



SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA “ACCENTRATO” DI COSTITUZIONALITÀ
UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

IL SISTEMA DI COSTITUZIONALITÀ TRA “MOMENTI DI ACCENTRAMENTO” E “DI DIFFUSIONE”*

ROBERTO ROMBOLI

SOMMARIO: 1. Dal giudizio sulle leggi e la sua “diffusione” (Pisa 2001) al sistema “accentrato” di costituzionalità (Pisa 2019): il significato dei termini virgolettati. – 2. La interpretazione costituzionalmente conforme. Il monopolio della Corte costituzionale, la “nuova” giurisprudenza costituzionale e la “nuovissima” giurisprudenza: momenti di diffusione e momenti di accentramento. – 3. La doppia pregiudizialità dopo la sent. 269/2017: un momento di accentramento? – 4. La disciplina dell’accesso al Giudice costituzionale: la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ed il riconoscimento di potere decisorio al giudice “a quo”, quali momenti di diffusione o di accentramento. – 5. Il parametro Cedu dopo le sentenze “gemelle”, l’interpretazione convenzionalmente conforme e l’efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e delle decisioni della stessa: momenti di diffusione e momenti di accentramento.

1. Dal giudizio sulle leggi e la sua “diffusione” (Pisa 2001) al sistema “accentrato” di costituzionalità (Pisa 2019): il significato dei termini virgolettati

Nel convegno annuale del Gruppo di Pisa che si tenne quasi venti anni fa proprio qui a Pisa, nel titolo figurava una parola virgolettata (“diffusione”). Il titolo completo dell’incontro era infatti “Il giudizio sulle leggi e la sua ‘diffusione’. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?”.

Anche nel titolo del seminario odierno troviamo una parola virgolettata (“accentrato”) riferita a “Il sistema ‘accentrato’ di costituzionalità”.

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista.

Due parole quindi, spesso contrapposte, le quali richiamano la classificazione dei modelli di giustizia costituzionale ed in particolare i due tipi più noti, quelli “puri”, per questo definiti altresì “prototipi”.

Così come accadde in occasione del precedente convegno appena ricordato, credo sia opportuno ed utile procedere ad una seppur minima specificazione del significato che si vuole attribuire ai suddetti termini.

In particolare, con riguardo al termine “accentrato”, è possibile farvi ricorso almeno in due differenti significati: il primo, più generico, nel senso di accentramento-aumento di poteri in capo alla Corte costituzionale nell’esercizio delle proprie funzioni, con conseguente ampliamento della sua incidenza nel sistema. Ciò a seguito principalmente di mutamenti giurisprudenziali, ma anche di altri elementi, in base ai quali la Corte viene ad assumere o riassumere poteri che in precedenza aveva lasciato che altri li esercitassero o più semplicemente come risultato di una autolimitazione del proprio potere di intervento.

In questo senso il riferimento va ovviamente alle relazioni del Giudice costituzionale con l’autorità giudiziaria, da un lato e con il legislatore, dall’altro, ma pure, entro aspetti assai più ridotti, con le Corti sovranazionali.

Un secondo significato è invece quello di carattere maggiormente tecnico che fa riferimento alla ricordata distinzione tra sistemi accentrati e sistemi diffusi, la quale si fonda, come noto, sul fatto che nei secondi il controllo di costituzionalità delle leggi è esercitato da una pluralità di giudici comuni i quali, al fine di risolvere il caso ad essi sottoposto, sono chiamati prioritariamente a valutare la conformità della legge da applicare alla Costituzione e, in caso contrario, a disapplicare la legge, mentre nei primi tale competenza spetta ad un giudice “speciale”, unico per l’intero territorio nazionale, il quale si pronuncia sulla questione di costituzionalità delle leggi e può dichiararne la illegittimità con efficacia *erga omnes*.

La particolarità di questi secondi sistemi è quella di dover indicare le vie di accesso al Giudice costituzionale, che possono quindi coinvolgere l’autorità giudiziaria ed un concreto giudizio o possono al contrario prescindere anche totalmente.

Accanto ai sistemi “puri” viene unanimemente inserito un terzo modello, definito “misto” (o anche “europeo”) in quanto risultato di una contaminazione tra i primi due, derivante dall’inserimento del controllo attraverso la via incidentale, un controllo “accentrato, ma ad iniziativa diffusa”.

Questo terzo modello in realtà appare come una specificazione di quello accentrato, dal momento che non si può dubitare che la decisione sulla costituzionalità della legge spetti solamente al giudice “speciale”, mentre le funzioni dell’autorità giudiziaria si esauriscono, in linea di massima, nel potere-dovere di sollevare la questione di costituzionalità.

Indubbio che, nelle varie esperienze, il ruolo e il peso specifico esercitato dal giudice sarà diverso a seconda che le vie di accesso siano molte oppure si riducano (come nel caso italiano) quasi esclusivamente a quella incidentale, anche se ciò però non sposta i termini del problema, ossia la natura accentrata e non diffusa del modello.

Opportuna, in occasione del Convegno del 2001 prima ricordato, la ulteriore precisazione fatta da Pizzorusso nella sua relazione conclusiva, nella quale mise in guardia dal non confondere la contrapposizione tra sistemi accentrati e sistemi diffusi con quella tra modelli di controllo astratto o modelli di controllo concreto.

Il mio Maestro ebbe infatti ad avvertire come il controllo è “concreto” allorché viene esercitato in funzione dell’applicazione della disposizione rispetto ad una fattispecie determinata, sia che questo sia esercitato dal giudice comune o da quello speciale. Nel primo caso abbiamo l’ipotesi di un controllo diffuso e concreto, mentre nel secondo il controllo è accentrato, ma non necessariamente astratto.

Il riferimento alla contrapposizione “accentrato-diffuso” nel primo dei due significati sopra indicati, avrebbe dovuto inevitabilmente coinvolgere, nel momento attuale della giustizia costituzionale, le relazioni tra Corte costituzionale e legislatore.

Si pensi, solo per fare due esempi tra più recenti e conosciuti, alla soluzione, in due tappe, del caso Cappato, che hanno visto la nostra Corte creare un nuovo tipo di decisione e soprattutto, sulla base del mancato ascolto delle indicazioni ad esso rivolte con la prima pronuncia, sostituirsi al legislatore nel dettare nei particolari la nuova disciplina dell’aiuto al suicidio. Questo dopo aver espressamente ritenuto, nell’ambito dello stesso giudizio, di non poterlo fare, a fronte di scelte discrezionali riservate al potere legislativo.

Il secondo esempio, sempre nella stessa lunghezza di onda, è quello della “nuova” giurisprudenza che, a partire dal 2018, ha superato la storica barriera delle crisafulliane “rime obbligate”.

Il fatto che dei rapporti del Giudice costituzionale con il potere legislativo l’odierno seminario non se ne occupi e che i temi invece scelti per le quattro relazioni siano incentrati sui contatti della Corte con l’autorità giudiziaria mi pare dimostrino che si è inteso la parola “accentrato” nel secondo dei significati prima indicati.

Nel convegno del 2001 le relazioni assegnate miravano ad individuare “momenti di diffusione” in un sistema ovviamente accentrato, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria, attraverso le quali la stessa non si limitava alla iniziativa, ma decideva essa stessa sul problema di costituzionalità (ad esempio la dichiarazione di manifesta infondatezza, l’applicazione diretta della Costituzione).

Nel seminario odierno certamente non possiamo parlare, in senso speculare, di “momenti di accentramento”, trattandosi appunto di un sistema accentrato, per cui credo di poter intendere le finalità dell’incontro nel senso di individuare nella giurisprudenza costituzionale mutamenti che vadano in senso opposto a quello che aveva valorizzato i “momenti di diffusione”.

Al proposito emblematico, e chiarificatore del senso appena indicato, il fatto che sia nel convegno del 2001 che nel seminario odierno figurino una relazione sul medesimo tema: quello della interpretazione costituzionalmente conforme.

Nella prima occasione infatti il tema era giustificato da quella giurisprudenza, inaugurata nel 1996, che invitava i giudici a risolvere loro stessi le questioni di costituzionalità attraverso l’utilizzo dei propri poteri interpretativi e nei limiti da questi consentiti, senza passare dal Giudice costituzionale.

Nel seminario di oggi si intende invece chiaramente far riferimento a quella giurisprudenza attraverso la quale, più recentemente, la Corte costituzionale ha inteso, entro certi limiti, richiamare alla propria competenza la valutazione circa la praticabilità di un determinata interpretazione conforme. Ma sul punto tornerò tra un momento.

Altrettanto chiara, mi pare, la finalità sottesa alla relazione avente ad oggetto la giurisprudenza costituzionale in merito al tema della doppia pregiudizialità in caso di supposta violazione congiunta della Costituzione e della Carta dei diritti dell'Unione europea. Il riferimento infatti non può che essere alla decisione di fine 2017 con cui la Corte costituzionale ha inteso invertire l'ordine delle pregiudizialità, suggerendo il tragitto Roma-Lussemburgo anziché quello Lussemburgo-Roma, che sovente non era arrivato a destinazione.

Meno diretta, ma ugualmente inquadrabile nella stessa prospettiva (“momenti di accentramento-momenti di diffusione”), la tematica delle altre due relazioni, relative rispettivamente all'accesso al giudizio costituzionale ed alla incidentalità, nonché alla Cedu quale parametro nei rapporti tra Giudice costituzionale e giudici comuni.

Fatte queste premesse definitorie e di inquadramento del tema, intendo adesso svolgere alcune brevi osservazioni introduttive sulle quattro problematiche poste dalle relazioni, limitatamente alla segnalazione degli aspetti che, a mio avviso, possono essere indicati come “momenti di accentramento-momenti di diffusione” e lo farò partendo dai due temi che ho indicato come più immediatamente espressivi di tali profili.

2. La interpretazione costituzionalmente conforme. Il monopolio della Corte costituzionale, la “nuova” giurisprudenza costituzionale e la “nuovissima” giurisprudenza: momenti di diffusione e momenti di accentramento

La necessità di seguire una interpretazione costituzionalmente conforme, seppure divenuta oggetto di più specifica attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza alla metà degli anni Novanta del secolo scorso, nasce in realtà con il funzionamento della Corte costituzionale e con quello che possiamo ritenere il primo tipo di decisioni “creato” dalla stessa: le sentenze interpretative di rigetto.

Attraverso questo tipo di pronuncia la Corte esprime con nettezza la posizione – certamente non gradita alla Corte di cassazione, che dà vita proprio come reazione alla stessa alla nota “guerra tra le corti” – secondo cui non esiste una unica interpretazione corretta, ma la possibilità di diverse interpretazioni della stessa disposizione e che fra queste deve essere seguita quella conforme a costituzione. In base a ciò il Giudice costituzionale non si sente vincolato alla interpretazione della legge seguita dal giudice nel presentarle la questione, potendo indicarne una diversa, quella appunto costituzionalmente conforme.

Se un sistema accentrato è tale in quanto solo al giudice speciale spetta il compito di dichiarare incostituzionale una legge, esso non comporta che la decisione con carattere interpretativo (specie della legge) sia una esclusiva del Giudice costituzionale, potendosi riconoscere analogo potere a tutti i giudici comuni.

Ecco quindi che il potere-dovere di interpretazione conforme da parte del giudice è assai risalente, anche se, per differenti ragioni, viene esercitato dalla Corte costituzionale in una situazione pressoché monopolistica, testimoniata dai molti casi in cui il giudice viene invitato a rimettere la questione di costituzionalità sulla base di un semplice dubbio ed anche quando si tratti solamente di eliminare l'ipotesi di una interpretazione contrastante con i principi costituzionali.

La sentenza Zagrebelsky del 1996 è anticipata da una serie di decisioni attraverso le quali la Corte ha, in svariate occasioni, valorizzato l'opera interpretativa del giudice e va ad introdurre tre elementi di novità.

Il primo consiste in una autoriduzione della propria competenza, allorché invita il giudice a non sollevare una questione di costituzionalità tutte le volte in cui il superamento del dubbio di costituzionalità sia possibile attraverso una lettura della disposizione costituzionalmente conforme.

Il secondo è rappresentato dalla richiesta al giudice di verificare la possibilità di una interpretazione conforme e di sollevare la questione solo se quella risulti "impossibile".

Il terzo, poi meglio specificato, è la indicazione dello strumento con cui verificare che il giudice abbia effettivamente sperimentato tale possibilità e che la stessa risulti impossibile: la decisione di inammissibilità.

Secondo Giuseppe Ugo Rescigno con questa giurisprudenza la Corte costituzionale avrebbe illegittimamente modificato il nostro sistema accentrato di controllo delle leggi, mentre più convincentemente Franco Modugno ha indicato nella stessa solo la realizzazione di (o il tentativo di realizzare) un diverso assetto dei rapporti tra Giudice costituzionale e giudici comuni.

In senso analogo si è espresso, più in generale, anche Alessandro Pizzorusso nella relazione conclusiva al ricordato Convegno pisano del 2001 allorché – a proposito dei "momenti di diffusione" e rispondendo alla domanda contenuta nel titolo dell'incontro ("verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?") – sostenne che "essi non rappresentano peraltro una modificazione del modello, ma soltanto un affinamento delle soluzioni tecniche che lo caratterizzano".

La fase del monopolio è stata quindi introdotta attraverso una decisione di merito (sentenza interpretativa di rigetto), dove la motivazione assume un significato assai importante, tanto da essere segnalato nel dispositivo ("nei sensi di cui in motivazione"), mentre quella instaurata nel 1996 trova lo strumento di garanzia in una decisione di tipo processuale (inammissibilità, semplice o manifesta) utilizzata quasi come sanzione nei riguardi del giudice rimettente per non aver assolto al compito di tentare una interpretazione conforme o di non aver seguito una interpretazione conforme presente in giurisprudenza e per questo da ritenere quindi "possibile".

La "nuova" giurisprudenza avrebbe dovuto comportare, almeno sulla carta, la scomparsa di un tipo di decisione – la interpretativa di rigetto – che ha svolto un ruolo di decisiva importanza nella defascistizzazione della legislazione prima e nella costituzionalizzazione dell'ordine legale poi. La indicazione di una soluzione alternativa a quella demolitoria della sentenza di incostituzionalità ha ottenuto infatti risultati

eccellenti, sia verso le interpretazioni restrittive dei primi anni della Corte di cassazione, sia della scarsa propensione del parlamento ad intervenire a colmare i vuoti eventualmente creati dalle sentenze della Corte.

La dichiarazione di inammissibilità di una questione di costituzionalità, fondata sulla possibilità di una interpretazione conforme, avrebbe infatti dovuto condurre la Corte ad utilizzare tale formula anche quando avesse ritenuto di intervenire con una sentenza interpretativa di rigetto. Se infatti una interpretazione conforme era possibile, la questione avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile.

Con la “nuovissima” giurisprudenza la Corte costituzionale ha sostenuto che la presenza in giurisprudenza di una interpretazione costituzionalmente conforme, finanche se qualificabile come “diritto vivente”, non può risultare vincolante e tale da rendere la questione inammissibile, dal momento che la valutazione circa la percorribilità della interpretazione conforme e della sua conformità a Costituzione è questione di merito e non di ammissibilità e spetta quindi alla Corte costituzionale.

Ci possiamo chiedere se la suddetta giurisprudenza abbia determinato un “riaccentramento” del potere di controllo in capo al Giudice costituzionale.

Certamente credo non si possa parlare di un ritorno alla fase del monopolio, dal momento che più che una modifica la “nuovissima” giurisprudenza pare potersi qualificare come una integrazione o specificazione della precedente “nuova” giurisprudenza, che per il resto rimane invece confermata.

In altri termini il giudice è sempre tenuto a verificare la possibilità di superare il dubbio di costituzionalità attraverso una interpretazione conforme e, qualora ciò sia possibile, a non sollevare questione di costituzionalità. Qualora ritenga che il testo della disposizione *de qua* non consenta tale risultato, deve proporre la eccezione di costituzionalità, anche quando risulti che quella interpretazione sia stata seguita da altri giudici e sia quindi possibile. Al giudice viene solamente richiesto di motivare adeguatamente la propria scelta.

Emblematico uno dei primi casi, o forse proprio il primo, della “nuovissima” giurisprudenza.

Si trattava della questione di costituzionalità avente ad oggetto la necessità o meno dell'intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo dell'organo sessuale al fine del riconoscimento del diritto alla rettificazione degli atti di stato civile. La consolidata giurisprudenza della Cassazione, fondata anche sulla altrettanto consolidata giurisprudenza della Corte Edu, aveva interpretato la disposizione legislativa nel senso che non imponesse il trattamento chirurgico.

Il giudice, ciò nonostante, aveva sollevato questione di costituzionalità della disposizione nella parte in cui imponeva il trattamento chirurgico, motivando adeguatamente e plausibilmente nel senso che il dettato normativo non avrebbe consentito una diversa interpretazione.

La Corte costituzionale, seguendo la “nuova” giurisprudenza avrebbe senza dubbio alcuno dichiarato inammissibile la questione, mentre stavolta decide di affrontarla nel merito, pur se giungendo a ritenere corretta e condivisibile la interpretazione conforme seguita dalla cassazione e dalla generalità dei giudici comuni.

In conclusione, in termini di accentramento-diffusione nei limiti sopra indicati, la “nuovissima” giurisprudenza, segna un punto a favore dell’accentramento nella misura in cui elimina per il giudice *a quo* l’obbligo di non sollevare la questione di costituzionalità allorché risulti “possibile” una interpretazione costituzionalmente conforme e di seguire la stessa – come nel caso di sistemi diffusi con precedente vincolante – consentendogli di sottoporre alla Corte la verifica della correttezza costituzionale di tale interpretazione.

3. La doppia pregiudizialità dopo la sent. 269/2017: un momento di accentramento?

Il tema della doppia pregiudizialità, costituzionale e comunitaria, fa chiaramente riferimento alla pluricommentata giurisprudenza con cui la Corte ha invitato i giudici a dare priorità alla pregiudiziale costituzionale rispetto a quella comunitaria e pone quindi un prima ed un dopo rispetto alla stessa.

Riguardo al prima, ci troviamo di fronte ad un modello assai simile a quello diffuso, dal momento che il giudice nazionale, sulla base dei principi del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, è tenuto, di fronte ad un contrasto tra una regola derivante da quest’ultimo e la regola del diritto nazionale a “non applicare” quella nazionale, sostituendovi quella comunitaria.

Per il caso in cui il giudice nazionale, nutra un dubbio sulla corretta interpretazione del diritto comunitario che ritiene dover applicare nel suo giudizio, può, ai sensi dell’art. 267 Tfu, sospendere il processo e chiedere alla Corte di giustizia una decisione su questo aspetto; qualora si tratti di un giudice di ultima istanza, questi è tenuto al rinvio pregiudiziale, tranne si tratti di situazioni “chiare”, “chiarite” o “irrilevanti” (sentenza *Cilfit*).

Evidente quindi la finalità di garantire in tal modo una omogenea interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici di tutti gli stati membri, per cui ragionevole la conseguenza che se ne è derivata circa la natura vincolante, quindi paralegislativa, delle interpretazioni della Corte di Lussemburgo.

In questi stretti termini non avrebbe dovuto apparire frequente l’ipotesi che una simile facoltà, oppure obbligo, del giudice nazionale andasse a coincidere con l’altra pregiudizialità conosciuta, quella costituzionale, dal momento che la Comunità economica europea non aveva, se non limitatamente, tra le proprie finalità quella della tutela dei diritti.

A parte ciò la Corte costituzionale - escludendo esplicitamente di poter essa stessa ritenersi legittimata, quindi tenuta, a proporre un rinvio pregiudiziale – ha sempre sostenuto la priorità del rinvio alla Corte di giustizia sulla base di una valutazione di natura processuale.

Dal momento che una delle condizioni per l’ammissibilità della questione di costituzionalità è la rilevanza, il giudice, se nutre dubbi in proposito, deve preliminarmente chiedere a Lussemburgo se nella specie la disposizione nazionale sia

conforme a quella comunitaria e quindi applicabile, in quanto solo in caso di risposta positiva la questione risulterà rilevante per il giudizio costituzionale.

Come noto il rinvio pregiudiziale, quale risulta dal ricordato art. 267 Tfu, è nella applicazione giurisprudenziale divenuto qualcosa di diverso dalla risoluzione di un dubbio circa la corretta interpretazione del diritto comunitario. In particolare si è trasformato in un vero e proprio controllo di comunitarietà della legge nazionale, fondato sul principio della applicazione diretta del diritto comunitario e sul poterdovere di disapplicazione del giudice nazionale, venendo a somigliare assai al controllo di costituzionalità.

In realtà di un vero sistema diffuso credo si possa parlare solo nel caso in cui il giudice nazionale proceda direttamente alla disapplicazione del diritto nazionale in quanto ritenuto in contrasto con quello comunitario, mentre parrebbe diverso allorché lo stesso accada a seguito di rinvio pregiudiziale, con il quale il giudice ha sostanzialmente posto, pure se sotto la forma di un chiarimento interpretativo, una questione di comunitarietà della legge nazionale. In questo secondo caso infatti la risposta della Corte di giustizia risulta per il richiedente vincolante, anche per quanto riguarda il carattere direttamente applicabile del diritto comunitario, presupposto per il potere del giudice di disapplicazione del diritto nazionale con esso contrastante.

In sostanza la disapplicazione, a seguito di rinvio pregiudiziale, spesso risulta come attività obbligata e senza scelta alcuna, tale da potersi accostare alla posizione del giudice a seguito di sentenza di incostituzionalità della Corte costituzionale, anche se nel primo caso l'efficacia sarà limitata al giudizio *a quo*, mentre nel secondo la decisione sarà vincolante con effetti *erga omnes*.

Su questa situazione è intervenuta la sentenza 269/2017, con la quale la Corte costituzionale ha affermato la necessità, poi rettificata in opportunità, che nel caso in cui il giudice ritenga una legge al tempo stesso contrastante con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea, sia data la precedenza alla questione di costituzionalità, in ragione della natura intrinsecamente costituzionale della Carta e della necessità/opportunità che in questi casi si intervenga con una decisione dotata di effetti *erga omnes*.

La nuova giurisprudenza può quindi essere qualificata come una deroga alla posizione consolidata precedentemente assunta dalla Corte e trova il suo fondamento in due differenti elementi sopravvenuti: a) il riconoscimento del valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi, attribuito alla Carta dei diritti dal trattato di Lisbona e b) la legittimazione della Corte costituzionale a effettuare rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, riconosciuta a se medesima prima nell'ambito del giudizio in via principale (2008), poi anche in quello incidentale sulle leggi (2013).

Il tentativo, come unanimemente riconosciuto, è quello di inserirsi in un circuito giurisprudenziale avente ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali, dal quale poteva rischiare, anche per sua colpa, di restare esclusa.

Per le ricadute, sotto il profilo esaminato relativo alla contrapposizione "accentrato-diffuso", la sentenza 269/2017, con le precisazioni ad essa apportate nel corso del 2019, riconosce al giudice la possibilità di rivolgersi in via pregiudiziale alla

Corte di giustizia, sia prima dell'eventuale intervento della Corte costituzionale, sia dopo, specie ovviamente in caso di decisione di infondatezza ed addirittura di poter disapplicare, senza limiti, la disposizione ritenuta dalla Corte costituzionale non in contrasto con i principi della Costituzione, né con quelli della Carta dei diritti.

Quest'ultimo aspetto, sottolineato inequivocabilmente da parte della Corte costituzionale, pare porsi, a mio avviso, in evidente contrasto con la logica del carattere accentratore del nostro modello di giustizia costituzionale, il quale implica che la decisione del giudice "speciale" sia accettata da parte dell'autorità giudiziaria rimettente. Essa potrà certamente riproporre la questione alla Corte di Lussemburgo, sotto il profilo del contrasto con la Carta, se direttamente applicabile ed in ambito comunitario, ed eventualmente, sulla base della risposta ricevuta, procedere alla disapplicazione, mentre mi parrebbe più corretto che non lo possa fare direttamente, pena uno snaturamento del carattere accentratore del sistema e del ruolo con esso riconosciuto al Giudice costituzionale.

Al fine non sembra potersi dire che la nuova giurisprudenza, come ridimensionata dalle quattro decisioni del 2019, abbia prodotto una riduzione del "momento di diffusione" rappresentato dal potere dell'autorità giudiziaria di disapplicare direttamente la disposizione di legge nazionale in quanto contrastante con il diritto comunitario, mentre con riguardo alla disapplicazione a seguito di rinvio pregiudiziale, l'adeguamento all'invito rivolto dalla Corte costituzionale circa la priorità costituzionale potrebbe comportare al più, per il giudice, la sostituzione di una Corte (costituzionale) ad un'altra Corte (di giustizia) nell'indicare allo stesso la soluzione al dubbio di costituzionalità-comunitarietà sollevato.

4. La disciplina dell'accesso al Giudice costituzionale: la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ed il riconoscimento di potere decisorio al giudice "a quo", quali momenti di diffusione o di accentramento

Uno degli aspetti più delicati, ed al tempo stesso più importanti, dei sistemi di giustizia costituzionale a carattere accentratore è senza dubbio quello della individuazione delle vie di accesso e quindi dei soggetti legittimati a sottoporre al Giudice costituzionale una questione di costituzionalità.

Nelle differenti esperienze europee, seppure tutte classificabili nei modelli c.d. misti, le soluzioni sono state diverse nel senso della indicazione di un numero più o meno ampio di soggetti legittimati (governo, capo dello Stato, minoranze parlamentari, enti territoriali ecc.)

Se, come dicevamo, il carattere diffuso o accentratore fa riferimento alla posizione ed ai poteri riconosciuti all'autorità giudiziaria nel controllo delle leggi, dobbiamo anche a proposito dell'accesso distinguere tra una nozione ampia (e generica) di accentratore-accentramento ed una nozione invece ristretta che fa riferimento alla nozione tecnica di "accentratore-diffuso".

Nel primo senso la riduzione dei soggetti legittimati alla sola autorità giudiziaria, come in sostanza è accaduto nel caso italiano, ha determinato l'attribuzione al giudice di un peso enorme nella realizzazione delle finalità proprie della giustizia costituzionale. Nel momento in cui la Corte costituzionale ha iniziato a funzionare infatti le vie di accesso si riducevano alla via incidentale, non essendo stato previsto il ricorso da parte di soggetti pubblici (governo, minoranze parlamentari), né quello individuale, né l'azione popolare e stante la mancata attuazione dell'ordinamento regionale.

Per questo, ed in questo significato generale ed atecnico, ho in altra occasione qualificato il nostro sistema come quello "accentrato più diffuso d'Europa".

Sempre seguendo la prima accezione, ne deriva di conseguenza che sarebbe inappropriato definire un sistema come "diffuso" sulla base del fatto che vengono riconosciute molte e differenti vie di accesso al Giudice costituzionale, dovendosi concludere, in base a quanto detto, in senso esattamente opposto.

Se passiamo a considerare il tema dell'accesso con riferimento alla nozione tecnica di accentrato-diffuso è necessario operare una distinzione tra il momento della iniziativa, come tale funzionale all'intervento della Corte costituzionale, rispetto allo spazio decisionale riconosciuto al giudice nella fase del giudizio costituzionale che si svolge davanti a lui medesimo.

Così l'iniziativa può risultare più o meno vincolata, più o meno libera e quindi ampia, ma questo non significa realizzare un "momento di diffusione", ma solo riconoscere, in senso atecnico, una maggiore possibilità di portare questioni alla Corte costituzionale.

In altri termini, se fosse eliminata la condizione della rilevanza, certamente consentiremmo al giudice di far pervenire alla Corte un numero assai più ampio di questioni di costituzionalità, ma questo non significherebbe rendere il nostro sistema più diffuso, dal momento che l'ampliamento del potere di iniziativa conduce ovviamente ad un ampliamento del potere decisionale del Giudice "speciale" e della sua incidenza nel sistema.

La presenza di elementi di diffusione va invece riconosciuta nella possibilità del giudice di decidere le questioni senza passare dalla Corte costituzionale.

Per questo che la riforma costituzionale francese del 2008, la quale ha riconosciuto dopo molti anni di controllo *a priori* la via incidentale, non dovrà essere valutata, quanto ad elementi di diffusione, sulla base del potere di iniziativa – pena il rischio di confondere, come ammoniva Pizzorusso nella relazione ricordata all'inizio, tra diffusione e concretezza – quanto sui poteri decisionali effettivamente riconosciuti ai giudici.

Ugualmente la riforma costituzionale della giustizia costituzionale realizzata negli stessi anni in Spagna, conosciuta soprattutto per la riforma del regime dell'*amparo* costituzionale, ha determinato un aumento dei "momenti di diffusione" nella giustizia costituzionale spagnola in considerazione dell'ampliamento del potere di annullamento riconosciuto ai giudici comuni a tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione spagnola.

Nel nostro sistema di giustizia costituzionale, gli elementi di diffusione possono pertanto essere individuati nel potere riconosciuto ai giudici allorché, sia nella fase ascendente come in quella discendente del giudizio in via incidentale, viene loro riconosciuto un potere decisorio.

Riguardo alla fase ascendente il giudice risolve la questione, senza passare dal giudizio della Corte, a parte la già ricordata ipotesi di interpretazione conforme, attraverso la decisione di merito con cui rileva che l'istanza avanzata dalle parti o dal pubblico ministero risulta manifestamente priva di fondamento.

Di conseguenza quanto più aumentano o diminuiscono i margini di scelta riconosciuti in proposito ai giudici *a quibus*, tanto più si realizzano momenti di diffusione. Si pensi a quanto accaduto nel periodo dello smaltimento dell'arretrato, durante il quale la Corte costituzionale – in ciò svolgendo anche funzione educativa per l'attività deliberativa del giudice – giunse ad ampliare enormemente la nozione di “manifesta infondatezza” per risolvere le questioni sollevate. Una nozione fin allora impiegata solo in caso di questioni già decise negli stessi termini, con la conseguenza che questo tipo di decisione applicato per quarantanove volte nei primi trenta anni di attività, fu utilizzato per ben duecentosessantatré volte nel solo triennio 1987-1989.

Il giudice può decidere definitivamente, e senza quindi passare dal giudizio della Corte, anche attraverso una pronuncia di tipo processuale (specie irrilevanza), per cui l'adozione di una nozione ristretta di rilevanza significa aumentare la possibilità che il giudice risolva lui stesso la questione, mentre una nozione ampia (o la eliminazione della condizione) significa ridurre il potere del giudice di decidere la questione.

Momenti di diffusione possono poi derivare anche nella fase discendente a seguito di alcuni tipi di decisione della Corte costituzionale. Si pensi ad esempio alle sentenze additive di principio, nate principalmente con lo scopo di realizzare un maggior rispetto delle scelte discrezionali del legislatore e finite poi in pratica, in conseguenza della inattività di quest'ultimo, con il riconoscere uno spazio decisionale ai giudici nella tutela dei diritti coinvolti, seppure in applicazione dei principi individuati in via generale dalla Corte.

In conclusione, seguendo una nozione tecnica di “accentramento-diffusione”, non possono essere considerate come espressive di “momenti di diffusione” le decisioni attraverso le quali la Corte costituzionale ha ampliato il modo di intendere la nozione di “giudice” e di “giudizio”, la qualificazione come “giudici” di soggetti ritenuti tali solo “ai limitati fini” del giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, spesso operata allo scopo di superare le c.d. zone franche della giustizia costituzionale, con il risultato quindi di ampliare lo spazio di intervento del Giudice “speciale”.

5. Il parametro Cedu dopo le sentenze “gemelle”, l'interpretazione convenzionalmente conforme e l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e delle decisioni della stessa: momenti di diffusione e momenti di accentramento

Per i giudizi che si svolgono a garanzia dei diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un elemento di evidente differenziazione rispetto a quanto si verifica per il controllo delle leggi davanti alla Corte costituzionale e per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, consiste nel fatto che nei primi non è l'autorità giudiziaria a ricorrere, bensì il diretto interessato, solo dopo aver esaurito gli strumenti processuali disponibili a livello nazionale (principio di sussidiarietà).

Anche per trattare della Cedu come parametro, così come abbiamo detto a proposito della doppia pregiudizialità, esiste uno spartiacque rappresentato, come noto, dalle c.d. sentenze gemelle, solo a partire dalle quali infatti le disposizioni della Cedu, seppure attraverso la tecnica della norma interposta, sono davvero divenute un parametro per il controllo delle leggi nazionali davanti alla Corte costituzionale. Ciò è quindi accaduto dopo oltre cinquanta anni dalla avvenuta ratifica della Cedu dallo stato italiano.

Limitandomi anche in questo caso agli aspetti connessi con la contrapposizione "accentrato-diffuso", secondo quella che ho chiamato la nozione tecnica di tali nozioni, vedo innanzitutto di sottolineare gli elementi rilevanti ricavabili dalle suddette decisioni del 2007.

Un primo elemento consiste nella finalità – confermata da uno dei due relatori in un convegno sui dieci anni dalle sentenze gemelle – di porre un freno alla tendenza di alcuni giudici di procedere direttamente alla disapplicazione della legge nazionale per contrasto con la Cedu, sulla base della qualificazione, da parte della Corte di giustizia, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni Cedu quali principi fondamentali del diritto comunitario, realizzando così una forma di sindacato diffuso.

La Corte costituzionale si è trovata, qualche anno dopo, a dover di nuovo negare il potere dei giudici di disapplicare la legge, allorché simile possibilità era stata avanzata sulla base del trattato di Lisbona ed in particolare della prevista adesione dell'Unione europea alla Cedu e della disposizione secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6. 2 e 3). La Corte infatti ha specificato, da un lato, come l'adesione ancora non fosse avvenuta e dall'altro che comunque il giudice è tenuto a sollevare questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117.1 Cost. (sent. 80/2011).

Un secondo elemento è quello della possibilità di invocare la Cedu come parametro, seppur interposto. Con ciò viene reso sostanzialmente possibile al giudice denunciare, con il provvedimento di rimessione, il contrasto della legge anche solamente per violazione della Cedu, fin allora richiamata solo per rafforzare il riferimento al parametro costituzionale nazionale.

Trattandosi, come detto nel paragrafo precedente, della possibilità, per il giudice, di un utilizzo dell'incidente di costituzionalità più ampio e quindi di elemento che va ad incidere sulla iniziativa e non sui poteri di decisione della questione di costituzionalità, questo non può essere qualificato come un accrescimento della diffusione, in senso tecnico.

Un terzo elemento deriva dalla collocazione della Cedu nel sistema delle fonti e dalla sua posizione a livello sub costituzionale, con la conseguenza che il giudice deve

prioritariamente verificare la conformità della stessa alla Costituzione, prima di procedere alla sperimentazione di una interpretazione convenzionalmente conforme della disposizione indubbiata.

A quest'ultimo proposito il percorso pare poi essere pressoché identico a quello già visto per la interpretazione costituzionalmente conforme, compresa la applicabilità al caso della giurisprudenza costituzionale “nuovissima”. Unica particolarità: nel caso in cui le due letture conformi dovessero portare a risultati contrastanti, la Corte ha sostenuto che deve prevalere quella costituzionalmente conforme, in considerazione del predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu (sent. 49/2015).

Un quarto elemento, che si lega strettamente con quanto appena detto, deriva dalla affermazione in base alla quale, nel fare riferimento alla Cedu, il giudice deve assumere la stessa nel significato attribuitole dal “suo” Giudice, cioè dalla Corte di Strasburgo.

Una affermazione poi ribadita in maniera categorica l'anno seguente, allorché la Corte ebbe a sostenere che la peculiarità delle disposizioni della Cedu, nell'ambito delle norme interposte, “consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte Edu, alla quale gli stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi” (sent. 38/2008).

Tale affermazione sembrava riconoscere alla interpretazione della Cedu da parte della Corte europea un significato quasi normativo, al pari delle sentenze interpretative della Corte di giustizia o almeno quello di “diritto vivente”, con conseguente pesante riduzione del potere interpretativo dei giudici e quindi del loro “momento di diffusione”.

Successivamente, come conosciuto, la Corte costituzionale ha progressivamente proceduto a ridurre la perentorietà della affermazione, riconoscendo spazi di discrezionalità all'interpretazione della Cedu da parte del giudice attraverso il riferimento al criterio “sostanziale” della tutela più intensa; alla necessaria valutazione dell'impatto nell'ordinamento interno della interpretazione fornita dalla Corte Edu, in quanto frutto di tutela dei diritti in gioco in maniera parcellizzata e non sistemica; del margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta di tenere in conto le peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale va ad inserirsi.

Una forte limitazione alla efficacia vincolante della interpretazione della Cedu da parte della Corte europea è infine venuta da quella giurisprudenza che ha ritenuto che il giudice è tenuto a porre a base del proprio processo interpretativo solo le pronunce espressive di un orientamento consolidato (sent. 49/2015).

In ordine infine alla efficacia delle decisioni della Corte Edu sugli spazi decisionali del giudice nazionale può valere la pena di ricordare come in due occasioni (ord. 150/2012 e sent. 43/2018) la Corte costituzionale ha provveduto a restituire al giudice *a quo*, per un riesame della rilevanza e della non manifesta infondatezza, gli atti relativi ad una questione di costituzionalità, a seguito di una sopravvenuta decisione della Corte Edu che innovava rispetto alla precedente giurisprudenza della stessa, sulla base della quale la questione era stata sollevata.

La cosa è accaduta più volte, come noto, a seguito del sopravvenire di sentenza interpretativa della Corte di giustizia, ma mentre in quest'ultimo caso la Corte

costituzionale ha esplicitamente parlato di *ius superveniens*, nel caso di sentenze della Corte Edu ha parlato di “*novum*”, ossia qualcosa che è più di un “*factum*” (il cui sopravvenire non determina la restituzione degli atti), ma meno di uno “*ius*”.

Nel secondo dei due casi sopra richiamati la questione di costituzionalità aveva ad oggetto la disciplina codicistica che non esclude la possibilità di instaurare un giudizio penale avente ad oggetto gli stessi fatti per i quali già sia stata irrogata in maniera definitiva una sanzione amministrativa, al termine in un procedimento amministrativo. Il giudice denunciava la violazione del principio del *ne bis in idem*, richiamandosi all’art. 4, protocollo 7, della Cedu, quale norma interposta, ai sensi dell’art. 117.1 Cost.

In particolare l’autorità giudiziaria rimettente fondava i dubbi di costituzionalità sulla interpretazione della disposizione convenzionale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Nel periodo intercorrente tra la emanazione dell’ordinanza di rinvio e la decisione della Corte costituzionale, era intervenuto un inaspettato cambio di giurisprudenza da parte della grande camera della Corte Edu, la quale, pur confermando la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa afflittiva, ha superato la lettura solo processuale del principio del *ne bis in idem* (impossibilità di iniziare il procedimento penale in presenza di una sanzione amministrativa definitiva) per passare ad una nozione sostanziale del medesimo, invitando i giudici a valutare, nella specie, il tipo di connessione sostanziale e temporale esistente tra i due procedimenti.

Nel restituire gli atti al giudice *a quo*, la Corte costituzionale ha rilevato come “il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all’ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale” (sent. 43/2018).

La Corte di giustizia nella nota decisione Taricco II, venendo incontro alle richieste della nostra Corte, ha proceduto ad integrare la propria precedente interpretazione, espressa nella decisione Taricco I ed anche la Corte di Lussemburgo, al pari di quanto visto per la Corte Edu nel caso del *ne bis in idem*, ha sostenuto che spettava al giudice nazionale, al fine di determinarsi se procedere o meno alla disapplicazione della normativa nazionale, verificare se il regime della prescrizione determinasse una situazione di incertezza tale da contrastare con il principio di determinatezza della legge applicabile.

In questa occasione la Corte costituzionale, al contrario della ricordata vicenda relativa al *ne bis in idem*, ha invece escluso la necessità di una restituzione degli atti, affermando che “l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto” (sent. 115/2018).

Nel raffrontare i due casi sopra richiamati, possiamo ritenere che nel primo la giurisprudenza costituzionale ha realizzato un “momento di diffusione”, mentre nel secondo un “momento di accentramento”.