

PREFAZIONE ALLA SESTA EDIZIONE

Un libro sulla giustizia costituzionale è fatalmente destinato ad invecchiare a causa dello sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale. A quattro anni dalla precedente edizione, ho perciò ritenuto necessario procedere ad una nuova edizione che, per l'appunto, tiene conto della giurisprudenza nel frattempo formatasi. L'impostazione generale rimane inalterata. In appendice sono state aggiunte, per comodità del lettore, le disposizioni che disciplinano la Corte costituzionale. Mi sono mancate le forze per aggiornare la bibliografia e di ciò mi scuso anticipatamente nei confronti degli Autori che non risultassero citati.

STEFANO MARIA CICONETTI

Roma, novembre 2018

CAPITOLO I

GIUDIZIO DIFFUSO E GIUDIZIO ACCENTRATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI

SOMMARIO. 1. Il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: giudizio diffuso e giudizio accentrato. – 2. Il giudizio diffuso negli Stati Uniti. – 3. Il giudizio accentrato in Italia. La composizione della Corte costituzionale. Un caso di giudizio diffuso in relazione al diritto comunitario: rinvio. Le diverse competenze della Corte costituzionale.

1. Il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: giudizio diffuso e giudizio accentrato

Il controllo giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi – o, con altra ma equivalente espressione, il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi – può svolgersi e si è storicamente svolto secondo due meccanismi tra loro molto diversi: il giudizio diffuso e il giudizio accentrato.

Il **giudizio diffuso** comporta l'attribuzione ad ogni giudice, nell'esercizio dei poteri rientranti nella propria competenza, del sindacato sulla costituzionalità della legge. Il **giudizio accentrato**, invece, comporta l'attribuzione di tale sindacato in modo esclusivo ad un organo dotato dello specifico potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge, organo che, a seconda dei casi, può appartenere al potere giurisdizionale oppure essere ad esso estraneo. Pertanto, gli elementi che differenziano questo secondo meccanismo rispetto al primo non attengono necessariamente alla qualificazione del soggetto che eser-

cita il sindacato – l'essere o meno tale soggetto un giudice – ma risiedono piuttosto nell'esclusività della competenza e nell'effetto particolare – la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della legge – che dall'esercizio di tale competenza deriva a fronte di leggi ritenute incostituzionali.

2. Il giudizio diffuso negli Stati Uniti

Il **giudizio diffuso** nasce per la prima volta negli Stati Uniti e tale dato storico può apparire a prima vista un po' paradossale alla luce del fatto che la Costituzione americana non prevede l'esistenza di un qualsivoglia sindacato di legittimità costituzionale delle leggi. Tuttavia, se si riflette meglio, ci si rende conto che proprio la mancanza di qualsiasi norma al riguardo ha consentito ed anzi obbligato i giudici americani ad inventarsi un meccanismo per così dire "autarchico" di controllo della legittimità costituzionale delle leggi. È evidente, infatti, che il silenzio della Costituzione americana in ordine al sindacato di legittimità costituzionale delle leggi mentre esclude implicitamente un meccanismo di controllo accentrato – dato che l'attribuzione in via esclusiva ad un determinato organo di tale competenza richiede necessariamente l'esistenza di una norma che tale attribuzione positivamente stabilisca – non esclude, invece, un meccanismo di controllo diffuso, poiché tale controllo può essere esercitato da qualsiasi giudice nell'esercizio dei poteri ad esso conferiti da norme già esistenti nell'ordinamento.

Il principio del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi da parte di ogni giudice fu enunciato per la prima volta nella famosa sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1803 nel caso *Marbury v. Madison*, partendosi dalla duplice premessa del carattere rigido della Costituzione americana e del potere-dovere di ogni giudice d'interpretare sia la legge sia la Costituzione. Il giudice che, nell'esercizio della sua funzione, si trovi a dover applicare una legge al caso concreto, deve verificare preliminarmente che essa non contrasti con la Costituzione. Mentre, infatti, il contrasto tra due leggi è risolto applicando il criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*), poiché si tratta di atti

gerarchicamente pariordinati e dunque dotati di una medesima forza, nell'ipotesi di contrasto tra legge e Costituzione l'inferiorità gerarchica della prima le impedisce di modificare validamente la seconda. In questo caso, il giudice deve dare la prevalenza alla Costituzione e non può più risolvere la controversia sottoposta alla sua decisione ricorrendo alla legge ritenuta incostituzionale. Pertanto, egli deve giudicare prescindendo da quella legge, disapplicandola nel caso concreto ed applicando a quest'ultimo una diversa norma individuata sulla base del criterio dell'analogia o di altri criteri (ad es. il ricorso ai principi generali dell'ordinamento) consentiti dal singolo ordinamento giuridico positivo.

Tuttavia, la **disapplicazione** è uno strumento ad effetti singolari, nel senso che essa vale soltanto per la specifica controversia che ne costituisce l'oggetto e non produce, quindi, alcun vincolo nei confronti di un altro giudice che si trovi a dover decidere la medesima controversia. È evidente come ciò possa facilmente determinare situazioni d'incertezza del diritto qualora: un giudice decida una determinata controversia disapplicando la norma A, in quanto ritenuta incostituzionale, ed applicando la norma B; un altro giudice decida quella stessa controversia applicando, invece, la norma A, in quanto ritenuta conforme a Costituzione. Il rimedio a tale inconveniente risiede, nell'ordinamento nord-americano, nel **principio dello stare decisis**, secondo il quale le decisioni della Corte Suprema – organo giurisdizionale sostanzialmente equivalente, sotto il profilo delle funzioni, alla Corte di cassazione italiana – sono formalmente vincolanti nei confronti di tutti i giudici. Ritornando all'esempio di cui sopra, la parte soccombente a causa dell'applicazione della norma B potrà ricorrere in secondo grado e, se ancora soccombente, alla Corte Suprema, sostenendo che il giudice di primo grado ha erroneamente disapplicato la norma A poiché tale norma, a suo giudizio, non contrasta con la Costituzione. Qualora la Corte rigetti il ricorso e, confermando la disapplicazione della norma A in ragione della sua incostituzionalità, dichiarare applicabile la norma B, tale decisione sarà d'ora in poi vincolante per tutti i giudici di fronte ai quali si presentasse la stessa controversia oggetto della decisione della Corte: nessun giudice potrà più applicare la norma A, in quanto oramai definitivamente giudicata incostituzionale dalla Corte Suprema.

Due aspetti vanno sottolineati. Innanzitutto, il giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi non ha, negli Stati Uniti, una propria autonomia processuale poiché esso costituisce soltanto un momento interno al giudizio di merito in tutti i gradi in cui quest'ultimo concretamente si svolge. Ciò vale, dunque, anche per l'intervento della Corte Suprema, che non compie uno specifico giudizio di legittimità costituzionale ma si limita a valutare la legittimità o l'illegittimità della norma ai fini della sua applicazione o disapplicazione rispetto ad una determinata fattispecie oggetto di una controversia. In secondo luogo, l'eventuale convincimento della Corte in ordine all'illegittimità costituzionale della norma non comporta l'annullamento della norma stessa in quanto la Corte, anche in questo caso, non ha poteri diversi da quelli ordinari, poteri che sono finalizzati soltanto alla conferma o alla riforma della sentenza con la quale il giudice di merito ha deciso quella determinata controversia. La conferma dell'illegittimità costituzionale della norma significa, pertanto, conferma della disapplicazione della norma stessa, disapplicazione che, per il principio dello *stare decisis*, vincola per il futuro tutti i giudici.

La conclusione è la seguente: le norme ritenute incostituzionali dalla Corte Suprema non vengono annullate ma continuano formalmente ad esistere nell'ordinamento statunitense pur non potendo più essere applicate né dai giudici, né dalle autorità amministrative. Si tratta, come è stato pittorescamente ma efficacemente affermato dalla dottrina nord-americana, di leggi morte (*dead laws*); meno pittorescamente, tali leggi possono definirsi come leggi esistenti ma non più vigenti.

3. *Il giudizio accentrato in Italia. La composizione della Corte costituzionale. Un caso di giudizio diffuso in relazione al diritto comunitario: rinvio. Le diverse competenze della Corte costituzionale*

In Italia, come già in precedenza in Austria nel 1920 e come successivamente in Germania nel 1949 ed in Spagna nel 1978,

la scelta dell'Assemblea costituente fu per l'introduzione di un **giudizio di legittimità costituzionale di tipo accentrato**, affidato ad un organo chiamato Corte costituzionale. Tale organo, previsto dagli artt. 134-137 della Costituzione repubblicana del 1947, entrò, tuttavia, in funzione soltanto nel 1956 dopo che erano state approvate le leggi, costituzionali (9 febbraio 1948, n. 1; 11 marzo 1953, n. 1) ed ordinarie (11 marzo 1953, n. 87), previste dall'art. 137 Cost., necessarie per il concreto funzionamento della Corte¹. Nel periodo intercorso tra le due date suddette, il controllo di costituzionalità fu un controllo di tipo diffuso affidato alla magistratura, ai sensi della VII disp. trans. fin. della Costituzione, co. 2, secondo la quale «Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'art. 134 avviene nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione».

I motivi della preferenza accordata in Italia ad un sistema di tipo accentrato sono molteplici e di natura sia tecnico-giuridica che politica.

Tra i primi, va ricordata l'inesistenza in Italia del principio dello *stare decisis*: le sentenze della Corte di cassazione, pur avendo una notevole influenza sostanziale nei confronti degli altri giudici, non sono tuttavia formalmente vincolanti nei loro confronti. Viene così a mancare un presupposto essenziale, come si è visto in precedenza, per il corretto funzionamento di un sistema di controllo diffuso, tale cioè da evitare per quanto possibile incertezze e sperequazioni nell'applicazione giudiziale del diritto.

Tra i secondi, va segnalata la preoccupazione di non squilibrare la posizione reciproca dei poteri dello Stato, attribuendo in via esclusiva al potere giurisdizionale la funzione di bloccare l'operatività delle leggi, l'approvazione delle quali, così come la loro abrogazione, spetta al Parlamento; in altre parole, la preoccupazione di non contrapporre al potere positivo del Parlamento un potere negativo affidato alla magistratura, con il ri-

¹ Alle leggi citate si aggiunsero, successivamente all'entrata in funzione della Corte, la L. cost. 22 novembre 1967, n. 2 ed il regolamento, adottato dalla stessa Corte ai sensi degli artt. 14 e 22 della citata L. n. 87, recante «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale».

schio di un'eccessiva crescita dell'influenza, anche politica, di quest'ultima, rischio in parte verificatosi in passato negli Stati Uniti quando si parlò di "governo dei giudici".

Tuttavia, la preoccupazione suddetta non sarebbe stata eliminata dalla semplice rinuncia ad un controllo di costituzionalità di tipo diffuso e dall'istituzione di un controllo di tipo accentrato attribuito ad un organo formalmente non appartenente alla magistratura, qualora i componenti di tale organo fossero stati soltanto magistrati. Anzi, se così fosse, il peso della magistratura, non tanto in quanto potere in sé e per sé ma in quanto potere al quale concretamente apparterrebbero i membri dell'organo speciale competente a sindacare la legittimità costituzionale delle leggi, sarebbe ancora maggiore, dal momento che in un sistema accentrato la conseguenza dell'illegittimità della legge non è la sua disapplicazione ma la ben più grave misura del suo annullamento. Inoltre, poiché tra le competenze della Corte costituzionale italiana, oltre al giudizio di legittimità costituzionale, vi è anche la funzione di decidere sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, certamente pericoloso, non soltanto in nome del principio della terzietà del giudice (*nemo iudex in causa propria*), sarebbe stato affidare l'esercizio di tale funzione ad un organo composto da soggetti appartenenti ad un solo potere dello Stato.

Si può ragionevolmente affermare che in Italia, essendosi partiti dalla premessa dell'introduzione di un controllo di costituzionalità delle leggi di tipo accentrato, il **meccanismo di scelta dei membri della Corte costituzionale** sia stato pensato e definito avendo ben presente l'esigenza di evitare i suaccennati inconvenienti: diversificando da un lato, sotto l'aspetto passivo, la platea dei soggetti nominabili o eleggibili alla carica di giudice costituzionale e dall'altro, sotto l'aspetto attivo, la gamma dei soggetti competenti a nominarli o ad eleggerli.

Secondo quanto stabilisce l'art. 135 Cost., la Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative (**diversificazione sotto l'aspetto attivo**); i giudici della Corte costituzionale sono scelti fra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed

amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio (**diversificazione sotto l'aspetto passivo**).

In relazione a questo secondo punto, appare evidente come il comune denominatore delle tre categorie di soggetti nell'ambito delle quali vengono scelti i giudici costituzionali sia il possesso di una **specificata qualificazione professionale**, l'essere cioè operatori del diritto e dunque esperti in questo campo. La situazione cambia, invece, quando la Corte, esercitando una particolare competenza attribuitale dall'art. 134, ult. cpv., Cost., giudica sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica dal Parlamento in seduta comune. In tal caso (art. 135, co. 7, Cost.) ai quindici giudici ordinari si aggiungono altri sedici membri – i cosiddetti giudici aggregati – tratti a sorte da un elenco di cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore, che il Parlamento compila ogni nove anni mediante elezione con le stesse modalità stabilite per la nomina dei giudici ordinari. I giudici aggregati non devono, pertanto, possedere quegli stessi requisiti di professionalità giuridica che sono invece richiesti per i giudici ordinari. Tale circostanza si spiega facilmente con la peculiarità del ruolo, simile a quello di un giudice penale, che la Corte esercita quando giudica il Presidente della Repubblica, per cui in questo caso il *plenum* dei giudici, ordinari ed aggregati, esercita una funzione analoga a quella propria di una giuria.

In relazione al primo punto, occorre specificare che i giudici, la cui nomina spetta al Presidente della Repubblica, sono nominati con decreto di quest'ultimo, controfirmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (L. n. 87, art. 4). I giudici nominati dal Parlamento in seduta comune sono eletti da quest'ultimo a scrutinio segreto e con la maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea; per gli scrutini successivi al terzo è sufficiente la maggioranza dei tre quinti dei componenti l'Assemblea (L. cost. n. 2 del 1967, art. 3). Nell'elezione dei giudici la cui nomina spetta alle supreme magistrature ordinaria ed amministrative (tre alla Corte di cassazione, uno al Consiglio di Stato, uno alla Corte dei conti), sono proclamati eletti coloro che ottengono il maggior numero di voti purché raggiungano la maggioranza assoluta dei componenti del collegio; qualora nella prima votazione non si raggiunga tale maggioranza, si pro-

cede, nel giorno successivo, a votazione di ballottaggio tra i candidati, in numero doppio dei giudici da eleggere, che abbiano riportato il maggior numero di voti; sono proclamati eletti coloro che ottengono la maggioranza relativa; a parità di voti è proclamato eletto o entra in ballottaggio il più anziano di età (L. cost. n. 2 del 1967, art. 4).

Le **maggioranze qualificate** necessarie per l'elezione di cinque giudici da parte del Parlamento in seduta comune implicano la **necessità di accordi politici** sulle possibili candidature tra i partiti che compongono la maggioranza di governo ed i partiti di opposizione, dal momento che finora nessuna coalizione governativa ha potuto contare sull'appoggio di maggioranze parlamentari così ampie da raggiungere i due terzi o i tre quinti del Parlamento in seduta comune. Inoltre, nel caso di governi multipartitici – caso che è stato la regola in Italia e che prevedibilmente lo sarà ancora per il prossimo futuro – gli accordi di cui sopra intervengono anche tra gli stessi partiti che appoggiano il Governo, in relazione alla consistenza parlamentare e/o al peso politico di ciascuno di essi. In misura minore lo stesso fenomeno si riscontra per la nomina dei cinque giudici di competenza del Presidente della Repubblica: anche se le sue scelte sono in questo caso libere, trattandosi di atti che rientrano tra quelli presidenziali in senso stretto e rispetto ai quali la controfirma del Presidente del Consiglio ha soltanto valore di controllo e non di partecipazione alla decisione, sarebbe tuttavia scorretto se il Capo dello Stato nominasse giudici costituzionali cinque persone dichiaratamente appartenenti o comunque vicine, anche se non iscritte formalmente, ad uno stesso partito politico.

I giudici della Corte costituzionale sono nominati attualmente per nove anni², decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati; alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni, risultando da tale norma (art. 135, co. 4, Cost.) abrogato per i giudici costituzionali l'istituto della *prorogatio*, in precedenza previsto dal regolamento della

² Diversamente, i giudici nominati prima dell'entrata in vigore della L. cost. n. 2 del 1967 durarono in carica dodici anni (cfr. art. 6 della L. cost. cit.), decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento.

Corte fino alla data del giuramento del giudice chiamato a sostituire il giudice scaduto; l'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge³; **i giudici della Corte costituzionale non sono sindacabili, né possono essere perseguiti per le opinioni espresse e per i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni** (L. cost. n. 1 del 1953, art. 5).

Inoltre, l'art. 3, co. 2, della L. cost. n. 1 del 1948 sancisce che, finché durano in carica, **i giudici della Corte costituzionale godono dell'immunità accordata nel co. 2 dell'art. 68 Cost. ai membri delle due Camere e che l'autorizzazione ivi prevista è data dalla Corte costituzionale**. Le fattispecie oggetto della suddetta immunità non sono però, allo stato, facilmente individuabili perché l'art. 1 della L. cost. 29 ottobre 1993, n. 3, ha modificato sia il co. 2 che il co. 3 dell'art. 68 e quindi il rinvio che all'epoca il citato art. 3 compiva nei confronti del testo contenuto nel co. 2 allora in vigore non è più di per sé significativo. Per risolvere il problema – che finora non si è mai posto in concreto – occorrerà individuare, tra le norme contenute nei commi 2 e 3 dell'attuale testo dell'art. 68, quelle nella sostanza corrispondenti a quelle contenute nel co. 2 dello stesso art. 68 prima delle modifiche introdotte dalla L. cost. n. 3 del 1993.

La Corte elegge, tra i suoi componenti ed a maggioranza degli stessi, il **Presidente**, che rimane in carica per un triennio ed è rieleggibile, fermi in ogni caso i termini di scadenza dell'ufficio di giudice; qualora nessuno riporti la maggioranza, si procede ad una nuova votazione e, dopo di questa, eventualmente, alla votazione di ballottaggio tra i candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti e si proclama eletto chi abbia riporta-

³ Cfr. la L. n. 87 del 1953 che specifica tali ulteriori incompatibilità: art. 7: «I giudici della Corte costituzionale non possono assumere o conservare altri uffici o impieghi pubblici o privati, né esercitare attività professionali, commerciali o industriali, funzioni di amministratore o sindaco in società che abbiano fine di lucro. Durante il periodo di appartenenza alla Corte costituzionale i giudici che siano magistrati in attività di servizio, o professori universitari, non potranno continuare nell'esercizio delle loro funzioni. Essi saranno collocati fuori ruolo per tutto il periodo in cui restano in carica e fino a quando non raggiungano i limiti di età per essere collocati a riposo»; art. 8: «I giudici della Corte non possono svolgere attività inerente ad una associazione o partito politico».

to la maggioranza; in caso di parità è proclamato eletto il più anziano di carica e, in mancanza, il più anziano di età (art. 135, co. 5, Cost.; L. n. 87 del 1953, art. 6).

L'art. 14 della L. n. 87 del 1953 attribuisce alla Corte **autonomia regolamentare ed autonomia finanziaria**. Il co. 1 stabilisce che la Corte può disciplinare l'esercizio delle sue funzioni con regolamento approvato dalla maggioranza dei suoi componenti; il regolamento è pubblicato sulla Gazzetta ufficiale. Il co. 2, stabilisce che la Corte, nei limiti di un fondo stanziato a tale scopo con legge del Parlamento, provvede alla gestione delle spese, degli uffici e dei servizi. Il co. 3, infine, introduce per i dipendenti della Corte il **principio di autodichia**, stabilendo che «la Corte è competente in via esclusiva a giudicare sui ricorsi dei suoi dipendenti». Come si vede, le tre citate disposizioni riproducono abbastanza fedelmente, nel loro contenuto, le disposizioni vigenti per i due rami del Parlamento. Sotto il profilo formale, tuttavia, la situazione è notevolmente diversa poiché mentre le disposizioni relative alla Corte costituzionale sono contenute in una legge ordinaria, quelle relative ai due rami del Parlamento sono contenute in Costituzione (art. 64, co. 1), per quanto attiene all'autonomia regolamentare, e nei regolamenti parlamentari, per quanto attiene all'autonomia finanziaria ed al principio di autodichia. Perciò, mentre le prime potrebbero essere modificate con lo strumento della legge ordinaria, ciò non sarebbe possibile per le seconde alla luce del principio della rigidità della Costituzione nel primo caso e del principio della riserva di regolamento parlamentare nel secondo caso.

L'introduzione in Italia di un giudizio di legittimità costituzionale delle leggi di tipo accentrato, riservato ad un organo specifico chiamato Corte costituzionale, ha subito tuttavia negli ultimi anni **un'importante eccezione in riferimento ad alcune fonti del diritto comunitario**. Come si vedrà in modo particolareggiato più avanti, la verifica della legittimità delle leggi italiane nei confronti delle fonti suddette non spetta più alla Corte costituzionale, diversamente da quanto accaduto in un primo tempo, ma ad ogni giudice che si trovi a dover decidere una controversia relativa ad una fattispecie disciplinata da un legge e da un regolamento comunitario tra loro contrastanti: in tal caso il giudice dovrà disapplicare la legge e risolvere la contro-

versia applicando la norma comunitaria. L'ipotesi così sinteticamente descritta rappresenta **un evidente caso di controllo di legittimità di tipo diffuso**.

La Corte costituzionale italiana, oltre al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, ha una serie di competenze diverse, previste dall'art. 134 Cost. e, per una soltanto, dall'art. 2 della L. cost. n. 1 del 1953. Complessivamente, le competenze della Corte costituzionale sono le seguenti:

a) giudizio sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni (art. 134, I cpv.);

b) giudizio sui **conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni** (art. 134, II cpv.);

c) giudizio sulle accuse promosse contro il **Presidente della Repubblica**, a norma della Costituzione (art. 134, III cpv.);

d) giudizio di **ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativo** previsto dall'art. 75 Cost. (L. cost. n. 1 del 1953, art. 2).

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI E DEGLI ATTI AVENTI FORZA DI LEGGE DELLO STATO E DELLE REGIONI

SOMMARIO. 1. Concetti generali: legittimità e merito; illegittimità originaria e illegittimità sopravvenuta; vizi sostanziali e vizi formali; il vizio di eccesso di potere legislativo. – 2. Gli aspetti sostanziali del giudizio di legittimità costituzionale. – *a)* L'oggetto del giudizio: atto, disposizione e norma; esclusione delle fonti-fatto (consuetudine); le fonti-atto: leggi ordinarie e leggi costituzionali, la forza di legge, i decreti-legislativi, i decreti-legge, i decreti di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale, il *referendum* abrogativo, le fonti comunitarie; esclusione dei regolamenti amministrativi, del regolamento della Corte costituzionale e dei regolamenti parlamentari. – *b)* Il parametro del giudizio: le norme formalmente costituzionali; le norme interposte; l'art. 10, co. 1, Cost. e la sent., Corte cost. n. 238 del 2014; i cosiddetti parametri "eventuali"; la situazione particolare delle fonti comunitarie; l'esclusione della parametricità dei regolamenti parlamentari; tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte. – 3. Gli aspetti processuali del giudizio di legittimità costituzionale. I meccanismi adottati dal legislatore per assicurare la funzionalità della Corte costituzionale. – *a)* Il giudizio in via incidentale o in via di eccezione: il giudice *a quo*, la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, l'ordinanza di rimessione alla Corte. – *b)* Il giudizio in via principale o in via di azione: i soggetti legittimati al ricorso, i motivi del ricorso e la diversa posizione dello Stato e delle Regioni. Ulteriori differenze tra il giudizio in via incidentale ed il giudizio in via principale. – 4. Il giudizio di fronte alla Corte: cenni sulla procedura, ordinanze e sentenze. Tipi di ordinanze. Tipi di sentenze: di rigetto, di accoglimento, monitorie, interpretative, manipolative (additive, sostitutive, additive di principio).

1. *Concetti generali: legittimità e merito; illegittimità originaria e illegittimità sopravvenuta; vizi sostanziali e vizi formali; il vizio di eccesso di potere legislativo*

Prima di esaminare, sotto il profilo sostanziale e sotto quello processuale, il giudizio di legittimità costituzionale, sembra opportuno ricordare alcuni concetti generali che sono strettamente collegati a tale argomento.

Innanzitutto, il principio fondamentale secondo il quale la Corte costituzionale è esclusivamente **giudice di legittimità**, essendole precluso ogni sindacato di merito in ordine al contenuto delle leggi e degli atti con forza di legge. Tale principio, già desumibile dall'espressione "controversie relative alla *legittimità costituzionale*" contenuta nell'art. 134 Cost., è compiutamente esplicitato dall'art. 28 della L. n. 87 del 1953, secondo il quale «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

In secondo luogo, la distinzione tra **illegittimità originaria** e **illegittimità sopravvenuta**: si ha illegittimità originaria quando il contrasto si verifica nei confronti di norme di grado superiore già esistenti, per cui si può affermare che l'atto o la disposizione o la norma sono illegittimi fin dal momento della loro immissione nell'ordinamento; si ha illegittimità sopravvenuta quando il contrasto si verifica nei confronti di norme di grado superiore create in un momento successivo rispetto all'atto, alla disposizione o alla norma di grado inferiore, per cui si può affermare che questi (o queste) nascono legittimi e diventano illegittimi in un momento successivo. Un esempio di illegittimità sopravvenuta è costituito dal giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi anteriori alla Costituzione repubblicana, affermato dalla Corte costituzionale nella sua prima sentenza (sent. n. 1 del 1956), con la precisazione secondo cui l'eventuale dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una legge anteriore produce effetti soltanto dal momento dell'entrata in vigore della norma costituzionale nei confronti della quale sussiste il contrasto.

In terzo luogo, la distinzione tra **vizi sostanziali**, che atten-

gono al contenuto di un atto normativo (e quindi alle disposizioni che lo compongono ed alle norme che da queste si ricavano), e **vizi formali**, che attengono al mancato rispetto delle norme di grado superiore sul procedimento di formazione dell'atto normativo nel suo complesso oppure di singole disposizioni contenute nell'atto stesso. Tale definizione dei vizi formali esclude, evidentemente, l'accettazione della tesi, in passato molto diffusa, secondo la quale i vizi sostanziali determinerebbero l'illegittimità parziale dell'atto (l'illegittimità delle sole disposizioni viziate), mentre i vizi formali, riguardando la formazione dell'atto normativo, determinerebbero sempre l'illegittimità totale di quest'ultimo. A prescindere da ogni considerazione teorica, infatti, gli esempi di singole disposizioni viziate sotto il profilo formale sono piuttosto agevoli nell'attuale ordinamento italiano: valga per tutti il caso di una disposizione che, pur prevedendo una delega legislativa al Governo ai sensi dell'art. 76 Cost., sia tuttavia contenuta in una legge approvata non secondo il procedimento "normale", previsto ed in questo caso imposto dall'art. 72, co. 4, Cost., ma secondo uno dei due procedimenti "speciali", caratterizzati dall'intervento della competente commissione in sede legislativa o redigente.

Tra i vizi sostanziali, un cenno particolare merita il cosiddetto vizio di **violazione del giudicato costituzionale** al quale la Corte costituzionale ha fatto riferimento in alcune occasioni, affermando, in particolare nella sent. n. 88 del 1966 (parzialmente anticipata dalla sent. n. 73 del 1963 e successivamente confermata dalle sentt. nn. 233 del 1983, 922 del 1988, 350 del 2010 e 245 del 2012), che così come «l'art. 136 sarebbe violato ove espressamente si disponesse che una norma dichiarata illegittima conservi la sua efficacia, del pari contrastante col precetto costituzionale deve ritenersi una legge la quale, per il modo in cui provvede a regolare le fattispecie verificatesi prima della sua entrata in vigore, persegue e raggiunge, anche se indirettamente, lo stesso risultato»; inoltre, l'art. 136 Cost. «non solo comporta che la norma dichiarata illegittima non venga assunta a criterio di qualificazione di fatti, atti o situazioni, ma impedisce anche, e necessariamente, che attraverso una legge si imponga che fatti, atti o situazioni siano valutati come se la dichiarazione di illegittimità costituzionale non fosse intervenu-

ta». Il vizio suddetto, pertanto, si verifica in primo luogo quando una legge o un atto con forza di legge riproducano per il futuro una norma identica ad una precedente norma già dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con violazione delle stesse norme parametro.

Quest'ultimo elemento ha fatto dubitare della possibilità di configurare come vizio autonomo la violazione del giudicato costituzionale, poiché l'ulteriore violazione dell'art. 136 risulterebbe comunque assorbita dalla precedente e necessaria violazione delle altre norme parametro. Se tale tesi può essere sostenibile in riferimento alla riproduzione della norma per il futuro, la violazione dell'art. 136 sembra avere una propria autonomia valenza per il passato poiché, come si deduce dalle citate affermazioni della Corte, esso vieta altresì alla legge d'intervenire, "anche se indirettamente", sugli effetti prodotti per il passato da una norma dichiarata incostituzionale. Un esempio tipico in tal senso ricorre quando una legge faccia salvi retroattivamente taluni degli effetti prodotti per il passato da una legge dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

Assai dibattuta è la possibilità di ammettere, tra i vizi sostanziali degli atti normativi, un sindacato sull'eccesso di potere legislativo. Tale problematica s'inquadra nel tentativo di applicare alla validità delle leggi uno dei vizi di legittimità degli atti amministrativi (accanto all'incompetenza ed alla violazione di legge), venutosi ad elaborare – soprattutto grazie al contributo giurisprudenziale del Consiglio di Stato – attorno alla figura dello "sviamento di potere", cioè della deviazione del singolo atto dallo "scopo" in vista del qual è riconosciuto il potere di adottarlo.

Le perplessità ad utilizzare questo vizio nel sindacato sugli atti normativi nascono soprattutto dal timore che, per tale via, si finisca con l'effettuare un controllo sulle scelte proprie del legislatore, travalicandosi il limite posto dal già ricordato art. 28 della L. n. 87 del 1953, secondo cui «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Siffatte cautele sembra abbiano condizionato anche la giurisprudenza costituzionale che, negli anni, è apparsa assai restia ad ammet-

tere esplicitamente il controllo sull'eccesso di potere legislativo, preferendo in genere eludere tale problematica (tra le decisioni che offrono qualche spunto a favore di questa forma controllo si ricordano le sentt. nn. 187 del 1981 e 195 del 1982).

Ad ogni modo, il sindacato sui "fini" degli atti normativi – non affermatosi nelle forme dell'eccesso di potere legislativo – è rifluito nella problematica della necessaria **ragionevolezza e coerenza logica delle leggi** che, pur in mancanza di esplicite previsioni positive, è arrivata a costituire, nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale, un limite generale molto penetrante per la legislazione, ricostruito sulla base di un'**interpretazione estensiva dell'art. 3 Cost.**, secondo la quale la suddetta disposizione non si limiterebbe a sancire il principio dell'egualianza di tutti i cittadini di fronte alla legge ma, seppure implicitamente, vieterebbe anche l'adozione di atti normativi recanti disposizioni palesemente arbitrarie o irragionevoli.

Questa forma di sindacato si risolve in una valutazione funzionale di congruenza e adeguatezza delle disposizioni, avvalendosi, di volta in volta, di diversi elementi di giudizio (quali, ad es., i lavori preparatori della legge), che si atteggiavano a "sintomi" del vizio. Non si è molto lontani dal controllo sull'eccesso di potere, come del resto la stessa Corte costituzionale ha recentemente rilevato in un giudizio sulla congruità della misura di sanzioni penali, osservando che affinché «sia possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di "eccesso di potere" e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa» (così sent. n. 313 del 1995; ma v. anche la successiva sent. n. 146 del 1996).

2. Gli aspetti sostanziali del giudizio di legittimità costituzionale

Ragioni di chiarezza consigliano di trattare l'argomento del giudizio di legittimità costituzionale distinguendo tra gli **aspetti sostanziali** e gli **aspetti processuali** ad esso relativi. Nel presente paragrafo ci si occuperà dei primi, distinguendo ulteriormente tra i problemi relativi all'oggetto del giudizio ed i problemi relativi al parametro dello stesso.

a) *L'oggetto del giudizio: atto, disposizione e norma; esclusione delle fonti-fatto (consuetudine); le fonti-atto: leggi ordinarie e leggi costituzionali, la forza di legge, i decreti-legislativi, i decreti-legge, i decreti di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale, il referendum abrogativo, le fonti comunitarie; esclusione dei regolamenti amministrativi, del regolamento della Corte costituzionale e dei regolamenti parlamentari*

Prima d'individuare quali siano, ai sensi dell'art. 134, I cpv., Cost., gli atti sottoponibili al giudizio di legittimità costituzionale della Corte, occorre ricordare, sotto un aspetto più generale, che oggetto di tale giudizio possono essere gli **atti, oppure le disposizioni che li compongono, oppure le norme che dalle disposizioni si ricavano per via interpretativa**. Anche quest'ultimo punto, a suo tempo contestato soprattutto dalla Corte di cassazione quando la Corte costituzionale ricorse per la prima volta alle cosiddette sentenze interpretative¹, è oggi del tutto pacifico sia in dottrina che sulla base di una giurisprudenza della Corte oramai consolidata (v. da ultimo, sent. n. 84 del 1996).

Quanto all'**individuazione degli atti oggetto del giudizio**, essa sembrerebbe a prima vista agevole sulla base dell'art. 134, cpv. 1, Cost., che esplicitamente limita il giudizio di legittimità

¹ Argomento che verrà trattato approfonditamente più avanti (cfr. in questo stesso cap., § 4, p. 93 ss.), quando verrà esaminata la tipologia delle sentenze della Corte costituzionale.

costituzionale alle leggi dello Stato e delle Regioni ed agli atti aventi forza di legge; questi ultimi, inoltre, possono essere soltanto atti dello Stato, dal momento che nell'ordinamento italiano non sono previsti atti con forza di legge attribuiti alla competenza delle Regioni. In realtà, invece, i problemi posti da quella disposizione, solo apparentemente chiara, non sono affatto pochi.

Innanzitutto, l'elencazione tassativa contenuta nell'art. 134, I cpv., Cost., esclude che oggetto del giudizio di legittimità costituzionale possano essere tutti quegli atti normativi che non siano leggi oppure che siano **atti privi della forza di legge**, come, ad esempio, i regolamenti amministrativi.

In secondo luogo, la citata disposizione costituzionale, riferendosi esclusivamente a fonti-atto (leggi ed atti con forza di legge), esclude implicitamente che oggetto del giudizio di legittimità costituzionale possano essere **fonti-fatto**². Tale esclusione si riferisce, evidentemente, alle norme consuetudinarie, anche se, trattandosi di norme inferiori alla legge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, 8 e 15 delle Disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile, la loro inidoneità a costituire l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale deriva comunque dalla carenza di forza di legge.

L'esclusione delle fonti-fatto dal controllo della Corte costituzionale non significa però che debba ritenersi esclusa la possibilità del controllo nei confronti di qualsiasi norma non scritta. Tale controllo deve, infatti, ammettersi nei confronti dello *jus non scriptum* quando esso è creato non da una fonte-fatto – come è, invece, il caso delle norme consuetudinarie – bensì da una fonte-atto: ipotesi che ricorre quando un atto normativo interno contiene il cosiddetto **ordine di esecuzione delle clausole di un trattato internazionale** ratificato dallo Stato italiano (ipotesi che in dottrina viene qualificata come esempio di meccanismo di creazione indiretta del diritto). Nei casi in cui l'ordine di esecuzione è contenuto in una disposizione legislativa, la Corte costituzionale si è ripetutamente pronunciata in favore della sindacabilità delle norme così create (la prima di

² Cfr. in tal senso la sent. 23 dicembre 1977, n. 5724 della Corte di cassazione.

molte sentenze è la sent. n. 98 del 1965), affermando che l'**eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale deve avere per oggetto la disposizione legislativa contenente l'ordine di esecuzione per la parte in cui si riferisce a norme ricavate da determinate clausole del trattato.**

Come si è visto in precedenza, l'art. 134, I cpv., Cost., sancisce innanzitutto che oggetto del giudizio di legittimità costituzionale siano «le leggi dello Stato e delle Regioni». La Corte ha peraltro precisato che deve ritenersi inammissibile una questione di legittimità costituzionale che abbia ad oggetto enunciazioni inserite in un atto-fonte prive di contenuto normativo (sent. n. 372 del 2004). Nella fattispecie si trattava di disposizioni contenute nello Statuto della Regione Toscana indicanti aree di prioritario intervento politico o legislativo, nonché proclamazioni di finalità da perseguire. Secondo la Corte, a tali enunciazioni, «anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto».

Nessun problema sorge a proposito della individuazione delle leggi ordinarie dello Stato poiché tali sono tutti quegli atti scritti approvati dalle due Camere ai sensi degli artt. 70 ss. Cost., promulgati dal Presidente della Repubblica e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale; lo stesso vale per le leggi regionali, il procedimento di formazione delle quali si ricava chiaramente dalla Costituzione e dagli Statuti regionali: in ambedue i casi le figure della legge statale e della legge regionale si ricostruiscono esclusivamente sulla base di elementi formali.

Un problema può, invece, sorgere nei riguardi dell'espressione «leggi dello Stato», trattandosi di verificare se con tale espressione si siano volute indicare soltanto le leggi ordinarie oppure anche le leggi costituzionali disciplinate dall'art. 138 Cost. Sotto il profilo interpretativo va certamente accolta la soluzione estensiva sia perché l'espressione «legge», per la sua genericità, non può non comprendere tutti i tipi di legge previsti dall'ordinamento italiano, sia perché, se i Costituenti avessero voluto escludere le leggi costituzionali dal giudizio di legittimità costituzionale, avrebbero usato nell'art. 134 l'espressione «leggi

ordinarie" (*ubi voluit dixit*). Da un punto di vista sostanziale, peraltro, si potrebbe dubitare della possibilità di sottoporre al giudizio di legittimità costituzionale le leggi costituzionali, dal momento che esse sono gerarchicamente pariordinate alla Costituzione ed anzi costituiscono, come testualmente recita l'art. 138 Cost., l'unico strumento mediante il quale è consentito revisionare la Costituzione: il contrasto tra una legge costituzionale e la Costituzione, quindi, non potrebbe per definizione comportare l'illegittimità costituzionale della legge costituzionale ma, all'opposto, determinerebbe l'abrogazione della norma della Costituzione nei cui confronti sussiste il contrasto. Tale soluzione, così argomentata, varrebbe, esattamente negli stessi termini, tanto nel rapporto tra Costituzione rigida e leggi costituzionali, oggi vigente nell'ordinamento repubblicano italiano, quanto nel rapporto tra Costituzione flessibile e leggi ordinarie, in passato vigente nel precedente ordinamento monarchico.

Tuttavia, gli indicati dubbi, di per sé esatti in via di principio, non lo sono più, in concreto, con riferimento a due ipotesi.

In primo luogo, nel caso di **vizio formale**, quando, cioè, una legge costituzionale, in regime di Costituzione rigida, oppure una legge ordinaria, in regime di Costituzione flessibile, sia approvata in contrasto con le norme, contenute in Costituzione, che disciplinano il rispettivo procedimento di formazione. Anche se il contrasto si verifica, in ambedue i casi, tra fonti di pari grado, non si può parlare di deroga tacita alle norme costituzionali sul procedimento: tale supposta deroga, infatti, non viene stabilita da una legge perfetta ed operante poiché essa si è, o meglio si sarebbe, verificata nel corso del procedimento di formazione della legge, in un momento, quindi, nel quale la legge non poteva dirsi ancora esistente. Ne deriva da un lato l'impossibilità di parlare di deroga tacita, data l'inesistenza di un atto idoneo a produrre tale deroga; dall'altro, la necessità di risolvere la questione in termini di illegittimità costituzionale per vizio formale della legge, nonostante il contrasto non sia tra atti di diverso grado.

In secondo luogo, la possibilità che le leggi, costituzionali in regime di Costituzione rigida ed ordinarie in regime di Costituzione flessibile, siano viziate per il loro contenuto sussiste qualora esse violino i **limiti della revisione costituzionale**, inten-

dendosi con tale espressione i divieti di modificare talune norme o principi, divieti che possono essere **espresi**³, secondo l'opinione che appare preferibile, o anche **taciti**, secondo l'opinione oggi prevalente accolta dalla Corte costituzionale⁴. Nelle ipotesi suddette, riproponendosi una differenziazione gerarchica tra le norme sottratte a revisione e le eventuali leggi con esse contrastanti, nulla ostacola più, neanche in via di principio, la sindacabilità di tali leggi e dunque, per quanto attiene all'attuale ordinamento italiano, la sottoponibilità delle leggi costituzionali al giudizio di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale.

Un'ipotesi particolare di sindacato sulle leggi costituzionali ricorre a proposito delle **leggi costituzionali, previste dall'art. 116 Cost., che hanno adottato gli statuti delle cinque Regioni ad autonomia speciale**. È da ritenere, infatti, che il particolare e circoscritto contenuto di tali leggi costituzionali – l'adozione di statuti che prevedano forme e condizioni particolari di autonomia – limiti la loro capacità derogatoria alle sole disposizioni, contenute nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione, che disciplinano in generale l'autonomia delle Regioni a Statuto ordinario. Pertanto, le suddette leggi costituzionali potranno essere sindacate dalla Corte non soltanto per vizi formali e per violazione di limiti alla revisione costituzionale ma anche per violazione di qualsiasi disposizione della Costituzione diversa da quelle contenute nel Titolo V della Parte seconda.

L'individuazione concreta di quali siano gli **“atti aventi forza di legge”** costituisce il maggior problema posto dall'art. 134 poiché si ritiene, in modo pressoché unanime, che tali non possano essere soltanto i due atti (i decreti legislativi ed i decreti-

³ Cfr., come esempio di limite espresso, l'art. 139 Cost.: «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale».

⁴ Cfr. soprattutto la sent. n. 1146 del 1988 nella quale la Corte testualmente afferma: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

legge) ai quali espressamente la Costituzione (art. 77) attribuisce la forza di legge. Quali siano gli altri atti ai quali tale forza debba riconoscersi dipende, pertanto, dalla **definizione del concetto di forza di legge**; una volta che tale definizione sia stata acquisita con ragionevoli margini di certezza, la si potrà applicare di volta in volta per stabilire se un determinato atto normativo abbia o no le caratteristiche che consentano di definirlo come atto dotato o privo di forza di legge. Tuttavia, l'elaborazione dottrinaria del concetto di forza di legge è stata in Italia talmente articolata e complessa da non poter essere esaminata con il dovuto approfondimento in questa sede. Tanto più che, diversamente dall'abbondanza della dottrina, **la giurisprudenza della Corte costituzionale è assolutamente carente in ordine alla definizione del concetto di forza di legge**, essendosi la Corte limitata ad affermare o a negare, in fattispecie specifiche e senza particolari motivazioni applicabili in via generale, se un determinato atto avesse o no forza di legge: come si vedrà tra poco, tali sono stati, rispettivamente, i casi dei decreti del Presidente della Repubblica di attuazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale e dei regolamenti amministrativi. In questa sede, pertanto, sembra sufficiente limitarsi a dar conto delle **principali teorie in tema di forza di legge**, esaminando successivamente la giurisprudenza della Corte sui decreti legislativi, sui decreti-legge e sugli altri atti normativi sui quali la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi in un modo e nell'altro.

Secondo una prima tesi, le caratteristiche della forza di legge sarebbero due: la **primarietà**, intesa come elemento proprio di quelle fonti che non hanno al di sopra di sé alcuna altra fonte ad eccezione di quelle di grado costituzionale; la **raffrontabilità in termini di equipollenza alla legge**, intesa come capacità di un atto normativo primario di operare nell'ambito attribuito dalla Costituzione alla legge. In sintesi, per questa tesi la forza di legge è determinata dalla **capacità, propria di un atto normativo diverso dalla legge, di abrogare quest'ultima**. Tale capacità viene poi ulteriormente specificata, da altra parte della dottrina, in una duplice direzione: un atto, per essere qualificato come atto con forza di legge, deve avere, allo stesso tempo, la capacità di abrogare le leggi e gli altri atti con forza di legge