



S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 248*.

Oggetto dell'opera di Sara Lieto è il giudizio incidentale, una tematica “battuta” in lungo e in largo dalla dottrina data la preponderanza da esso acquisita nel funzionamento del nostro sistema di giustizia costituzionale.

L'analisi dell'Autrice, però, non si limita a una mera descrizione degli elementi caratterizzanti tale modello - organo, soggetti legittimati, contesto in cui vengono elaborati i termini della domanda, decisione ed effetti della stessa - ma, conscia del fatto che alcune recenti vicende giurisprudenziali abbiano provocato delle distorsioni nell'originaria fisionomia del modello incidentale, elabora una riflessione di più ampio respiro sulla “capacità di tenuta” di tale sistema di controllo di costituzionalità. Il filo rosso che attraversa lo scritto è, infatti, la valutazione dell'entità e degli effetti delle modificazioni nel tempo intervenute e, in particolare, la questione se tali cambiamenti possano essere inquadrati in fisiologici processi di adattamento del modello incidentale o si configurino come fenomeni capaci di snaturarne l'identità.

D'altra parte, la primarietà che riveste l'obiettivo del ripristino della legalità costituzionale e la necessità di assicurare la massima estensione del controllo di costituzionalità in tutti gli ambiti dell'ordinamento ha determinato, sin dalle origini, un approccio flessibile alle regole che sovrintendono allo svolgimento del giudizio in via incidentale. Tuttavia, se la complessità delle esigenze sistemiche garantite dalla giustizia costituzionale rende indispensabile una certa duttilità del modello incidentale vi è un limite oltre il quale questo processo causa delle torsioni che inducono ad avanzare dei dubbi sull'effettiva aderenza del dato giurisprudenziale al modello costituzionale.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Obiettivo finale del libro è proprio quello di stimare il “grado” di flessibilità del giudizio incidentale attraverso lo studio degli interventi modificativi sopravvenuti nella dimensione applicativa. Tale analisi viene posta in essere concretamente mediante una classificazione dei mutamenti intervenuti. L’Autrice tenta di individuare, alla luce della giurisprudenza costituzionale e della dottrina più autorevole, quali cambiamenti manifestatisi si sostanzino in ordinari meccanismi di adattamento - modificazioni che permangono nel tracciato definito dalle norme -, quando si sia in presenza di contaminazione - ipotesi in cui vocazione astratta e interesse concreto tendono a confondersi e a influenzarsi reciprocamente – e se, sotto alcuni profili, sia in corso una vera e propria trasformazione capace di rimodellare gli elementi costitutivi del giudizio incidentale.

Questa tripartizione dei fenomeni modificativi – adattamento, contaminazione, trasformazione –, richiamata nel sottotitolo, si riflette in modo quasi speculare nella struttura del libro. Il primo e il secondo capitolo sono infatti dedicati a una descrizione dettagliata del modello incidentale, dal dibattito Costituente fino al suo reale funzionamento, analizzato attraverso il dato empirico e in relazione ai più rilevanti casi di adattamento. Nel quarto capitolo vengono evidenziati i fenomeni di contaminazione a cui il sistema di giudizio incidentale si presta e che derivano da quella naturale attitudine del modello a soddisfare istanze oggettive e soggettive. Il terzo capitolo si occupa prevalentemente del processo di trasformazione del modello, ben esemplificato dalla vicenda del giudizio sulle leggi elettorali, un episodio che ha determinato un’assimilazione di tale modalità di sindacato di costituzionalità a un controllo quasi diretto sulle leggi.

Tale *iter* ricostruttivo lascia sullo sfondo altre questioni cruciali legate alla natura del giudizio incidentale, quale, ad esempio, il bilanciamento operato dalla Corte in relazione alle regole del processo. Quest’ultimo tema si ricollega al *focus* principale del libro, quello dell’evoluzione del modello incidentale. Poiché il giudizio incidentale è costituito anche da un insieme di regole processuali e una loro differente interpretazione e applicazione può influire in modo determinante sul suo funzionamento ci si domanda se la Corte disponga del potere di bilanciamento anche con riferimento ad esse. Un quesito di difficile risoluzione dato che la stessa dottrina appare divisa fra coloro che, da un lato, affermano che il principio del rispetto delle regole processuali sia recessivo di fronte al prioritario fine di garantire la legalità costituzionale e fra quelli che, dall’altro, ritengono che l’assenza di certezza su di esse influisca negativamente sui fondamenti dello Stato di diritto e sulla credibilità del giudice delle leggi.

Per comprendere i più rilevanti fenomeni di adattamento a cui è stato sottoposto il modello incidentale è opportuno partire, secondo l’Autrice, dal dibattito Costituente, all’interno del quale emersero soluzioni, spunti e riflessioni che sembrano rivestire un

ruolo “*vaticinante*” rispetto agli adattamenti in seguito sopraggiunti (p. 25). Da un’analisi delle diverse proposte avanzate si evince come, nella configurazione del giudizio di legittimità costituzionale, fosse preponderante la tensione fra astrattezza e concretezza, fra *lex* e *iura*. E, sebbene l’orientamento prevalente delineatosi già a partire dai lavori della Commissione Forti fosse quello in favore di un sindacato a tutela di un interesse oggettivo, prioritariamente teso al ripristino della legalità costituzionale, in tutti i modelli di giustizia costituzionale immaginati dai Costituenti ricorrevano ipotesi di accesso volte ad assicurare anche la tutela sostanziale dei diritti del singolo. Benché si sia registrato un importante cambio di direzione fra la fine dei lavori dell’Assemblea costituente e l’approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1948, con la soppressione delle varie ipotesi di ricorso diretto, la fortuna del giudizio incidentale ha consentito di salvaguardare la duplice finalità di tutela, oggettiva e soggettiva, dato che la modalità di avvio e la struttura di riferimento sono rappresentate da un giudizio che si pone come “*contesto concreto di tutela del diritto*”(p. 47).

È in relazione agli ingranaggi su cui si impernia tale sistema di controllo che si sono verificati i più rilevanti fenomeni di adattamento. Nel descriverli, la Lieto si sofferma in particolare sulla rilevanza e sulla sua interpretazione. Condizione imprescindibile per l’ammissibilità della questione ma anche nesso fondamentale di collegamento fra i due giudizi, la rilevanza, che si fonda sull’interesse del giudice a non applicare norme incostituzionali, è stata oggetto di un’interpretazione estensiva, nel senso di ammetterne la sussistenza anche nei casi di mera applicabilità della norma in astratto. Si tratta di un approccio motivato dalla già evidenziata esigenza di permettere al controllo di costituzionalità di penetrare nei contesti normativi meno accessibili e insuscettibili di dar luogo a un contenzioso che permetta di attivare il giudizio di legittimità costituzionale. Alla medesima finalità di ridurre la presenza delle cosiddette “zone d’ombra” della giustizia costituzionale è riconducibile il ben noto ampliamento della nozione di giudice *a quo*, forse la più esemplificativa manifestazione di “*adattamento del modello alla realtà fattuale*” (p. 58).

Tuttavia, il rimodellamento del sistema in funzione delle concrete esigenze poste dalla realtà emerge in modo forse ancora più evidente in relazione alle decisioni della Corte, con particolare riferimento alla loro efficacia temporale. L’assenza di una disciplina normativa dettagliata in materia ha permesso alla Consulta di porre in essere una considerevole azione manipolativa con riferimento agli effetti delle sue pronunce. Tali scelte sono spesso motivate dall’intento di evitare che gli effetti demolitori della decisione, pur assolvendo al primigenio intento di restaurazione della legalità costituzionale, sollevino problemi di altra natura, altrettanto disturbanti per la stabilità dell’ordinamento. Vengono ricordate, a titolo di esempio, le sentenze di incostituzionalità sopravvenuta o la recente sentenza n. 10 del 2015, relativa alla cd.

Robin Tax. In essa la Corte, dopo aver valutato le caustiche conseguenze finanziarie che l'applicazione retroattiva avrebbe prodotto, ha stabilito che gli effetti della decisione si applicassero solo *pro futuro*.

I sopracitati fenomeni di adattamento sono accomunati dal fatto di trovare impulso in un'azione della Corte costituzionale. Alcuni dei cambiamenti verificatisi, però, hanno necessariamente coinvolto l'attività del giudice comune, controparte essenziale del meccanismo di controllo e “*chiave di volta*” del modello incidentale (p. 73). Si pensi all'obbligo dell'interpretazione conforme il quale, pur muovendo da un intento “conservativo” della disposizione che si afferma a partire dall'elaborazione delle sentenze interpretative di rigetto implica, a monte, un accrescimento dell'impegno interpretativo del giudice *a quo*, il quale, nell'ordinanza di rimessione, dovrà offrire argomentazioni convincenti sull'impossibilità di individuare una lettura aderente al dettato costituzionale. L'interpretazione conforme rappresenta, a dire della Lieto, il primo passo di un processo di valorizzazione degli elementi di diffusione, all'interno di un modello di sindacato accentrato, che rileva solamente in termini di tendenza la quale, tuttavia, si intensifica nel momento in cui vengono in esame i rapporti fra giudici comuni, norme eurounitarie e corti sovranazionali. È la giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, ad attribuire al giudice comune un ruolo decisivo nella risoluzione di eventuali antinomie fra norme eurounitarie e norme interne. La sua importanza permane anche qualora l'impossibilità di sciogliere nodi interpretativi richieda di far appello allo strumento del rinvio pregiudiziale. Nonostante che l'unico organo titolare del potere di fornire uniforme interpretazione del diritto dell'Unione europea rimanga la Corte di Giustizia, è opportuno riconoscere come l'instaurazione di tale dialogo fra organi giurisdizionali, pur mantenendo fede all'impostazione originaria del giudizio incidentale (il dubbio interpretativo, la pregiudizialità), presupponga un'attività esegetica del giudice comune la cui posizione appare indubbiamente rafforzata.

L'emersione di una tendenza caratterizzata dalla accentuazione di forme di sindacato diffuso non mette in discussione la natura incidentale del sistema. Diverso è il caso in cui l'instaurazione del giudizio *a quo* abbia l'unico scopo di attivare il controllo di costituzionalità, ipotesi che ha trovato nella recente vicenda delle leggi elettorali una paradigmatica manifestazione. Non si può di certo negare che il tentativo di aggirare il divieto di ricorso diretto del singolo - la cui origine storica e applicazione negli altri ordinamenti viene brevemente descritta nei primi paragrafi del terzo capitolo - fosse sconosciuto. L'Autrice propone una rassegna dei numerosi casi in cui si è fatto uso dell'espedito della *fictio litis*, uno stratagemma che la giurisprudenza più rigorosa del giudice delle leggi ha condannato, sottolineando come la questione di legittimità costituzionale si presentasse come un tentativo “improprio” di azione diretta contro la norma censurata e che un eventuale accoglimento della questione sarebbe andato ad

“*esaurire la tutela richiesta nel giudizio principale*” (ord. 175 del 2003). Un’altra soluzione adoperata è stata quella di ricorrere all’azione di mero accertamento, la cui esperibilità risponde ad una effettiva esigenza di tutela poiché anche l’esistenza di una situazione di incertezza può arrecare un pregiudizio a una situazione giuridica soggettiva. Tuttavia, nel momento in cui da essa scaturisce una questione di legittimità costituzionale, è evidente la difficoltà di tracciare una linea di demarcazione fra i due *petita* soprattutto nel momento in cui “*il controllo di costituzionalità rappresenti l’essenza stessa dell’incertezza*” (p. 122).

Si è trattato di due escamotage a cui spesso si è fatto ricorso per sviluppare una particolare modalità processuale che si è tradotta nella realizzazione di un sindacato formalmente incidentale ma sostanzialmente diretto. Una formula che, ad avviso dell’Autrice, sembra ancora una volta trovar giustificazione nel fine di ridurre le “zone franche” della giustizia costituzionale, ragione che si porrebbe come l’unico vero “*assunto*” idoneo a giustificare rilevanti “*deroghe*” al modello (p. 122).

Nel caso delle note sentenze sulle leggi elettorali (nn. 1 del 2014 e 35 del 2017), però, tale rimedio avrebbe condotto ad un allontanamento ulteriore rispetto al modello originario dato che con tali vicende giurisprudenziali si sarebbe realizzata una forma di controllo astratto *a posteriori* sull’attività del legislatore a vantaggio di minoranze politiche e altre soggettività spinte da un interesse ad agire non particolare ma generale.

Questi singolari - e controversi - casi, ampiamente descritti nel settimo e nell’ottavo paragrafo del terzo capitolo, permettono all’Autrice di formulare alcune conclusioni preliminari sulla relazione fra le nuove formule processuali adottate e il modello incidentale. Contrariamente a quella dottrina che ritiene che la presenza di una concreta vicenda applicativa costituisca un elemento caratteristico ma non imprescindibile del controllo incidentale - una regolarità ma non la regola - e che sia sufficiente l’instaurazione di un giudizio basato su validi presupposti processuali per soddisfare il requisito dell’incidentalità, la Lieto sembra vedere in tali fenomeni una significativa discrepanza rispetto al modello originario. Si sarebbe in presenza di una frattura che impedisce di inquadrare tale esperienza empirica in quei già descritti meccanismi di adattamento e che conduce a classificarli come sintomo di un percorso di trasformazione. Tale asserzione è motivata dalla convinzione che sulle regole di accesso (modalità e soggetti legittimati) si fondi l’essenza del sistema di controllo. Con riferimento ai soli soggetti legittimati, ad esempio, si assisterebbe in tale circostanza all’emersione di un nuovo tipo di “*soggettività organizzata*”, mossa dall’obiettivo di mettere in discussione l’indirizzo legislativo di maggioranza attraverso l’abuso della questione di costituzionalità (p. 155).

Questo non significa, sottolinea l’Autrice, che tali processi di trasformazione che trovano origine e impulso nell’azione della Corte costituzionale e del giudice comune debbano essere necessariamente contrastati. Essi dovrebbero essere accompagnati,

tuttavia, da un intervento normativo. Una considerazione che si ricollega alla già citata questione della disponibilità delle regole del processo da parte della Corte costituzionale. È evidente che in materia di giustizia costituzionale operano una congerie di fonti di diverso rango, alcune delle quali possono essere oggetto di un profondo rimodellamento da parte della Corte – quelle di autonormazione, ad esempio -, altre rispetto alle quali è doveroso che il giudice delle leggi operi un certo *self restraint* in modo tale da evitare che si introducano in via interpretativa soluzioni incompatibili con una disciplina normativa di rango legislativo e costituzionale.

La vicenda delle leggi elettorali dimostra, comunque, secondo l'Autrice, la presenza di una soggettività nuova appartenente alla sfera dello Stato comunità e espressione del pluralismo politico che cerca di trovare nella dimensione giurisdizionale lo sbocco naturale per la risoluzione del conflitto e per la tutela dei propri diritti. Tale novità sarebbe un effetto, in primis, della crisi della rappresentanza politica che si manifesta nell'inadeguatezza dei tradizionali canali di partecipazione della cittadinanza e produce un'insoddisfazione diffusa verso l'azione dei rappresentanti e nei confronti del prodotto legislativo, il quale, a sua volta, risente dell'immobilismo dell'organo rappresentativo, incapace di dar luogo a leggi che siano “*sintesi equilibrata fra posizioni contrapposte*” (p. 174). Questa situazione di debolezza sembra favorire la tendenza a ricercare nella sede del giudizio di costituzionalità quelle soluzioni che la sfera politica appare ormai non più in grado di offrire. Tuttavia, l'assenza nel nostro sistema di un canale di accesso diretto del singolo e delle minoranze parlamentari, nonostante i tentativi di ampliamento dei soggetti legittimati posti in essere nella X e XI legislatura e nella recente riforma costituzionale “Renzi-Boschi”, ha fatto in modo che queste esigenze si esprimessero mediante una distorsione del meccanismo dell'incidentalità.

In presenza di tali condizioni, si possono individuare, a costituzione invariata, alcuni spunti di riforma per ripensare il modello incidentale e, in senso più ampio, la stessa attività di garanzia espletata dalla Corte, ai fini di soddisfare particolari istanze soggettive che sembrano rivendicare con insistenza un loro accoglimento. Uno di essi può essere costituito dall'estensione del contraddittorio. Già da tempo la Corte ha abbandonato l'iniziale atteggiamento di chiusura verso la partecipazione di soggetti terzi nel giudizio incidentale purché fosse ravvisabile un interesse concreto. I soggetti terzi, pur non potendo essere assimilati alle parti, potrebbero rivestire un ruolo nell'implementazione dell'attività istruttoria della Corte. Un'altra soluzione a cui si è già fatto ricorso è stata quella del conflitto fra poteri che, già da tempo, ha sopperito in alcuni casi alle difficoltà del modello incidentale nel far fronte alle esigenze di tutela.

Per chiudere la panoramica sulle diverse tipologie e cause dell'evoluzione del modello incidentale vengono dedicate alcune riflessioni finali ai processi di contaminazione. Ripartendo dalle premesse iniziali concernenti la natura ibrida del modello incidentale,

L'Autrice rileva come concretezza e astrattezza rimangano punti fermi del giudizio incidentale e costituiscano un'inscindibile "*commistione*" destinata a rimanere in equilibrio fino al giudizio dinnanzi alla Corte (p. 193). L'oggetto e il parametro del giudizio vengono definiti alla luce del sindacato concreto poiché la norma acquisisce significato in relazione a uno specifico momento applicativo. La pervasività dell'elemento concreto è ben esemplificata dalla regola secondo la quale, in caso di iniziativa di parte, il giudice *a quo*, pur rimanendo l'unico soggetto legittimato a sollevare la questione, deve attenersi alla questione così come prospettata dalle parti. Se, però, si sposta l'attenzione dal giudizio principale a quello di costituzionalità si vede come, con riferimento ai confini del *thema decidendum*, il fine di dar soddisfazione a un interesse astratto possa riemergere con forza. Fungono da esempio i casi in cui la Corte costituzionale ha dato luogo a una ridefinizione, in senso estensivo, della questione di costituzionalità, allontanandosi dall'oggetto prospettato nell'ordinanza di rimessione e non ottemperando così al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

L'esempio più rappresentativo di contaminazione, però, è costituito dal caso dell'illegittimità costituzionale consequenziale, con la quale si pone in essere una modalità di controllo astratto nell'ambito di un controllo concreto. Si tratta ancora una volta di una deroga al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato che, pur trovando fondamento nell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, è stata interpretata in modo estensivo dalla Corte. Anche questo fenomeno può essere qualificato come una dimostrazione della elasticità del modello giustificata in forza del carattere "*polivalente*" dell'incidentalità (p. 204).

L'analisi delle diverse traiettorie di sviluppo del modello incidentale, realizzata soprattutto attraverso l'osservazione dell'interazione fra gli attori che fungono da motore dell'intero sistema - la Corte, il giudice e le parti - consente all'Autrice di formulare le sue conclusioni. Il giudizio incidentale è indubbiamente caratterizzato da un certo dinamismo che si traduce in una naturale flessibilità e in una continua evoluzione delle regole che lo disciplinano. Tuttavia, i fenomeni di trasformazione a cui si è assistito di recente con il sindacato sulle leggi elettorali sembrano aver travalicato gli ordinari limiti dell'adattamento e permettono di aprire un nuovo discorso sul significato dell'incidentalità e sul riposizionamento all'interno del modello incidentale dei suoi soggetti protagonisti.

Alcune battute finali vengono dedicate alla questione della *fictio litis*, "*fulcro dei processi di trasformazione del modello incidentale*", che in realtà costituirebbe, secondo l'Autrice, "*un falso problema*" (p. 210-212). Pur non mettendosi in dubbio, infatti, che si sia fatto ricorso ad essa al solo fine di sollevare la questione di legittimità sulle leggi elettorali, tale problema emerge solamente nel momento in cui il giudice nell'ordinanza di rimessione o la Corte successivamente lo rilevano, sia pure nel senso di argomentare per escluderne la

sussistenza. In altre parole, il fatto che i due soggetti si siano affannati, in questa circostanza, per sostenere l'assenza di una *lis ficta* ha esposto i loro provvedimenti a critiche dottrinarie. Tuttavia, se gli attori coinvolti non la riscontrano espressamente essa non può rappresentare sul piano formale un ostacolo al sindacato diretto, fattore che renderebbe lo scenario attuale ancora più “*opaco*” (p. 212). Si potrebbe assistere, infatti, ad avviso della Lieto, ad un aggiramento ulteriore del divieto di ricorso diretto qualora sia il giudice *a quo* sia la Corte costituzionale decidessero di omettere qualsiasi accenno all'ipotesi della *fictio litis*.

Tale consapevolezza sembra condurre alla conclusione che un discorso sul modello incidentale dovrebbe inevitabilmente ripartire da un ripensamento delle attribuzioni e dei limiti alle azioni dei diversi protagonisti, in particolare a quelli della Corte costituzionale nelle mani della quale riposerebbe, in ultima istanza, il potere di porre un freno al ricorso diretto.

Giulia Vasino