenuto nel Regolamento del Senato (art. 15, cc. 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater*), nella sua attuale formulazione non prevede un procedimento di abilitazione del Presidente a presentare ricorsi giurisdizionali, ma stabilisce, con disposizione assai larga e clausola residuale, che «il Presidente rappresenta il Gruppo» (art. 5, c. 5, lett. a) e «svolge tutte le altre funzioni previste dal Regolamento del Gruppo, dal Regolamento del Senato e dal Regolamento di contabilità dei gruppi» (art. 5, c. 5, lett. e); mentre, a seguire l'argomentazione dell'ordinanza in esame, dovrebbe ritenersi vincolato a recare norme intese a disciplinarlo, la cui osservanza la Corte stessa sarebbe preposta a verificare. Ma, apprestando questo schermo formale, con argomentazione tanto apodittica, e così evitando di esprimersi sulla legittimazione dei gruppi parlamentari a sollevare conflitto di attribuzione, non si crea forse artificiosamente una “zona franca” in violazione del principio di legittimità costituzionale (nella specie impedendo che abbiano applicazione le norme della Costituzione che danno fondamento ai campi di competenza dei poteri dello Stato)? La risposta dovrebbe essere positiva, salvo ritenere che la categoria “zona franca” possa essere evocata (anche impropriamente) solo quando sia in gioco un'espansione della competenza della Corte a giudicare della legittimità costituzionale delle leggi. Ma un simile assunto non sarebbe facilmente giustificabile sul piano dommatico.

In realtà, come emerge assai più chiaramente nella parte in cui considera il caso del ricorso del singolo parlamentare, la Corte è stata visibilmente mossa dalla preoccupazione delle conseguenze dirompenti, anche nei rapporti con le istituzioni dell'Unione Europea, che sarebbero derivate dall'inevitabile annullamento della legge di bilancio in seguito all'accoglimento del ricorso per conflitto di attribuzione, dal quale sarebbe conseguito l'esercizio provvisorio (benché una qualche soluzione, per quanto «impervia», sia stata in astratto individuata nella «tempestiva approvazione di una mega-legge di assestamento, al fine di ripristinare i contenuti tipici della legge di bilancio, eventualmente ma non necessariamente accompagnata da un decreto-legge *ad hoc*»: N. LUPPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019, 4).

Quindi la Corte spiega e giustifica sul piano fattuale: la riproduzione della «prassi dei maxi-emendamenti approvati con voto di fiducia» può essere accettata in considerazione della circostanza che «i lavori sono avvenuti sotto la pressione del tempo»; e comunque non è stata «del tutto preclusa una effettiva discussione nelle fasi precedenti su testi confluiti almeno in parte nella versione finale»; insomma il tasso di preclusione e di opacità del deliberato sono accettabili nelle condizioni date.

Tutte proposizioni che, entrando a comporre la linea argomentativa intesa alla dichiarazione di inammissibilità, non potrebbero reggere di per sé il campo se non fossero ricondotte a un criterio elaborato interamente dalla Corte in carenza di qualsiasi fondamento normativo specifico: il singolo parlamentare può essere ammesso al conflitto di attribuzione solo quando «allegghi e comprovi una

sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionale» a lui commessa. Naturalmente sarà solo la Corte medesima, in assenza di parametri eteronomi, a stabilire, di volta in volta, quando e quanto la «negazione» sia «sostanziale» e quando e quanto la «menomazione» sia «evidente». In linea di massima, potrebbe già dirsi, anche alla luce dell'applicazione fattane con la ordinanza in discorso, che il criterio dovrebbe comportare un vaglio stretto, assai difficile da superare; potrebbe già dirsi, se non dovesse attribuirsi il massimo credito alle possibilità creative ulteriori della Corte. Delle quali essa, a sua volta, si mostra ben consapevole, se può indirizzare moniti, e rafforzarli avvertendo che «in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti» (differenti dalla dichiarazione di inammissibilità): il ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia, non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale; i «competenti organi parlamentari» facciano «oggetto di attenzione» gli «effetti problematici» derivanti dalla nuove regole procedurali – nuovo art. 61, c. 3-ter, Reg. Senato – stabilite per la formazione del bilancio («attenzione» intesa a modificarle o a creare una prassi applicativa conforme?).

5. La sent. n. 20 del 2019: quanto pesa un *obiter* e come lo si rimodula

L'*obiter* è quello enunciato dalla sent. n. 269 del 2017, con riferimento ai casi di “doppia pregiudizialità”, per violazione del parametro costituzionale interno e del parametro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione e invalidità del diritto dell'Unione europea ... va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato».

Con la sent. n. 20 del 2019 (e poi anche con la sent. n. 63 dello stesso anno) la Corte dichiara di non modificare tale orientamento, cui fa espresso e testuale richiamo, affermando che esso «va confermato anche nel caso di specie, nel quale principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano ... principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

Ma una vistosa rimodulazione c'è: con l'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, il giudice comune era sollecitato a sollevare dapprima l'incidente di costituzionalità, facendosi salva la possibilità di sollevare successivamente questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia UE solo «per altre ragioni».

Ne era derivata la reazione della Corte di cassazione (Seconda Sezione Civile, Ordinanza interlocutoria n. 3831 del 2018), la quale, pur adeguandosi all'orientamento della Corte costituzionale, la invitava a chiarire se dall'*obiter* dovesse desumersi la limitazione del potere del giudice comune di disapplicare la disposizione legislativa nazionale che abbia superato il vaglio interno di costituzionalità, nel caso di contrasto con il diritto europeo, eventualmente accertato in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, a soli «profili diversi» da quelli esaminati dalla Corte costituzionale. In tal caso – eccepiva la Corte di cassazione – si sarebbe dovuta ritenere l'incompatibilità con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (e richiamava la sentenza *Global Starnet Ltd*, secondo la quale «l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte»; cosicché «l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»).

E ora la Corte costituzionale afferma che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia UE, sulla medesima disciplina vagliata in sede nazionale, «qualsiasi pregiudiziale a loro avviso necessaria», mostrando di voler dar riscontro alle obiezioni.

Ma contestualmente assume la propria competenza a valutare la conformità dei diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo (nella specie, dalla Carta dei diritti fondamentali UE) alle «tradizioni costituzionali comuni» (indeterminate – si deve ritenere – dalla stessa Corte italiana). Ecco, infatti, introdotto un altro *obiter* nel campo in cui si gioca la partita tra le giurisdizioni costituzionale interna, comune nazionale, europee: la Corte deve esprimere la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla giurisprudenza costituzionale, e nel farlo – questo il passaggio rimarchevole nel suo discorso – perseguirà anche lo «scopo di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) ... che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ... ».

Insomma, la questione rimane quella della idiosincrasia della Corte costituzionale per l'orientamento dei giudici comuni a fare diretta disapplicazione delle norme legislative interne ritenute in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali UE in seguito a pronuncia della Corte di giustizia su questione pregiudiziale: una “alleanza”, quella tra giudici comuni e giudice europeo, potenzialmente idonea a togliere ruolo alla giudice italiano della legittimità costituzionale (e, invero, nella sentenza n. 269 del 2017 era già ravvisato un «richiamo all'ordine per i giudici comuni»: D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 gennaio 2018, 2; a fronte della «vocazione apparentemente irresistibile dei giudici a somministrare tutela immediata ai diritti scavalcando lo stesso giudizio sulle leggi»: G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudizialità” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018, 6).

L'*obiter* in tema di ammissibilità è arma che duttilmente ben si presta a questa guerra di posizione (nella quale – occorre pur dirlo – a risultare compromessa può essere infine la tempestiva tutela dei diritti, per l'intreccio temporalmente assai articolato delle giurisdizioni: tanto, sia pure con qualche cedimento all'iperbole, prospettando il rischio di una *via crucis*, rileva G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019, 6): è formulato in termini generici e non univoci, risultando perciò assoggettabile alla rimodulazione (sicché si può passare senza sussulti dal vincolo a prospettare «nuove ragioni» in sede di pregiudiziale europea alla facoltà di sottoporre a giudizio «qualsiasi questione pregiudiziale»); è indefinito nel significato, per essere espresso in linguaggio generico e atecnico («contribuire per la propria parte», anziché «decidere nella fattispecie», è formula aperta a ogni sviluppo, dovendosi sempre stabilire in che consista il «contributo», e quando e come si possa manifestare, poiché è ormai acquisito che una sentenza della Corte non necessariamente conterrà sempre un comando giuridico riconducibile alla sua funzione tipica, potendosi limitare a prefiguralo, per rinviarlo nel tempo, nella forma di una sorta di “opinione rafforzata”, sicché non si può essere mai del tutto certi, oggi come all'epoca della sentenza n. 269 del 2017, che la Corte abbia veramente inteso «rivendicare una sorta di sindacato accentratore di conformità ai diritti fondamentali, non solo per quel che riguarda la Costituzione italiana, ma anche per la Carta dei diritti fondamentali dell'UE», con ciò ponendosi in contrasto «con i principi dell'Unione Europea», e infine abbia veramente inteso rivendicare un sindacato di conformità alle «tradizioni costituzionali comuni»: cfr. L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 3, 31 gennaio 2018, 6).



Dunque, l'*obiter* sonda le reazioni delle giurisdizioni (talvolta anche della cultura giuridica); prepara soluzioni intermedie e aperte alla rimeditazione; prefigura i termini della competizione tra sedi giurisdizionali nazionali ed europee.

6. Nuovi strumenti di controllo sull'accesso e mutamento di funzione della Corte costituzionale

Nessuno degli strumenti adoperati dalla Corte per dominare l'accesso ai giudizi a essa spettanti in questa fase della sua attività può dirsi "nuovo". Ma, per larghi versi, nuove ne sono le modalità d'uso e l'incisività. E nuovo – tale diventato per l'accelerazione di processi latenti prodotta dalla crisi di capacità di decisione dei soggetti titolari del potere politico di produzione del diritto – è il contesto generale in cui tali modalità si collocano, segnato dalla pretesa di un mutamento di funzione della Corte, da garanzia dei valori affermati nel patto costituzionale originario, in "naturale" tensione con le sedi dell'indirizzo politico, a garanzia dei diritti fondamentali affermati a ogni livello, nazionale ed europeo, assunti come fine ultimo. Una pretesa coltivata dalla stessa Corte, che assume la garanzia di tali diritti come il fondamento stesso della legittimazione propria e del proprio giudizio. E la Corte, in virtù di tale sua nuova legittimazione, può ritenersi in grado di sottrarsi a troppo stringenti regole sul processo innanzi a essa, a partire da quelle sull'accesso, quando premano «ragioni sostanziali di giustizia».

Resta aperta la questione della compatibilità con le forme e con l'essenza della democrazia rappresentativa di un sistema in cui la questione dei diritti, di ogni livello, divenga pressoché esclusivamente una partita tra giurisdizioni, con le sedi della decisione politica messe in posizione di rincalzo.