



G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 382*.

L'incidentalità costituzionale italiana sembra conoscere, nell'odierno contesto storico e politico, le medesime tensioni riscontrate dalla fragile democrazia contemporanea. La peculiarità del nostro *canone* incidentale, così definito dall'A. per la sua inidoneità a costituire un modello processuale uniforme, ha finora rappresentato anche la sua stessa versatilità e capacità di resilienza al mutare delle condizioni storico-politiche e del diritto vivente. Quale limite posto dal diritto costituzionale alla legge ordinaria ed al contempo inevitabile fonte di orientamento per la normazione futura in capo al legislatore, costruito com'è alla stregua di un'eccezione processuale i cui effetti si riverberano però non solo sul giudizio *a quo* ma *erga omnes*, lo stesso pare aver mutato nel tempo la sua fisionomia: le ragioni di una tale mutazione sono da ricercarsi principalmente sia nella perdurante inerzia od incapacità del legislatore di produrre un sistema normativo razionalmente conforme a Costituzione, sia nella natura originariamente ibrida del giudizio incidentale.

L'analisi dell'A. sul giudizio incidentale si apre opportunamente *in medias res*, descrivendo la frizione attuale cui le categorie fondamentali dell'incidentalità (rilevanza, non manifesta infondatezza, pregiudizialità) sono sottoposte: tale crisi è tratteggiata paradigmaticamente, nei primi due capitoli, dalle due recenti sentenze con cui la Corte ha prefigurato scenari inediti per il controllo di costituzionalità. L'A. si focalizza anzitutto sulla sentenza n. 1/2014, con cui i Giudici delle leggi hanno ritenuto ammissibile lo scrutinio delle leggi elettorali politiche, unanimemente ritenute dalla dottrina precluse al vaglio dei giudici costituzionali (rappresentando una c.d. zona franca), sia per "la riserva di legge operata dall'art. 66 Cost. a favore del meccanismo parlamentare di verifica dei

* Contributo sottoposto a *peer review*.

poteri” la quale “rendeva la materia elettorale un’area sottratta, in linea di principio, al dominio della giurisdizione” (cit. p. 26) sia per la difficoltà di una valida configurazione dell’interesse ad agire in quanto diretto al riconoscimento del diritto di voto conforme a Costituzione. La Corte, per contro, ha considerato in questo caso l’attualità del pericolo e la gravità della violazione tali che “la tutela giurisdizionale invocata non po[tesse] essere frustrata per ragioni procedurali” (cit. p. 29): l’eccezionalità dell’orientamento è colta dal rilievo che “per la prima volta in termini così espliciti (ma non senza precedenti analoghi), la Corte sia stata chiamata a confrontarsi con un caso in cui la asserita violazione di un diritto costituzionalmente garantito è stata operata direttamente dalla legge” (cit. p. 35), per di più in materia elettorale. La motivazione argomentata dalla Corte in punto di ammissibilità della *quaestio*, se va apprezzata, nella prospettiva dell’A., per la definitiva eliminazione di zone franche ritenute non sindacabili dal giudice costituzionale, come tali incompatibili con la tenuta della legalità costituzionale specie ove siano violati il funzionamento del circuito rappresentativo e la conformità a Costituzione dell’esercizio del diritto di voto, lascia in ogni caso impregiudicata “la forzatura delle maglie processuali” operata dalla Corte, da individuarsi in una “eccezione ai meccanismi di accesso” al giudizio (cit. pp. 41-43); tale eccezione riguarda il requisito della pregiudizialità della questione, ricondotto dalla pronuncia all’afferenza della questione alla legge elettorale e quindi al corretto funzionamento del meccanismo democratico e rappresentativo: il pericolo grave e attuale di una sua violazione, in questo caso, ha cioè rappresentato di per sé – nell’argomentazione della Corte – una ragione di ammissibilità della questione. Tale dato si riverbera però necessariamente “sulla fisionomia del giudizio incidentale, per l’affrancamento che questo esito porta rispetto ai canoni acquisiti e per l’esaltazione di un potere di selezione ancorato a criteri evidentemente sostanzialistici” (cit. pp. 45-46).

La pronuncia n. 10 del 2015 si assesta su un orientamento simile ma in tema di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di annullamento, in quanto stabilisce la possibilità di un’efficacia retroattiva *ex nunc* argomentando tale scelta, nell’economia del percorso motivazionale, non alla stregua di una “conseguenza costituzionalmente necessitata di per come scaturisce dalla dinamica di accertamento del vizio di costituzionalità”, bensì nel senso di una “autoinvestitura di poteri” (cit. p. 84).

A fronte di tale giurisprudenza recente, il cui terminale ultimo è il legislatore, il quadro complessivo delle dinamiche attuali tra giudici rimettenti e Corte costituzionale è descritto, nel corso del terzo capitolo, nel senso di un “accentramento collaborativo” (cit. p. 136) fondato sull’incomprimibile “necessità di operare un controllo esterno sulle motivazioni del giudice in punto di rilevanza”, con la conseguenza che in sede di valutazione sull’ammissibilità delle questioni queste sono considerate inammissibili solo quando si risolvano in “motivazioni sul punto manifestamente carenti o implausibili”

(cit. p. 138). Quello attuale è però un approdo che è necessario vagliare in termini retrospettivi. L'opera costituisce infatti un prezioso discorso sopra lo stato presente del giudizio incidentale la cui efficacia è avvalorata da una fondamentale analisi storica. È imprescindibile, per una piena e corretta comprensione della evoluzione e dell'adattamento che la Corte è riuscita ad assicurare al giudizio incidentale nel divenire dell'ordinamento, ripercorrere l'*iter* che ha segnato la "genesì incerta" (cit. p. 151) dell'organo giudicante e del relativo controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale: basti pensare alla nota espressione di Costantino Mortati, riportata dall'A., il quale definì la Corte "la Cenerentola della Carta repubblicana" (cit. p. 152) per la fretta che assunse l'incedere della discussione intorno ad essa in vista dell'approvazione del testo finale e della legge cost. n. 1 del 1948, cui seguì la legge n. 87 del 1953. Di particolare interesse per il nostro costituzionalismo è il dato che, proprio in sede di approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1948, al termine dei lavori dell'Assemblea costituente, "dall'articolato scompaia all'improvviso il ricorso diretto dato per acquisito ancora poche settimane prima", con la conseguenza che "il ricorso incidentale si rivela come l'unica forma di accesso alla Corte se si prescinde dal giudizio in via principale tra Stato e Regioni" (cit. pp. 165-166). Tale impostazione originaria è però, in definitiva, coerente con la scelta di fondo che la Corte costituzionale sia "organo giurisdizionale e non politico", proprio in quanto configura "nei termini di una controversia il *proprium* della sua competenza" (cit. p. 171).

L'indagine storica e giuridica, a cui l'A. dedica i capitoli quarto e quinto, interseca quindi complessivamente le ragioni che hanno convinto i padri costituenti a preferire un primo filtro – quello rappresentato dal requisito della rilevanza della *quaestio* per l'accesso alla Corte, individuato ed apprezzato da un giudice d'ufficio o su eccezione di parte nell'ambito di una controversia – per l'accertamento dell'incostituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, ad un sistema di controllo diffuso di costituzionalità o di accesso diretto ed illimitato al giudizio della Corte mediante ricorso. Il giudizio di legittimità costituzionale si caratterizza già originariamente come ibrido, peculiare, determinato dalla stessa configurazione *sui generis* della Corte, la quale riveste infatti tutte le caratteristiche della giurisdizione, potendo essere investita solo di questioni occasionate da controversie e preventivamente filtrate dal giudizio di rilevanza e non manifesta infondatezza del giudice *a quo* (è infatti davanti al giudice che vive la legge, nella sua applicazione concreta) ed essendo il suo scrutinio, oltre che necessariamente sorretto dall'onere motivazionale, limitato al perimetro dell'ordinanza del giudice rimettente; ma la stessa Corte è inserita anche su un piano politico, ancorché diverso e separato rispetto agli altri organi costituzionali, e tale piano è quello della stessa attività interpretativa che la caratterizza in quanto giudice, ancorché separato dall'ordine giudiziario. Ed in effetti è proprio in sede di accertamento della rilevanza e della non

manifesta infondatezza della questione prospettata da parte del giudice *a quo* che la giurisprudenza costituzionale ha adattato la fisionomia dell'incidentalità: ove dapprima era ritenuto sufficiente, per l'accesso alla Corte, il mero dubbio del giudice circa la non manifesta infondatezza della questione, nel tempo l'approccio dei Giudici delle leggi è mutato nel senso dell'attribuzione di un *onus* maggiore al giudice rimettente, ossia lo sforzo di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione pena l'inammissibilità della questione. Tale orientamento si è tradotto in una fase di sentenze interpretative di rigetto che ha esposto la Corte non solo all'inopportunità di un potenziale conflitto con i giudici rimettenti, ma anche al rischio di un eccessivo restringimento dell'accesso al giudizio di legittimità costituzionale. Nella dialettica tra giudici e Corte costituzionale è noto peraltro, a partire dalla sentenza n. 11 del 1965, l'avvicinarsi delle “guerre tra le Corti” (cit. p. 226) che ha coinvolto in particolare la Cassazione – ossia il giudice della nomofilachia –, teso ad una definizione dei rispettivi ambiti giurisdizionali e del governo degli effetti temporali delle sentenze: tale conflittualità (non solo) potenziale conferma l'irriducibile autonomia del giudizio incidentale di legittimità costituzionale rispetto agli altri tipi di giudizio, una “esperienza senza modello” come definita dall'A., riconducibile ad una *regolarità* in luogo di regole predeterminate, costituendo propriamente un “deposito di razionalità” (cit. p. 298). È da interpretarsi quindi la recente ricollocazione della Corte “nella sede sua propria di attore primario dei percorsi di adeguamento del diritto legislativo alla Costituzione” nel senso di un suo “riaccentramento di funzioni” (cit. p. 308) che coinvolge però anche la rinnovata dimensione del suo onere motivazionale quale fondamentale componente di razionalità e di discorsività con il legislatore e con i giudici rimettenti.

Essere un canone e non un modello è quindi una dimensione ontologicamente necessaria per il giudizio incidentale, perché la funzione che assolve di garanzia della legalità costituzionale ne permette una modulazione: per la tutela di tale legalità costituzionale infatti “la considerazione per la maggioranza attuale che incarna la temporanea manifestazione dell'ideale democratico cede il passo alla deferenza per la maggioranza originaria, quella all'origine del patto costituente” (cit. p. 349).

La Corte costituzionale, il suo giudizio e la sua giurisprudenza rappresentano, in definitiva, una “terzietà riflessiva” dell'ordinamento che, come tale, non vive di immediatezza ma è “particolarmente legata alla garanzia di una temporalità lunga” (p. 348): ed è proprio questo, in particolare nel contesto odierno, il compito della Corte, ossia “di farsi garante della conservazione del tempo del processo democratico” (cit. p. 349).

Tuttavia la fiducia nella natura ibrida, e quindi duttile, dell'incidentalità non mette al riparo dal rischio di una sua trasfigurazione: l'attualità storica consente infatti di affermare, vista la gravità degli effetti che una legge elettorale non conforme a

Costituzione ha già dispiegato sull'ordinamento, che non sono sufficienti la funzione di garanzia della Corte costituzionale e la razionalità del giudizio incidentale, laddove sia manchevole l'ossequio dei cittadini e del legislatore per la forza e il valore dei principi costituzionali: non è un caso se l'A. inauguri il capitolo conclusivo con un celebre passaggio di Mortati: "è infatti radicato nello spirito italiano, poco affezionato ai valori della libertà, non educato all'esercizio della democrazia, non disposto ad alcun sacrificio per la difesa delle istituzioni popolari, l'inclinazione a cercare in presidi esterni, la monarchia ieri, la Corte costituzionale oggi, quelle difese che invece devono trovare il loro vero fondamento nel cuore di ogni cittadino". È questo, in conclusione, il monito dell'opera: lo spirito della maggioranza originaria del patto costituente deve continuare, poiché in democrazia ogni cittadino ne è depositario e, ove tale custodia sia rimessa *in toto* alla funzione autopoietica della Corte, si palesa il rischio che il giudizio costituzionale muti radicalmente fisionomia ed assuma un ruolo improprio. Il che, proprio in considerazione della funzione di garanzia che assolve per la temporalità lunga della democrazia, deve rappresentare un orizzonte da scongiurare.

Arianna Gravina Tonna