



Rivista N°: 2/2019  
DATA PUBBLICAZIONE: 03/06/2019

AUTORE: Tania Groppi\*

## LA CORTE E 'LA GENTE': UNO SGUARDO 'DAL BASSO' ALL'ACCESSO INCIDENTALE ALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE\*\*

*Sommario: 1. Prologo: da Salgotarjan a Palermo. – 2. Parchitudine. – 3. L'iniziativa: un filtro che colora. – 4. Le vie di accesso: dall'alto. – 4.1. Dalla duplicità al monopolio. – 4.2. Un occhiale per leggere la realtà. – 4.3. Virtù dell'accesso incidentale. – 4.4. Difetti dell'accesso incidentale. – 4.5. Il fiume carsico del ricorso diretto. – 5. Le vie di accesso: dal basso. – 5.1 Di fronte alla legge ('sospetta'). – 5.2. Disobbedienza necessaria. – 5.3. Un excursus: disobbedienza civile e 'casi esemplari'. – 5.4. Lis ficta?. – 5.5. Un'anomalia e la sua normalizzazione. – 5.6. Il sentimento popolare per la Costituzione. – 6. Tempi nuovi, tempi difficili. – 7. Abbiamo davvero bisogno di 'eroi ribelli'?*

### 1. Prologo: da Salgotarjan a Palermo

Tra basse colline boschive, ancora grigie d'inverno, la città sembra uscire immutata dagli anni Settanta: le sfilate di palazzoni monotoni, la piazza lastricata di marmo, i chioschetti dove le vecchine vendono piccoli panini in sacchetti di nylon, i blocchi di cemento di cinema, supermercato, centro culturale, spogli e sbrecciati, la stazioncina con il nome scritto con i tubi al neon, 'Salgotarjan', e binari che si attraversano a piedi. Il sindaco ci accoglie con fierezza nel municipio moderno: questo antico centro industriale ormai dismesso si è affidato, rara eccezione in Ungheria di questi tempi, a un minatore socialista in pensione, baffo allegro e occhio vispo. Non senza conseguenze immediate: la riduzione di colpo dei finanziamenti statali, accompagnata dall'accusa, gridata sui media dal Primo ministro, di appartenere all'internazionale socialista dei sindaci, che in combutta con l'Unione europea vorrebbe svendere le terre della cristianità agli infedeli. Con la minaccia, non così velata, di distribuire la tanto osteggiata 'quota ungherese' di migranti tra i pochi comuni guidati dall'opposizione, che dovrebbero sostenerne le spese. Ribellarsi alle imposizioni del governo? Disapplicare

---

\* Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università di Siena.

\*\* Una versione ridotta di questo testo, dal titolo "*Le fatiche dell'accesso incidentale alla giustizia costituzionale: uno sguardo 'dal basso'*", è dedicata agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

leggi e decreti? Impugnare i provvedimenti nei tribunali? Il sindaco non si perde d'animo, ma sa bene che il braccio di ferro, oltre a rischiare di portarlo in galera, potrebbe scaricarsi ulteriormente sulla sua comunità già colpita. E, allora, forse, tutto sommato conviene non impuntarsi su rom e migranti, conviene piegarsi, cercare di godere del fondo appena istituito per le 'Città moderne' e galleggiare in attesa di tempi migliori, qui in questo angolo abbandonato di Europa, terra di frontiera<sup>1</sup>.

Può un sindaco rifiutarsi di applicare una legge? L'interrogativo è tornato a porsi in Italia in maniera impellente a seguito di quello che è noto come 'decreto sicurezza' (ovvero il decreto-legge n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018), in particolare in riferimento alla previsione che, nella volontà del governo e nell'interpretazione data con circolari dal Ministero dell'Interno, dovrebbe impedire l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. In un moto che ha attraversato molti comuni italiani, e coinvolto anche l'associazione che li riunisce, il più deciso è stato il sindaco di Palermo, un giurista, che ha motivato le sue direttive agli uffici, e finanche provvedimenti da lui assunti direttamente, affermando che "per un sindaco che ha giurato fedeltà alla Costituzione e allo statuto comunale, è un atto praticamente dovuto, perché questi due 'estremi' del nostro diritto, in sintonia l'una con l'altro, ci dicono che la tutela dei diritti collettivi va di pari passo con la tutela dei diritti dei singoli"<sup>2</sup>.

Come qualificare la 'ribellione' dei sindaci? Un atto eversivo, una 'nobile' forma di disobbedienza civile, o una 'normale' reazione, richiesta nel nostro ordinamento per consentire di sottoporre al suo 'giudice naturale' una legge che si ritiene incostituzionale?<sup>3</sup>

Nelle pagine che seguono, vorrei proporre una riflessione sulla questione delle vie di accesso al giudizio sulle leggi in Italia che, con queste immagini e questi eventi in mente, provi a spostare il punto di vista rispetto a quello più consueto. Andiamo.

## 2. Parchitudine

Le porte strette dell'accesso al giudizio sulle leggi fanno parte dei 'limiti' della giustizia costituzionale italiana, insieme all'oggetto circoscritto, alla ridotta tipologia di decisioni e, più in generale, alle competenze che si contano sulle dita di una mano<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Per chi volesse saperne di più sulla città di Salgotarjan, di questi tempi, rimando a un buon articolo di Libération, A. MASSIOT, *A Salgotarján, «seuls les retraités et les non diplômés sont restés»*, Libération 07/04/2018 [https://www.liberation.fr/planete/2018/04/07/a-salgotarjan-seuls-les-retraites-et-les-non-diplomes-sont-restes\\_1641496](https://www.liberation.fr/planete/2018/04/07/a-salgotarjan-seuls-les-retraites-et-les-non-diplomes-sont-restes_1641496).

<sup>2</sup> V. le parole di Leoluca Orlando riportate da La Repubblica: C. BRUNETTO, *Palermo, Orlando iscrive all'anagrafe gli stranieri: "Un atto dovuto per chi ha giurato sulla Costituzione"* Repubblica Palermo, 01/02/2019 [https://palermo.repubblica.it/cronaca/2019/02/01/news/palermo\\_orlando\\_iscrive\\_all\\_anagrafe\\_gli\\_stranieri\\_un\\_atto\\_dovuto\\_per\\_chi\\_ha\\_giurato\\_sulla\\_costituzione\\_-218043833/](https://palermo.repubblica.it/cronaca/2019/02/01/news/palermo_orlando_iscrive_all_anagrafe_gli_stranieri_un_atto_dovuto_per_chi_ha_giurato_sulla_costituzione_-218043833/).

<sup>3</sup> Analizza le varie opzioni V. A. MORELLI, *La 'ribellione' dei sindaci contro il 'decreto sicurezza': la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2019, fasc. I, 7 gennaio 2019.

<sup>4</sup> In questo senso, V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2015, p. 49. Vedi anche T. GROPPI, *The Constitutional Court of Italy: Towards a Multilevel System of Constitutional Review?*, in *Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 100 ss. Mi limito qui, come in tutto il resto di questo articolo, a citare i testi che, per molteplici ragioni, mi sono più familiari: la ricchezza della letteratu-

Tutti aspetti sui quali il modello 'normativo' delineato dalle regole (e rimasto immutato nei decenni) contribuisce a collocare la Corte costituzionale italiana in una posizione *sui generis* nel panorama comparato, che è venuta accentuandosi via via che i sistemi di giustizia costituzionale sono andati diventando più complessi e articolati, di pari passo con la grande diffusione dell'istituto, nelle ondate di democratizzazione post-1989. Comparativamente, potremmo pertanto definire quello italiano come un sistema all'insegna della 'parchitudine'.

Questi 'limiti', che trovano una ragion d'essere nel clima politico-sociale e nella cultura giuridica dell'Italia alla fine della Seconda guerra mondiale, in genere non sono stati considerati in modo negativo né dalla dottrina né dalla stessa Corte, anzi, tutt'altro.

Si è spesso sottolineato che contribuiscono a tenere la Corte al riparo dal 'troppo', ovvero a proteggerla da 'eccessi' (che rischierebbero di metterne in pericolo la legittimazione o l'efficienza).

Da un lato, da un'eccessiva esposizione politica, che potrebbe discendere da alcune tipologie di vie di accesso, come il ricorso delle minoranze parlamentari, oppure da alcune competenze, quale il controllo delle elezioni, o da certi oggetti, come il sindacato sui regolamenti parlamentari. Dall'altro, da un eccessivo numero di questioni, che potrebbe derivare da alcune vie di accesso, quali il ricorso individuale diretto o quello degli enti locali, oppure di oggetto, ad esempio il sindacato sulle fonti secondarie.

Se ne sono evidenziati i pregi soprattutto nell'incentivare (o, per essere più precisi, nel richiedere) un rapporto collaborativo con i giudici comuni, che da 'portieri' sono diventati nel tempo i principali alleati della Corte, non soltanto sollevando con generosità le questioni e dando correttamente seguito alle sentenze, ma rispondendo alla chiamata, lanciata dalla Corte stessa, alla 'interpretazione conforme' e, quindi, esonerandola da molte decisioni, attraverso quel processo di 'diffusione' del controllo di costituzionalità che è venuto a caratterizzare, ben più di quanto accade negli altri sistemi accentrati, il modello italiano di giustizia costituzionale<sup>5</sup>.

La Corte ha superato le carenze più evidenti con una giurisprudenza assai creativa, specialmente per quel che riguarda la tipologia e gli effetti delle decisioni. Tale esigenza è nata da una costante difficoltà nel rapportarsi col legislatore e dalla necessità di ovviare alla sua inerzia, che attraversa i decenni come un filo rosso, a prescindere dai mutamenti del sistema politico. In altri termini, mentre il rapporto con i giudici comuni (all'inizio, come è noto, assai difficile) ha visto un deciso cambiamento a partire dalla fine degli anni Sessanta, in conseguenza di una evoluzione culturale e di un rinnovamento generazionale nella magistratura, lo stesso non può dirsi di quello con il legislatore. Da qui la necessità per la Corte di 'inventarsi', ben oltre lo scarno dettato delle regole, soluzioni per fronteggiarne la latitanza, cer-

---

ra giuridica sulla Corte costituzionale italiana è ormai tale da non consentire non soltanto alcuna pretesa di completezza, ma neppure una sia pur minima oggettività.

<sup>5</sup> Così V. FERRERES COMELLA, *Commento*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE, a cura di, *Dove va il sistema accentrato di controllo di costituzionale? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella*, Napoli, pp. 303 ss.; T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale 'mite'? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana*, in *Politica del diritto*, 2002, pp. 217 ss.

cando strumenti che consentano alle decisioni di incostituzionalità di produrre effetti autonomamente, senza allo stesso tempo sostituirsi *in toto* al legislatore.

Il risultato di questi due moti (rapporto collaborativo con i giudici comuni e difficile dialettica con il legislatore), unitamente a una più recente tendenza al dialogo con le giurisdizioni sovranazionali, ha contribuito a forgiare un sistema di giustizia costituzionale la cui principale caratteristica è stata individuata nella relazionalità<sup>6</sup>.

### 3. L'iniziativa: un filtro che colora

Per quanto riguarda il cruciale tema delle vie di accesso, con la consapevolezza che "l'iniziativa è, per così dire, un filtro, che colora di significato complessivo il sistema di controllo di costituzionalità delle legge"<sup>7</sup>, in un mondo in cui non sembra ormai più possibile alcuna classificazione dei modelli di giustizia costituzionale<sup>8</sup>, il sistema italiano rappresenta ormai un *unicum*. Infatti, se si mette da parte la questione dei rapporti Stato-regioni (non dimentichiamo che il nostro giudizio principale, se considerato sul piano comparato, si configura come un conflitto sul riparto di competenze avente ad oggetto atti legislativi)<sup>9</sup>, l'unica via di accesso 'generale', attraverso la quale qualsiasi parametro può essere invocato e qualsiasi fonte primaria impugnata, è quella incidentale<sup>10</sup>.

La "via incidentale" costituisce la porta di accesso privilegiata non soltanto per la rimessione delle questioni alla Corte, ma anche per qualsiasi studio che intenda riflettere sulle caratteristiche e sul funzionamento del sistema di giustizia costituzionale. Essa ha infatti inci-

---

<sup>6</sup> V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, *op. cit.*, specie pp. 231 ss.

<sup>7</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 172; sul carattere cruciale delle vie d'accesso, a suo tempo segnalato già da Kelsen, v. ampiamente, P. CAROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI, a cura di, *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, pp. 679 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli organi 'a quo'*, Napoli, 2012, p.16; nonché M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, 2015, p. XIV.

<sup>8</sup> Per cui non ci pare più di poter sostenere, a differenza di quanto scritto in passato, che esista un 'modello europeo' che proprio intorno al giudizio incidentale si costruisce: T. GROPPI *Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI, a cura di, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, pp. 1 ss. V. comunque quanto indicato da M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, 2014, p. 133, secondo la quale tutti i paesi europei nei quali esiste una Corte costituzionale prevedono un accesso in via incidentale.

<sup>9</sup> Questa affermazione è oggi valida più in teoria che in pratica, vista la tendenza del giudizio principale a trasmutare in giudizio sui diritti: v. D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.*, 2019, 131 ss.

<sup>10</sup> È stato detto che "l'Italia è la patria del giudizio incidentale": M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, 2013, p. 115. L'eccezionalismo del sistema italiano emerge ancor meglio quando si consideri che, dei quattro Paesi europei sprovvisti di una qualche forma di ricorso individuale diretto (oltre all'Italia, solo Francia, Romania e Bulgaria, dopo la revisione costituzionale lituana del 21 marzo 2019), l'Italia è l'unico a non prevedere ulteriori forme di accesso 'generali', oltre la via incidentale. Già nel 1988 L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. CARLASSARE, a cura di, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, p. 19, indicava che "in rapporto ai sistemi europei di giustizia costituzionale il caso italiano si sta sempre più presentando come unico nel suo genere" e, più di recente, P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, in *Ratio Juris*, 1998, pp. 38 ss.

so profondamente sullo sguardo della dottrina e sulla autopercezione della Corte, contribuendo a conformare l'identità della giustizia costituzionale italiana<sup>11</sup>.

Come è noto, la questione delle vie di accesso al giudizio sulle leggi fu lasciata aperta al momento dell'approvazione della Costituzione, con l'emendamento Arata, che introdusse il rinvio, nel primo comma dell'art.137, a una successiva legge costituzionale. In particolare, la via incidentale si è ritrovata ad essere l'unica via generale di accesso al giudizio sulle leggi in modo rocambolesco e quasi casuale, attraverso una decisione dell'ultimo minuto, adottata dall'Assemblea costituente il 31 gennaio 1948 a seguito di vicende che a tutt'oggi non risultano pienamente chiarite nemmeno attraverso la consultazione delle fonti archivistiche: pensiamo all'avventuroso viaggio di Mortati, relatore sul progetto di legge costituzionale, da Montecitorio a Palazzo Chigi per incontrare il Presidente del Consiglio De Gasperi, forse attraverso il tunnel che collega i due palazzi, e al mistero sull'autore delle note scritte a mano sul dattiloscritto originale della relazione che accompagna il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 28 gennaio del 1948, che segna la scomparsa del ricorso individuale diretto dalla legge costituzionale n. 1/1948<sup>12</sup>.

Come spesso accade, sotto una scelta in apparenza casuale fanno capolino ragioni profonde. È stato ben messo in evidenza che la creazione di un sistema 'protetto', tendenzialmente separato dalle spinte della società e della politica, attraverso il filtro tecnico dell'autorità giudiziaria, si radica nell'esigenza di evitare di trasferire a livello di giustizia costituzionale la conflittualità sociale che caratterizzava in modo intenso e a tratti drammatico l'Italia nei primi anni del dopoguerra<sup>13</sup>.

Nel trascorrere dei decenni, la valutazione che comunemente si è data e si dà dell'accesso incidentale, per come ha concretamente funzionato, è positiva<sup>14</sup> e spesso finisce per coincidere con quella, altrettanto positiva, che circonda il ruolo svolto dalla Corte costituzionale italiana: essa percorre tutta la dottrina<sup>15</sup> ed è fatta propria dalla Corte medesima,

---

<sup>11</sup> Per un'ampia riflessione sul significato del giudizio incidentale, alla luce della giurisprudenza, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, 2012.

<sup>12</sup> Così P. PASQUINO, *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, specie pp. 312-313, che dà conto della sua ricerca presso l'Archivio storico della Camera dei deputati e E. LAMARQUE, *Direct Complaint*, in corso di pubblicazione in V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, a cura di, *Dialogues on Constitutional Justice. Comparative Reflections on the Italian Style*, che fa riferimento ad ulteriori dettagli riferiti oralmente da Pasquino. In particolare, scompare in tal modo dal disegno di legge costituzionale il ricorso diretto del cittadino leso in un suo diritto da una legge ritenuta incostituzionale, che, già proposto da Mortati in Assemblea, era incluso nel progetto del Comitato di redazione.

<sup>13</sup> E. CHELI, *Considerazioni finali*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, a cura di, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 419; nello stesso senso M. PATRONO, *Corte costituzionale, giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale (note in margine al ricorso diretto alla Corte)*, in *Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1989, p. 21.

<sup>14</sup> Le maggiori critiche si sono avute all'indomani dell'adozione della legge costituzionale n. 1/1948 ed hanno poi perso via via di intensità con il consolidarsi dell'attività della Corte: v. ad es. in tal senso A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in R. ROMBOLI, a cura di, *op. cit.*, p. XIV; P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 773, E. CHELI, *op. cit.*, p. 420.

<sup>15</sup> Basti pensare agli interventi scritti in occasione dei decennali della Corte: nel 2016, per il 60°, v. M. FIORAVANTI, *La Corte e la Costituzione della democrazia costituzionale*, ora in Id., *La Costituzione democratica*, Milano, 2018, pp. 455 ss. In occasione del 50° anniversario, v. P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 703, secondo i quali "l'esperienza di questi anni del controllo delle leggi, incentrato come via normale su quella incidentale, credo abbia raccolto nel tempo e continui a registrare un giudizio assai positivo da parte della dottrina e

come testimoniato dalle relazioni annuali dei presidenti e da molti *extra-judicial speeches* di giudici ed ex-giudici costituzionali<sup>16</sup>.

Le principali critiche hanno riguardato l'esistenza di 'strettezze' ovvero di 'zone d'ombra'<sup>17</sup>, cioè la difficoltà di rendere giustiziabili fonti primarie che, per ragioni diverse, possono sfuggire al sindacato promosso in via incidentale: le leggi di spesa, le leggi di organizzazione, le leggi-provvedimento, i decreti-legge, le norme penali di favore, le leggi di azione, le leggi autoapplicative nonché le leggi elettorali, sulle quali negli anni più recenti si è specialmente focalizzata l'attenzione<sup>18</sup>.

Anche in tale ambito, così come per altri profili della 'parchitudine', in assenza di interventi normativi, la Corte costituzionale ha progressivamente colmato le carenze più evidenti, sfruttando pienamente gli spazi lasciati dalle regole sul processo costituzionale, spesso con soluzioni *ad hoc*, dettate 'ai limitati fini' di superare le strettezze del giudizio incidentale. Così è accaduto, fin dai primi anni, per la nozione di giudice e di giudizio<sup>19</sup>, mentre più complessa e oscillante è stata la lettura della rilevanza, rispetto alla quale, dopo una iniziale chiusura, solo nella fase più recente si è arrivati a un allargamento che ha implicato finanche una ridefinizione delle nozioni di incidentalità e di concretezza. Questa tendenza ha toccato l'apice con le sent. n. 1/2014 e n. 35/2017, che, muovendosi in una logica che parte della dottrina ha ricondotto a uno 'stato di eccezione o di necessità'<sup>20</sup>, hanno riconosciuto l'ammissibilità di questioni sollevate in sede di azione di accertamento, quantomeno per evitare una 'zona franca' di fronte alla 'legge elettorale politica' (tale esigenza è ulteriormente sottolineata dalla inammissibilità della questione sollevata sulla legge elettorale per il parlamento europeo con la sent. n. 110/2015, che sembra basata sulla esistenza di strumenti alternativi di tutela)<sup>21</sup>.

---

degli operatori giuridici, avendo consentito alla Corte di svolgere in maniera unanimemente apprezzata sia la funzione di verifica della costituzionalità delle leggi, sia quella di tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti".

<sup>16</sup> Si potrebbero qui richiamare molte delle relazioni annuali dei Presidenti. P. PASSAGLIA, *Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale e il dibattito italiano*, in R. TARCHI, a cura di, *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012, p. 325, cita quella del Presidente Granata sulla giurisprudenza costituzionale nel 1998.

<sup>17</sup> Sulla differenza tra zone d'ombra e zone franche v. A. RUGGERI, *Presentazione del seminario*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO, a cura di, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi*, Torino, 2007, pp. 1 ss.; A. PIZZORUSSO, *'Zone d'ombra' e 'zone franche' della giustizia costituzionale italiana*, in A. D'ATENA, a cura di, *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, pp. 1021 ss.; di recente P. ZICCHITTO, *Le 'zone franche' del potere legislativo*, Torino, 2017, pp. 5 ss.

<sup>18</sup> Senza ignorare le critiche relative alla impossibilità per la Corte di sindacare la costituzionalità delle fonti secondarie, che però ci porterebbero dal tema delle vie di accesso a quello, sia pure strettamente collegato, dell'oggetto del giudizio: una questione risalente, ma diventata particolarmente impellente col diffondersi dei regolamenti indipendenti. Una sintesi del dibattito già in G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 102 ss., che proprio a tale proposito afferma che l'assenza del ricorso diretto rappresenta una lacuna ("non delle meno rilevanti") del nostro sistema di giustizia costituzionale: v. specialmente p. 104.

<sup>19</sup> A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3066 ss.

<sup>20</sup> G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n.1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2959 ss.

<sup>21</sup> La sent. n. 110/2015, in altri termini, valorizza uno dei vari argomenti utilizzati nella precedente 1/2014, quello della 'zona franca': così C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali 'astratte' in Italia*, Torino, 2018, p. 121 e p. 152.

#### 4. Le vie di accesso: dall'alto

Tutti contenti, dunque? Un modello normativo troppo parco che, rivisto e riletto dalla Corte, è giunto a un suo punto di equilibrio?

Mi pare di no. Credo che proprio l'enorme dibattito dottrinale che è scaturito dalla giurisprudenza sulla legge elettorale<sup>22</sup>, nonché la singolare coincidenza di tale vicenda con una rinnovata pressione dei casi – che ho cercato di richiamare nel prologo e sulla quale ritornerò più avanti, che si manifesta anche attraverso un 'uso improprio' del giudizio principale e del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato<sup>23</sup> – siano elementi sintomatici della necessità di riaprire il discorso sull'accesso alla Corte costituzionale (che non è cosa molto diversa dal riconoscere la necessità di aprire una riflessione sullo stato della giustizia costituzionale in Italia).

Se, cogliendo proprio l'occasione ghiotta offerta dalla sent. n. 1/2014, proviamo ad accostarci ancora una volta al giudizio in via incidentale, osservando più da vicino la lettura dominante, il *mainstream*, potremmo dire, risultante da un inestricabile impasto di dottrina e di giurisprudenza costituzionale<sup>24</sup>, risalta come la questione delle vie di accesso sia stata prevalentemente affrontata sul piano del diritto oggettivo, e, anzi, ricondotta frequentemente a quella della relazione della Corte con gli altri poteri dello Stato, ovvero della sua collocazione nella forma di governo, che si riassume nella triade 'la Corte, i giudici, il legislatore'.

In tal modo, privilegiando uno sguardo 'dall'alto', si manca di solito di osservare la giustizia costituzionale dal punto di vista dei soggetti dell'ordinamento, cioè, potremmo dire, 'dal basso'<sup>25</sup>. E non mi pare che, con pochissime eccezioni, le riflessioni che muovono dalla questione della tutela dei diritti soggettivi siano tali da spostare questa valutazione, come cercherò di argomentare nelle pagine che seguono.

La carenza di uno sguardo 'dal basso', a mio avviso, impedisce sia una evoluzione più decisa della giurisprudenza, sia una presa di posizione della dottrina che, oltre a invocare e supportare tali eventuali sviluppi, possa sollecitare in modo convincente un intervento normativo di allargamento delle vie di accesso.

Ma vediamo più da vicino, iniziando, in questo paragrafo, con il passare in rassegna una serie di aspetti che sostanziano il punto di vista che ho definito 'dall'alto' (paragrafo 3). Nel paragrafo successivo sarà invece proposto il punto di vista 'dal basso', per come delineato da una parte della dottrina negli anni precedenti l'inizio dell'attività della Corte e come

---

<sup>22</sup> Tale giurisprudenza ha dato luogo a un profluvio di note e anche a studi più approfonditi. Uno di questi, quello di G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018, p. 16, dà conto, riprendendo il dato dal sito della Corte costituzionale, di 150 commenti alla sent. n. 1/2014 e di 70 commenti alla sent. n. 35/2017.

<sup>23</sup> Penso qui all'utilizzo 'improprio' del conflitto di attribuzione (come è accaduto in occasione dell'approvazione della legge di bilancio per il 2019: ord. n. 17/2019) e del giudizio in via principale (vedi i ricorsi regionali in tema di vaccinazioni obbligatorie: sent. n. 5/2018 o quelli, pendenti, contro il cd. 'decreto sicurezza' richiamato nel prologo). Al riguardo rinvio al già citato articolo di D. TEGA, *op. cit.*, 131 ss.

<sup>24</sup> Sul complesso rapporto tra la Corte e la dottrina, P. PASSAGLIA, a cura di, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina. Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, 2015.

<sup>25</sup> La questione dello 'sguardo' (da sopra/da sotto) sui diritti è prospettata da G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, pp. 11 ss.

rintracciabile in alcuni testi classici sulla disobbedienza civile (paragrafo 4). Si evidenzieranno quindi le ragioni per le quali, in questa 'epoca' della storia della Corte costituzionale, ci pare necessario recuperare il punto di vista 'dal basso' (paragrafo 5), per concludere avanzando alcune proposte di rinnovamento delle vie di accesso, attraverso una rilettura giurisprudenziale e, eventualmente, una legge costituzionale (paragrafo 6).

#### 4.1. Dalla duplicità al monopolio

All'origine dell'impostazione che definisco 'dall'alto' c'è la configurazione assunta dal giudizio incidentale attraverso la lettura che la Corte stessa ne ha dato, fin dai primi anni.

Scartate possibili letture alternative, volte a ridimensionare il requisito della rilevanza e a valorizzare la duplicità dell'iniziativa (delle parti e del giudice)<sup>26</sup> l'attenzione, in altri termini, nel momento in cui la questione sorge, si è incentrata sul 'portiere', facendo propendere la dottrina, forte anche di altri argomenti (dalla definizione del *thema decidendum* nell'ordinanza di rimessione agli effetti *erga omnes* delle decisioni di accoglimento), per una visione del giudizio incidentale come un giudizio di tipo oggettivo<sup>27</sup>, ovvero instaurato per il 'prevalente interesse alla garanzia della legalità costituzionale'<sup>28</sup>.

L'iniziativa di parte è scaduta a 'semplice stimolo' o sollecitazione nei confronti del giudice *a quo*<sup>29</sup>, in contrasto, è stato detto, con la 'finalità storica del legislatore'<sup>30</sup>, rispetto alla quale l'ordinanza di rinvio avrebbe dovuto essere soltanto il veicolo dell'istanza di parte, di cui il giudice avrebbe dovuto riferire i motivi, senza aggiungere niente di suo<sup>31</sup>. Al punto che, nel 'ritenuto in fatto' delle decisioni della Corte costituzionale, solo sporadicamente si dà atto dell'iniziativa, di parte o di ufficio, del promovimento della questione e sarebbe vano cercare di ricostruire su tale base dati quantitativi.

Una volta prevalsa la prospettiva dell'assenza di autonomo rilievo, fuori dal giudizio *a quo*, dell'iniziativa delle parti, la *ratio* del giudizio incidentale è perciò venuta a coincidere con l'esigenza di sollevare il giudice comune dal dovere di applicare la legge incostituzionale o di incerta costituzionalità<sup>32</sup>. In particolare, questa è la lettura che si dà del nesso di pregiudizialità come espresso attraverso il requisito della rilevanza, ben sintetizzato con le parole di Crisafulli: "è l'interesse (oggettivo) del giudice a non applicare le norme incostituzionali, e non

---

<sup>26</sup> Proposte già da F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, 'Non manifesta infondatezza' e 'rilevanza' nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972. V. anche G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale*, op. cit., pp. 124 ss. e più di recente, Id., *La sentenza n.1 del 2014*, op. cit., pp. 2970-71.

<sup>27</sup> G. MONACO, *La concretezza del giudizio sulle leggi*, Milano, 2016, pp. 27 ss.

<sup>28</sup> S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale*, Napoli, 2018, p. 54; una sintesi del 'mainstream' in F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, a cura di, *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002, p. 163 ss.

<sup>29</sup> P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, op. cit., p. 689.

<sup>30</sup> R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, pp. 42 ss.

<sup>31</sup> Una ricostruzione critica dell'esperienza storica, focalizzata sulla trasformazione della nozione di non manifesta infondatezza in un 'giudizio di costituzionalità pieno', è in C. MEZZANOTTE, *L'accesso alla giustizia costituzionale: eccezione di incostituzionalità e ricorso individuale diretto*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, pp. 77 ss.

<sup>32</sup> G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n.1 del 2014*, op. cit., p. 2963; S. LIETO, op. cit., p. 13.

già l'eventuale interesse di una tra le parti ad ottenere una determinata decisione del giudizio"<sup>33</sup>.

#### **4.2. Un occhiale per leggere la realtà**

La questione incidentale, a prescindere se sollevata su istanza di parte o d'ufficio, è stata letta nell'ambito della esigenza di 'concretezza' del giudizio, ovvero della necessaria presenza di un 'caso della vita' in cui la legge deve essere applicata, che consentirebbe alla Corte un giudizio 'migliore' rispetto a quello astratto, facendo emergere valutazioni e vizi che potrebbero invece rimanere nascosti in un controllo puramente astratto<sup>34</sup>.

Anche qui, quindi, la centralità è stata assunta da una visione che privilegia l'esigenza, oggettiva, di un 'buon giudizio di costituzionalità', per cui la Corte è chiamata a decidere per tutti, ma sulla scorta di un caso singolo che funge un po' da occhiale attraverso il quale essa legge la realtà<sup>35</sup>.

Al massimo, le esigenze del caso hanno portato ad affiancare, in posizione quasi ancillare, alle finalità di diritto oggettivo, anche quelle di garanzia dei diritti delle parti dei giudizi *a quo*: quel che è stato ripetuto dalla dottrina è che "l'incidentalità serve, dunque, a questo: a soddisfare, a un tempo, l'esigenza di protezione delle situazioni soggettive e l'esigenza di garanzia della legalità costituzionale"<sup>36</sup>.

Ma ciò non toglie che si sia in tal modo giunti a una sorta di inversione della nozione di pregiudizialità: per cui non è più la questione di costituzionalità strumentale alla risoluzione del caso, bensì il caso strumentale alla questione di costituzionalità<sup>37</sup>.

#### **4.3. Virtù dell'accesso incidentale**

Il principale pregio del giudizio incidentale è unanimemente individuato nella capacità di determinare una collaborazione coi giudici comuni. Il superamento delle tensioni esistenti nei primi anni, che avevano portato a una sorta di 'guerra tra le due corti' con la Corte di cassazione, costituisce l'argomento più frequentemente addotto per sostenere le virtù del sistema italiano, anche in prospettiva comparata<sup>38</sup>.

Lo stesso carattere ibrido del giudizio incidentale – strumento di tutela dei diritti, attivato però non da chi lamenta la violazione, ma attraverso la necessaria mediazione di un

---

<sup>33</sup> V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Diritto e società*, 1973, 88; S. LIETO, *op. cit.*, p. 53.

<sup>34</sup> In sintesi sulle varie impostazioni, G. MONACO, *op. cit.*, specie pp. 112 ss. Una particolare attenzione all'impatto della concretezza sull'oggetto è stata riservata da A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, 1994, pp. 508 ss. e da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, pp. 101 ss.

<sup>35</sup> M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio a quo*, *op. cit.*, p. 290.

<sup>36</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, p. 229.

<sup>37</sup> F. DAL CANTO, *op. cit.*, p. 149.

<sup>38</sup> In sintesi, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, pp. XVIII-XIX.

soggetto istituzionale<sup>39</sup> – che tanto peso ha avuto sulle riflessioni dottrinali sul carattere oggettivo o soggettivo del processo costituzionale, è stato in fin dei conti considerato una risorsa, specie in virtù della sua elasticità, che la Corte avrebbe pienamente sfruttato per intervenire con equilibrio e gradualità a promuovere i valori costituzionali<sup>40</sup>.

Benchè si sottolinei il ‘contrasto latente’ che sottostà al giudizio incidentale, processo ‘di diritto obiettivo’ in quanto finalizzato ad eliminare la legge incostituzionale, ma mosso dall’interesse alla tutela delle posizioni soggettive che danno luogo al giudizio in cui la questione è sorta, tuttavia non si manca di apprezzarne la *ratio*, specialmente la ‘mediazione’ del processo, proprio perché il giudice si trova in una posizione di intermediarietà tra la *lex* e gli *iura*<sup>41</sup>.

E’ stata evidenziata, in modo più sofisticato, la capacità del giudizio incidentale di porsi al crocevia tra le esigenze del caso singolo e quelle dell’ordinamento generale, che ne fanno sì uno strumento di tutela dei diritti della persona, come i ricorsi individuali diretti e il controllo diffuso, ma in grado di rispondere anche a preoccupazioni sistemiche: il singolo agisce in giudizio a un tempo per tutelare il proprio interesse e per far valere il rispetto della Costituzione, mentre la Corte assicura insieme i diritti individuali e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, contemperandoli, come è necessario che avvenga in un ordinamento pluralista<sup>42</sup>.

Infine, l’accesso incidentale è considerato la pietra miliare della vocazione giurisdizionale della Corte costituzionale<sup>43</sup>, ovvero l’elemento che più di tutti contribuisce ad allontanarla dalla sfera della politica e a giurisdizionalizzarne la natura, con una serie di conseguenze che si irradiano in ogni aspetto della giustizia costituzionale italiana, ivi compresi i caratteri del suo processo.<sup>44</sup>

#### **4.4. Difetti dell’accesso incidentale**

Sono poco frequenti i contributi che mettano in luce le criticità dell’accesso incidentale, che, comunque, con rare eccezioni, si concentrano sulla certezza del diritto e la separa-

---

<sup>39</sup> P. BIANCHI, E. MALFATTI, *L’accesso in via incidentale*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, a cura di, *op. cit.*, pp. 20 ss. Si è parlato al riguardo del giudizio incidentale come ‘esperienza senza modello’: G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, p. 199.

<sup>40</sup> E. CHELI, *op. cit.*, p. 421.

<sup>41</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, 2018, p. 96.

<sup>42</sup> M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, p. 51, che ne evidenzia anche altri pregi, in comparazione col giudizio in via di azione, come la capacità di neutralizzare la politicità del controllo di costituzionalità o di consentire un sindacato capillare e continuo.

<sup>43</sup> P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 778.

<sup>44</sup> V. ad es. A. RUGGERI, *Presentazione del convegno*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI, a cura di, *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, pp. 3 ss. Il tema costituisce l’oggetto centrale della riflessione, tra l’altro, dei contributi raccolti in R. ROMBOLI, a cura di, *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, 2017, che, come si usa dire, fa il punto sullo ‘stato dell’arte’.

zione dei poteri, evidenziandosi che “molte delle lacune e/o inadeguatezze che il sistema ha mostrato si apprezzano principalmente avendo riguardo alla tutela della costituzionalità dell’ordinamento in generale”<sup>45</sup>.

Superate dagli sviluppi della giurisprudenza comune le critiche legate alla possibilità che le leggi lesive di diritti diventino ostaggi nelle mani dei giudici *a quibus*, che hanno segnato i primi anni di attività della Corte, ci si è soffermati soprattutto sul fatto che si tratta di un controllo a posteriori, per cui la legge incostituzionale è immessa nell’ordinamento e l’annullamento può avvenire ad anni di distanza dalla sua entrata in vigore, con conseguenze potenzialmente dirimpenti<sup>46</sup>.

In generale, le carenze derivanti dall’incidentalità sono ricondotte alla questione delle zone d’ombra, nella quale si inseriscono diverse categorie di difficoltà, a seconda che dipendano da: a) natura e contenuto dell’atto; b) particolare efficacia nel tempo della fonte; c) mancanza di un giudice competente a conoscere della questione; d) condizioni e limiti previsti dalla legge o dalla giurisprudenza costituzionale per l’instaurazione del giudizio incidentale<sup>47</sup>.

Raramente si evidenziano le carenze dal punto di vista dei soggetti dell’ordinamento, in termini di effettività della tutela dei diritti e di celerità del giudizio.

Di tanto in tanto, è stata riproposta, ma sempre in modo assai sintetico, la generale questione del concreto funzionamento dei sistemi di tutela<sup>48</sup>, o è stato evocato il carattere ‘lungo e defatigante’ del giudizio, senza però mettere in discussione la logica della incidentalità<sup>49</sup>, oppure è stato evidenziato che la concezione ‘rigida’ della rilevanza data dalla Corte costituisce un ostacolo alla tutela dei diritti (da qui sarebbe derivata, come ‘valvola di sfogo’, la tendenza verso un controllo diffuso attraverso l’interpretazione conforme e il crescente coinvolgimento delle corti sovranazionali)<sup>50</sup>.

Il problema della tempestività ha rappresentato a lungo, insieme a quello delle leggi autoapplicative, l’aspetto più criticato del giudizio incidentale: in assenza di un potere cautelare della Corte, è stata infatti sottolineata la strutturale intempestività del giudizio incidentale, e, pertanto, la irreparabilità della lesione recata al singolo dalla legge, specie a fronte di al-

---

<sup>45</sup> Una sintesi in E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l’accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, 2003, pp. 47 ss.; v. anche P. PASSAGLIA, *Sull’inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale*, *op. cit.*, p. 339. In questo senso anche V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in R. TARCHI, a cura di, *op. cit.*, pp. 349 ss.

<sup>46</sup> M. CARTABIA, *op. cit.*, pp. 44, che sottolinea anche che la Corte rischia di essere in balia dei giudici ordinari che ne detengono le chiavi.

<sup>47</sup> P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 704.

<sup>48</sup> Questa posizione è stata espressa in diverse occasioni da Valerio Onida. Così, ad es., V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, *op. cit.*, p. 353, che si interroga su quanti casi di violazione di diritti non trovano efficace tutela “anche perché gli interessati non hanno saputo avvalersene adeguatamente districandosi nella foresta delle norme”. È stata invece la Corte europea dei diritti dell’uomo a rilevare che il giudizio in via incidentale non può essere considerato un rimedio effettivo, di cui è richiesto l’esaurimento ai sensi della Convenzione: v. ad es. Corte EDU, *Parrillo vs Italia*, 27 agosto 2015, specie pp. 87-105.

<sup>49</sup> M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 45.

<sup>50</sup> Così L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012, *passim*, specie p. 76 e p. 105 che mostra come proprio dalla maggiore concretezza del giudizio di costituzionalità possono nascere ‘zone d’ombra’.

cune categorie di fonti, come i decreti-legge<sup>51</sup>. Tale difetto, già circoscritto alla luce della maggiore rapidità assunta dalle decisioni dopo lo smaltimento dell'arretrato, è oggi considerato pressoché risolto dalla evoluzione della giurisprudenza costituzionale più recente sulle questioni sollevate in sede di tutela cautelare, che consente al giudice di disapplicare la norma 'sospetta' fino alla pronuncia della Corte<sup>52</sup>.

Continua a costituire una eccezione la prospettiva avanzata da Spadaro, che, ha denunciato come 'macchinoso e lento', 'troppo complesso e poco tempestivo' l'accesso incidentale, evidenziando le gravi 'conseguenze pratiche' di un sistema che impone di attendere l'applicazione della presunta legge incostituzionale per testarne la costituzionalità<sup>53</sup>.

#### **4.5. Il fiume carsico del ricorso diretto**

Le riflessioni sulla necessità di introdurre una qualche forma di ricorso diretto (oltre a quello previsto nell'articolo 127 Cost.) e, *in primis*, un ricorso individuale a garanzia dei diritti fondamentali<sup>54</sup>, che ricompaiono di tanto in tanto come un fiume carsico, sono a mio avviso caratterizzate dal medesimo approccio<sup>55</sup>.

Nella maggior parte dei casi, esse si collegano ai difetti dell'accesso incidentale, *in primis* all'esistenza di strettoie derivanti specialmente dalla impossibilità o difficoltà di una applicazione in un giudizio<sup>56</sup>, al punto che, si dice, "nessun problema nascerebbe se tutte le leggi fossero tali da poter trovare tutela di fronte a un giudice e da poter essere da questi disapplicate, ma in realtà non è così"<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> La questione era già stata avanzata da A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI, a cura di, *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, pp. 173 ss. e da C. MORTATI, *Le leggi-provvedimento*, Milano, 1968. Sul tema è ritornato diverse volte Alessandro Pace, giungendo a prospettare che il giudice potesse sospendere in via cautelare l'esecuzione di atti con forza di legge ritenuti incostituzionali in attesa della decisione della Corte, a partire da A. PACE, *Decreti legislativi di esproprio e tutela cautelare*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 594 ss. Diversi anche gli interventi di Gustavo Zagrebelsky, del quale si veda specialmente G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in L. CARLASSARE, a cura di, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, op. cit., pp. 27 ss. Per un quadro su tale problematica, F. TIRIO, 'Maschera' e 'volto' del ricorso individuale di costituzionalità, in P. COSTANZO, a cura di, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995, pp. 127 ss., in particolare p. 130.

<sup>52</sup> V. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, op. cit., pp. 117-118.

<sup>53</sup> A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, specie pp. 45 ss., che si sofferma sulla sfasatura, in termini cronologici, tra efficacia e validità. Su tale base egli sostiene la necessità di introdurre nel nostro ordinamento anche una forma di giudizio preventivo.

<sup>54</sup> Pur nell'ambiguità di tale nozione, che ricomprende sia ricorsi individuali di tipo concreto (come l'*amparo*), 'astratto-concreto' (come il *Verfassungsbeschwerde*), astratto (come il ricorso previsto dall'art. 142 della Costituzione belga), fino ad arrivare all'*actio popularis*. Sulla difficoltà lessicale e l'utilità di servirsi delle espressioni inglesi rispettivamente di 'constitutional complaint' (ricorso concreto) e 'constitutional challenge' (ricorso astratto), V. FERRERES COMELLA, *The Potential Virtues And Risks Of Abstract Constitutional Challenges And Individual Complaints: Some Reflections From Spain*, in corso di pubblicazione in V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, a cura di, *Dialogues on Constitutional Justice. Comparative Reflections on the Italian Style*, op. cit.

<sup>55</sup> Una recente sintesi in E. LAMARQUE, *Direct Complaint*, op. cit.

<sup>56</sup> A. PIZZORUSSO, op. cit., XVII; in sintesi G. MONACO, op. cit., pp. 110 ss.

<sup>57</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 225. Sulla stessa lunghezza d'onda V. ONIDA, *La Corte e i diritti*, in L. CARLASSARE, a cura di, *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, specie pp. 183 ss., che evidenzia il problema, non sempre agevolmente risol-

In molti casi, i sostenitori del ricorso individuale diretto rendono esplicito il loro sguardo 'dall'alto'<sup>58</sup>. Così accade quando si fa riferimento alla problematicità di una Corte che si dedica di più al giudizio di ragionevolezza che alla tutela dei diritti individuali<sup>59</sup> o, al contrario, proprio alle esigenze del giudizio di ragionevolezza che potrebbero meglio essere colte dalla Corte che dai giudici comuni<sup>60</sup>, o alla opportunità di introdurre una sorta di ultima istanza a garanzia dei diritti, a fronte di una tutela diffusa già approntata dai giudici comuni e a un crescente spazio per la Corte di Strasburgo<sup>61</sup>.

O, ancora, quando si valorizza l'effetto deterrente del ricorso diretto, che favorirebbe una maggiore osservanza della Costituzione da parte di tutti i poteri, o lo si considera uno dei mezzi più efficaci a disposizione del giudice costituzionale per dare sostanza al principio di costituzionalità dell'intero ordinamento<sup>62</sup>. Anche chi, come Pizzorusso, dichiara di aver 'cambiato idea' rispetto a opinioni espresse in precedenza e di ritenere insufficiente l'accesso incidentale (propendendo per l'introduzione di una sorta di azione popolare), lo fa per estendere l'intervento della Corte a zone che essa non può raggiungere, o può farlo solo tardivamente<sup>63</sup>.

Anche gli argomenti contrari al ricorso diretto ignorano – il che è senz'altro meno sorprendente – il punto di vista dal basso<sup>64</sup>. Essi sono di volta in volta riconducibili, a seconda della configurazione del medesimo come ricorso concreto o astratto, rispettivamente (concreto) al timore di conflitti istituzionali con le magistrature (specie nell'ipotesi, che sembra prevalente, di prospettare un ricorso anche contro gli atti del potere giudiziario) e agli inconvenienti che potrebbero derivare in termini di efficienza sulla base del numero dei ricorsi (le esperienze tedesca e spagnola vengono richiamate come spauracchi); oppure (astratto), al rischio di una politicizzazione della Corte, o al timore di un giudizio svincolato dalle esigenze dell'applicazione e che perciò non dà modo al 'fatto' di concorrere alla 'rigenerazione di senso' dell'oggetto e del parametro<sup>65</sup>.

## 5. Le vie di accesso: dal basso

Credo invece che le condizioni siano mature per capovolgere il nostro punto di vista, ovvero per guardare all'accesso alla giustizia costituzionale 'dal basso', con gli occhi della

---

vibile, della individuazione del giudice competente, nonché R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, pp. 619 ss., specie p. 635, che, supportando il permanere del monopolio dell'accesso incidentale, chiede alla Corte di estendere la possibilità di far valere i diritti di fronte al giudice di merito.

<sup>58</sup> Una sintesi in R. TARCHI, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali: prospettiva comparata e sistema italiano di giustizia costituzionale*, in Id., a cura di, *op. cit.*, pp. 57 ss.

<sup>59</sup> L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>60</sup> C. MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 81.

<sup>61</sup> V. ONIDA, *La Corte e i diritti*, *op. cit.*, pp. 177 ss.

<sup>62</sup> F. TIRIO, *op. cit.*, p. 167.

<sup>63</sup> A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. XIX.

<sup>64</sup> Una sintesi in R. TARCHI, *op. cit.*, pp. 62 ss.

<sup>65</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, p. 228.

'gente'. Quella 'gente' che di solito ignora l'esistenza e l'attività della Corte costituzionale (sarebbe vano volerne trovare traccia, ad esempio, nei sondaggi sulla fiducia nelle istituzioni)<sup>66</sup>. Con la quale invece la Corte cerca sempre più frequentemente un contatto diretto: basti pensare al 'Viaggio in Italia' intrapreso da qualche anno dai giudici costituzionali, che li ha portati nelle scuole e nelle carceri; alla nuova strategia di comunicazione, che ha investito comunicati stampa e social media; alla mostra fotografica 'Il volto della Corte', organizzata nel marzo 2019 a Palazzo della Consulta, che presenta le foto dei dipendenti e dei giudici, colti durante momenti quotidiani del loro lavoro. Per arrivare al discorso pronunciato dal Presidente Lattanzi il 21 marzo 2019, durante la conferenza stampa sulla giurisprudenza del 2018, il cui primo paragrafo si intitola, non a caso, 'La Corte e il Paese'.

Una prospettiva che, peraltro, dovrebbe risaltarci piuttosto familiare, se soltanto ci spogliamo per un attimo della nostra veste di giuristi e riprendiamo quella di cittadini, di destinatari delle norme: 'gente', appunto.

### **5.1. Di fronte alla legge ('sospetta')**

Pensiamoci un momento.

Che fare di fronte a una legge che 'sospettiamo' essere incostituzionale? Un sospetto, si badi bene, che è sempre del tutto soggettivo, a prescindere dall'elemento scatenante, salvo lo specifico e peculiare caso, che ci riporta prontamente sul nostro terreno sicuro, da giuristi, in cui un qualche giudice abbia, in un qualche giudizio, già sollevato la questione di costituzionalità della medesima norma, e ci si trovi, come si usa dire, 'nelle more' della decisione della Corte costituzionale.

Ma, al di fuori di questa circostanza, il 'dubbio' – sia che ci sgorgi da un moto individuale e interiore, del cuore o della mente, sia che sia nutrito da opinioni altrui, da prese di posizioni della dottrina, della politica, della società civile, di istituzioni internazionali ecc. ecc. – resta totalmente soggettivo: infatti, l'incostituzionalità della legge prima della pronuncia della Corte è un'opinione, non una certezza<sup>67</sup>.

Anzi, a voler essere precisi, di legge incostituzionale si può parlare solo *ex post*, dopo la dichiarazione di incostituzionalità<sup>68</sup>: fino a quel momento siamo di fronte a una legge 'sospetta' rispetto alla quale, in termini di diritto positivo, nel nostro ordinamento, dopo gli intensi dibattiti in dottrina anteriori all'inizio dell'attività della Corte, la questione sembra ormai pacifica, venendo risolta nel senso che le leggi su cui essa non si è ancora pronunciata sono efficaci (e secondo alcuni anche valide) finché non vengano eventualmente annullate<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Questa distanza è ben tratteggiata da A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini*, Lezione tenuta presso la Scuola di cultura costituzionale dell'Università degli studi di Padova, in [www.unipd.it/scuola costituzionale](http://www.unipd.it/scuola costituzionale), 2010.

<sup>67</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 277.

<sup>68</sup> F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del potere esecutivo*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1728.

<sup>69</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, p. 123. Come mostra il regime giuridico della responsabilità per atti compiuti, dai privati o dalla pubblica amministrazione, in applicazione di una legge poi

La presunzione di costituzionalità, sia pure relativa, accompagna i sistemi di giustizia costituzionale ‘a privilegio del legislatore’, ne costituisce, potremmo dire, la *raison d'être*: infatti in tali sistemi il legislatore ha un suo giudice speciale e la legge è obbligatoria per tutti finché non venga dichiarata incostituzionale dall'organo esclusivamente competente a controllarne i vizi<sup>70</sup>.

Tutto ciò, ovviamente, nella quotidianità, nella ordinarità della vita dell'ordinamento. Sgombriamo il campo dalle grandi questioni morali, della legge ingiusta, dall'eterna disputa tra positivisti e giusnaturalisti, tra certezza del diritto ad ogni costo e diritto come strumento teso alla ricerca della giustizia sostanziale e ad essa sottomesso. E anche dal problema, lungamente dibattuto nella dottrina, sulla possibilità di disapplicare una legge nulla o inesistente<sup>71</sup>, e persino da quello della palese, manifesta incostituzionalità di leggi che si ponessero in evidente violazione dei principi fondamentali, che ci porterebbero alla questione, assai più complessa, del diritto di resistenza<sup>72</sup>.

Guardare la giustizia costituzionale ‘dal basso’ vuol dire interrogarsi su come ciascuno di noi può comportarsi consapevolmente di fronte a una legge che lo riguarda, o può, in futuro, riguardarlo, e che, per i più vari motivi, percepiamo come ‘sospetta’, nonché sulle conseguenze di questi comportamenti.

## **5.2. Disobbedienza necessaria**

È qui che entra in gioco la questione delle vie di accesso e che il sistema italiano di giustizia costituzionale mostra – ben più di altri, in conseguenza della segnalata ‘parchitudine’ – la sua anomalia<sup>73</sup>.

Vediamo meglio. L'accesso incidentale, così come qualsiasi forma di accesso ‘concreto’ al giudizio sulle leggi, implica inevitabilmente una disobbedienza: per ottenere una decisione della Corte costituzionale, l'unica che può trasformare il soggettivo dubitare in certezza, occorre ‘sfidare’ la legge, violandola, in modo da instaurare un giudizio e colà presentare

---

dichiarata incostituzionale: in sintesi A. MASARACCHIA, *Non obbligatorietà della legge incostituzionale e connessi profili di responsabilità*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. I, Napoli, 2012, pp. 743 ss. Non ci pare di poter seguire il pur pregevole ragionamento di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 270 ss., che esamina il comportamento che l'ordinamento pretende dai diversi soggetti di fronte a una legge incostituzionale, semplicemente perché solo di una legge ‘sospetta’ si può parlare, ma mai di una legge incostituzionale prima della dichiarazione di incostituzionalità. Ovviamente ciò non esclude che essa, come tutte le leggi, possa essere trasgredita.

<sup>70</sup> Questa definizione del ‘privilegio del legislatore’ basata sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, in G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 168 e in ID., *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, pp. 252 ss.

<sup>71</sup> Riassunto da C. PAGOTTO, op. cit., pp. 31 ss.

<sup>72</sup> Nel senso che lo Stato di diritto, e in particolare quello costituzionale, ha comportato “la sostanziale (anche se non esaustiva) trasformazione o conversione del ‘diritto’ di resistenza (...) in un ‘positivo’ diritto di promuovere un’azione giudiziaria contro gli stessi organi dello Stato per contrastare l’applicazione di atti (legislativi) illegittimi”, G. D’ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1992, p. 37.

<sup>73</sup> Utilizzo qui e nel seguito la parola ‘anomalia’ nel senso in cui, proprio in riferimento all’accesso al giudizio di costituzionalità, l’ha impiegata Hannah Arendt, in diversi scritti sulla disobbedienza civile risalenti all’inizio degli anni settanta, oggi raccolti in H. ARENDT, *Disobbedienza civile*, Milano, 2017, p. 4.

l'eccezione di incostituzionalità. In linea con tale richiesta di attivismo civico è la portata delle decisioni di accoglimento, la cui retroattività è limitata ai rapporti 'non esauriti': in tal modo, si invitano implicitamente i soggetti a (re)agire in giudizio, per non rischiare di finire nel vicolo cieco dei 'rapporti esauriti', rispetto ai quali la legge dichiarata incostituzionale continuerà inesorabilmente a esplicare la sua efficacia<sup>74</sup>.

A tacere delle già citate leggi autoapplicative, per le quali strettoie e zone d'ombra rendono impossibile ottenere un atto applicativo, ci si prospettano diverse possibilità, sulla base della tipologia di legge<sup>75</sup>.

Una prima scelta è quella tra passività e attivismo<sup>76</sup>. Rimanere silenti e in attesa, per poi eventualmente esercitare il proprio diritto di difesa qualora 'tocasse proprio a noi', cioè qualora incappassimo nell'applicazione della legge? Oppure darsi subito da fare in modo da ottenere l'indispensabile atto applicativo e mettere in moto il meccanismo? Nella consapevolezza, peraltro, che "chi sa di poter dissentire sa anche che, in qualche modo, quando non dissente esprime un tacito assenso"<sup>77</sup>.

Comunque, non sempre aspettare è possibile. E, in ogni caso, prima o poi il momento arriva. Inevitabilmente allora la tensione tra le esigenze dello Stato costituzionale e la logica dell'accesso incidentale si fa palese.

Da un lato, lo Stato costituzionale ha scardinato il principio del '*dura lex, sed lex*', ovvero della cieca sudditanza del cittadino rispetto alla legge. La sovranità della Costituzione implica che il dovere di osservare le leggi (di cui in Italia all'art. 54 Cost.) debba intendersi limitato a quelle ad essa conformi, così come pacificamente si intende riguardo alla sottoposizione dei giudici 'soltanto alla legge' nell'art. 101, comma 2, Cost. Tanto più che l'art. 54 si riferisce congiuntamente al dovere di osservare 'la Costituzione e le leggi' (e ancor più esplicitamente la XVIII disposizione transitoria e finale: "La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato"). Questa impostazione è pienamente in linea non solo con la supremazia della Costituzione, ma anche con la centralità della persona umana, con la inviolabilità della sua coscienza, con l'invito a una cittadinanza attiva e in ultimo con quel patriottismo costituzionale che sostanzia lo Stato costituzionale di diritto.

Ma, dall'altro lato, quel che l'accesso incidentale chiede al cittadino che dubiti della costituzionalità di una legge è di violarla, per consentirgli di instaurare un giudizio *a quo*. Con la possibilità che il dubbio di costituzionalità che egli avanza alla base del suo comportamen-

---

<sup>74</sup> Questa aporia è evidenziata da A. SPADARO, *op. cit.*, p. 79.

<sup>75</sup> Una prima riflessione su questo complesso tema, in C. PADULA, *op. cit.*, pp. 152 ss. che distingue leggi, come quella elettorale, non direttamente lesive, che producono solo una 'minaccia di lesione', cioè una incertezza sul contenuto del diritto, da "leggi proibitive o impositive, che stabiliscono divieti od obblighi che comprimono immediatamente i diritti fondamentali", con una ricca e vivace esposizione di esempi.

<sup>76</sup> Già Piero Calamandrei, in uno scritto del 1956 sul quale ritorneremo più avanti, segnalava che "il singolo, piuttosto che restare eternamente sotto la minaccia di una legge che ritiene viziata da illegittimità costituzionale, *in attesa* che si presenti l'occasione di impugnarla, preferirà *creare tale occasione*, provocando una specie di espediente giudiziario, che la dottrina fa rientrare nella figura della *fictio litis*" (corsi originali). Così P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 15, su cui G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 102.

<sup>77</sup> H. ARENDT, *op. cit.*, p. 46.

to *contra legem* non sia successivamente condiviso dal giudice o dalla Corte. Ciò implica l'assunzione individuale di un rischio<sup>78</sup>, la cui entità dipende, ovviamente, dal contenuto della legge: se, per fare qualche esempio, per le coppie dello stesso sesso che chiedono il riconoscimento della loro unione, le donne che pretendono di poter partecipare al concorso in magistratura, gli stranieri che chiedono di accedere all'assegnazione degli alloggi di edilizia popolare, le coppie sterili che intendono ricorrere alla fecondazione eterologa, il prezzo da pagare si traduce in un investimento di tempo e denaro, che dire invece di quei casi in cui occorra disobbedire a norme penali? Il cittadino straniero deve commettere un reato di terrorismo per poter impugnare la legge che prevede, per tale reato, la revoca della cittadinanza acquisita per naturalizzazione? La proibizione dell'aiuto al suicidio, anche quando si tratti di una persona gravemente sofferente, affetta da malattia irreversibile, capace di scegliere liberamente, può essere contestata solo autodenuciandosi dopo aver aiutato un malato a morire? Se una legge vietasse, in ogni caso, l'interruzione volontaria della gravidanza, prevedendo una sanzione penale, la donna dovrebbe aspettare il processo per contestarla?

L'esigenza che qui si vuole prospettare va oltre la questione della effettività della tutela dei diritti soggettivi<sup>79</sup>: lo sguardo 'dal basso' chiama l'attenzione sul prezzo da pagare, cioè sul rischio che implicano i comportamenti richiesti ai soggetti per giungere ad ottenere una tale tutela, in un sistema in cui l'unica via di accesso al giudizio di costituzionalità a loro disposizione è quella incidentale<sup>80</sup>. Una questione che, a ben vedere, non è sconosciuta al diritto processuale generale, ove esistono casi di attività giurisdizionale senza previa lesione, che, cioè, prescindono dalla violazione di un diritto, nei quali comunque si ritiene sussistere un interesse ad agire<sup>81</sup>.

Quando ho cominciato a riflettere su questo ribaltamento di punto di vista, sono rimasta assai sorpresa dal fatto che, per decenni, le dettagliate ricostruzioni del giudizio incidentale non abbiano considerato (con pochissime eccezioni)<sup>82</sup> in tutta la sua portata l'anomalia di un sistema in cui molteplici leggi possono essere sottoposte al giudizio della Corte soltanto a prezzo di una rischiosa violazione<sup>83</sup>, considerando che il processo costituzionale – in

---

<sup>78</sup> Su tale rischio, nella sua connessione con l'accesso incidentale, v. A. SPADARO, *op. cit.*, specie pp. 76 ss., secondo il quale "è infelice e carente la situazione giuridica del cittadino, sia che obbedisca, sia che rifiuti di obbedire alla legge potenzialmente invalida. In entrambi i casi, infatti, egli è soggetto all'errore e quindi rischia di andare incontro a rilevanti conseguenze negative".

<sup>79</sup> Che deve comunque sempre improntare il diritto processuale costituzionale: G. D'AMICO, *op. cit.*, 24; G. Silvestri, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, ES, Napoli, 2009.

<sup>80</sup> Il che ci porterebbe ad interrogarci sull'assunzione di rischio che la *parresia* (intesa come una certa maniera di dire il vero) sempre implica, e sul coraggio che richiede: tematiche solo apparentemente distanti dalle nostre e sviluppate in modo affascinante da M. FOUCAULT, *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*, ed. it. Milano 2009, specie pp. 63 ss. e pp. 172 ss.

<sup>81</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017, pp. 10 ss. Non in ultimo proprio l'azione di accertamento della quale tanto si discute di recente: al riguardo, G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 41 ss.

<sup>82</sup> Mi riferisco qui principalmente a A. SPADARO, *op. cit.*, che, come ho già detto, rappresenta l'unico autore che negli ultimi decenni ha evidenziato in modo netto i 'limiti strutturali' del giudizio incidentale nella prospettiva dei soggetti dell'ordinamento, ai quali viene chiesto un comportamento 'disperato' e 'potenzialmente suicida' per poter sottoporre le questioni alla Corte (in particolare, sulla *lis ficta*, pp. 163 ss.).

<sup>83</sup> Invece di recente vedi diffusamente C. PADULA, *op. cit.*, specie pp. 152 ss. che presenta anche molteplici esempi di leggi proibitive o impositive che potrebbero essere sottoposte al giudizio della Corte soltanto a prezzo di una rischiosa violazione.

quanto ha a oggetto atti normalmente generali e astratti, rispetto ai quali gli effetti sono alquanto più imprevedibili, e di conseguenza l'incertezza maggiore – sembrerebbe implicare una esigenza di tutela preventiva più elevata rispetto ad altri tipi di processo.

Oppure che diversi autori, pur riconoscendo che, in un sistema che ammette unicamente l'accesso incidentale, “non tutte le potenzialità dei diritti costituzionali sono pienamente dispiegate”<sup>84</sup>, abbiano poi risolto la questione con una inversione logica, cioè non considerando l'accesso incidentale come un'anomalia, ma ritenendo non obbligatoria la legge incostituzionale prima della dichiarazione di incostituzionalità, in quanto sarebbe giuridicamente e illogicamente contraddittorio che l'ordinamento abbia affidato la garanzia della Costituzione all'eventualità che la legge ‘incostituzionale ma obbligatoria’ venga violata<sup>85</sup>.

### **5.3. Un excursus: disobbedienza civile e ‘casi esemplari’**

L'anomalia di sistemi giuridici che incoraggiano, o addirittura in qualche modo costringono il cittadino a violare la legge per testarne la costituzionalità è stata affrontata ampiamente negli Stati Uniti all'epoca delle battaglie per i diritti civili degli anni cinquanta e sessanta, al punto che a ciò sono stati allora dedicati innumerevoli articoli e finanche fascicoli speciali di prestigiose riviste giuridiche<sup>86</sup>.

Essa ha fatto la sua comparsa anche nelle riflessioni dei filosofi sulla ‘disobbedienza civile’, particolarmente feconda nei medesimi anni, che hanno dato nuovo smalto alle classiche impostazioni risalenti a Socrate e a Thoreau. Ad esempio, tanto John Rawls che Hannah Arendt – affrontando il tema del conflitto tra doveri in una società democratica quasi-giusta (il primo) e del rapporto tra il cittadino e la legge nelle società basate sul consenso (la seconda) – si pongono la questione di distinguere la disobbedienza civile dalla ‘presentazione di casi esemplari’ alle corti (Rawls) o dalla ‘violazione della legge per testarne la incostituzionalità’ (Arendt).

Entrambi considerano che, benché si tratti di forme di dissenso rispetto alla volontà della maggioranza, disobbedienza civile e ‘casi esemplari’ vadano tenuti distinti.

Rawls definisce la disobbedienza civile come un “atto di coscienza pubblico, non violento e tuttavia politico, contrario alla legge, in genere compiuto con lo scopo di produrre un cambiamento delle leggi o delle politiche del governo”<sup>87</sup>, che si colloca tra la protesta legale e la presentazione di casi esemplari da un lato, e l'obiezione di coscienza e il diritto di resistenza dall'altro. “In questa gamma di possibilità rappresenta una forma di dissenso ai limiti della fedeltà alla legge”.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, op. cit., p. 127.

<sup>85</sup> V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale delle leggi limitatrici di diritti*, op. cit., p. 527; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 272.

<sup>86</sup> H. ARENDT, op. cit., p. 4.

<sup>87</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it. Milano, 1999, p. 303

<sup>88</sup> J. RAWLS, op. cit., p. 305.

Per Arendt, l'elemento dirimente è che "coloro che praticano la disobbedienza civile non esistono come singoli individui, possono agire e sussistere solo in quanto membri di un gruppo"<sup>89</sup>. Questo fa sì che la disobbedienza civile si distingua dall'obiezione di coscienza e dall'infrazione della legge per testarne la costituzionalità: questi comportamenti sono infatti strettamente personali e diretti contro la norma verso cui si protesta, a differenza della disobbedienza civile, che è di gruppo e indiretta<sup>90</sup>.

Negli stessi anni, la differenza tra la presentazione di casi esemplari alle corti e la disobbedienza civile è messa bene in evidenza dalla lettera dal carcere di Birmingham, con la quale nel 1963 Martin Luther King risponde a quella, nota come 'A Call for Unity', inviatagli da otto religiosi bianchi liberal dell'Alabama, secondo la quale "When rights are consistently denied, a cause should be pressed in the courts and in negotiations among local leaders, and not in the streets"<sup>91</sup>. È interessante notare che egli, mentre sostiene che azioni dirette, qualificabili come di 'disobbedienza civile', cioè le manifestazioni non autorizzate non violente, servono a creare un clima nel quale possano svilupparsi i negoziati, non reagisce sulla questione della necessità di sottoporre i casi alle corti, spostando invece il discorso sulla liceità della disobbedienza alla legge ingiusta, da scontare sottoponendosi alla pena: in effetti tale silenzio appare comprensibile considerando che le sentenze (a partire da *Brown vs. Board of Education*) c'erano già, per cui non si trattava tanto di provocare nuovi casi, ma di reagire all'inerzia nell'applicazione delle sentenze della Corte suprema, anche da parte delle corti inferiori.

#### 5.4. *Lis ficta*?

Ritornando a noi, la predisposizione di 'casi esemplari' che possano far sorgere la questione di costituzionalità attraverso l'accesso incidentale ci porta ad affrontare il tema della c.d. *lis ficta*: espressione sommamente ambigua, che si rintraccia con una certa frequenza in dottrina ma di rado nella giurisprudenza costituzionale<sup>92</sup> e che accomuna in modo improprio, qualificandole come 'finzioni', due nozioni assai diverse<sup>93</sup>.

In senso stretto, per *lis ficta* si intende un'azione promossa di fronte a un giudice comune che abbia come unica pretesa la dichiarazione di incostituzionalità della legge attraverso la proposizione della questione alla Corte costituzionale, con coincidenza del *petitum* nei due giudizi. La '*lis*' in tal caso sarebbe reale, ma la '*fictio*' consisterebbe nell'artificiale co-

---

<sup>89</sup> H. ARENDT, *op. cit.*, p. 8.

<sup>90</sup> H. ARENDT, *op. cit.*, p. 9.

<sup>91</sup> Su questo scambio di lettere, v. B. ACKERMAN, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge (Mass.), 2014, p. 135.

<sup>92</sup> C. PADULA, *op. cit.*, p. 191. Di recente, a seguito della sent. 1/2014, il tema è in grande spolvero, v. tra gli altri G. REPETTO, *op. cit.*, pp. 203 ss.

<sup>93</sup> M. D'AMICO, F. BIONDI, *Commento all'art. 137*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006, p. 2574 parlano rispettivamente di *fictio litis* formale e sostanziale. Si riferisce alla *fictio litis* in senso lato, nel senso indicato nel testo, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 195. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, *op. cit.*, p. 112, invece indica quella che definisco come '*lis ficta* in senso stretto' come una 'accezione più ampia'.

struzione di una inesistente pregiudizialità, risolvendosi il *petitum* del giudizio *a quo* nella questione di costituzionalità: argomento solitamente utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale per dichiarare tali questioni inammissibili in quanto astratte e sprovviste di rilevanza.

In senso lato, invece, la *lis ficta* coincide con quelli che si sono definiti ‘casi esemplari’. Si tratta infatti della controversia provocata intenzionalmente e strumentalmente per poter sollevare la questione incidentale. Qui la ‘*fictio*’ consiste nella creazione ‘artificiosa’ di una ‘*lis*’, che però, una volta instaurata, perde il suo carattere di finzione per diventare pienamente reale, al punto che il soggetto che se ne fa carico (spesso violando la legge) si assume il rischio delle eventuali conseguenze. In tal caso, il riferimento alla ‘finzione’ è fuorviante, poiché per arrivare alla Corte costituzionale occorre comportarsi ‘realmente’ in modo contrario alla legge ritenuta illegittima<sup>94</sup>. Tale ‘*lis ficta*’, se vogliamo continuare a chiamarla così, ma sarebbe meglio parlare invece di ‘caso esemplare’, è pienamente ammissibile, “non essendo in potere di nessuno indagare per quali motivi ultimi essa è venuta a determinarsi”<sup>95</sup>. Non a caso, nei primi anni dell’attività della Corte, quando le questioni faticavano a trovare spazio presso i giudici comuni, si rinvengono in dottrina suggerimenti all’utilizzo di tale meccanismo per bonificare la legislazione<sup>96</sup>, nonché significativi esempi pratici<sup>97</sup>.

La questione della *lis ficta* rappresenta soltanto un aspetto dell’anomalia dell’accesso incidentale, un’anomalia che emerge pienamente guardandolo ‘dal basso’.

### **5.5. Un’anomalia e la sua normalizzazione**

In realtà, quest’anomalia dell’accesso incidentale non è stata ignorata agli albori della giustizia costituzionale (come ci hanno di recente ricordato Carlo Padula e Giacomo

---

<sup>94</sup> Così P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, op. cit., p. 15.

<sup>95</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 195.

<sup>96</sup> Così già C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (1949), ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, p. 688, secondo il quale la *fictio litis* avrebbe potuto consentire di sottoporre tempestivamente le nuove leggi alla Corte, così circoscrivendo l’inconveniente della “perenne incertezza sulla validità delle leggi” che potrebbe derivare dalla mancata previsione di un termine per le questioni incidentali. Anni dopo, particolarmente chiaro è Silvano Tosi nel suo intervento al convegno fiorentino organizzato da Giuseppe Maranini nel 1965, dove, dopo aver suggerito la possibilità, per i gruppi di pressione, di attivarsi “in stretto raccordo coi giudici di merito disposti a tradurre l’impegno civile della lotta contro l’arbitrio in sistematiche ordinanze di trasmissione alla Corte costituzionale”, si chiede “perché mai una tale artigianale e difficile e financo pericolosa risorsa non debba venire sostituita da più razionale strumento”: S. TOSI, *L’introduzione al processo costituzionale di legittimità: spunti ricostruttivi*, in G. MARANINI, a cura di, op. cit., pp. 230 ss., specie p. 233.

<sup>97</sup> Vedi ad es. il caso all’origine della sent. n. 168/1963, al quale si riferisce Tosi, sulla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura, ove le parti di un giudizio pendente di fronte al pretore di Bologna avevano ritenuto che la nomina del pretore stesso fosse avvenuta sulla base di una legge viziata, chiedendogli pertanto di sollevare questione di costituzionalità (notare che gli avvocati delle parti erano, tra gli altri, Giuseppe Maranini, Lelio Basso, Leopoldo Piccardi e Alberto Predieri). Maranini, parlando nel 1965, si riferisce alla previsione dichiarata incostituzionale (secondo la quale l’iniziativa di ogni provvedimento sulla carriera e la disciplina dei magistrati era riservata unicamente al ministro guardasigilli) dicendo che “aveva il contenuto di un colpo di Stato” e lamentando che fossero passati molti anni prima di poterla sottoporre alla Corte costituzionale. Oppure il caso, all’origine della sent. n. 14/1964 sulla nazionalizzazione dell’energia elettrica, ove un utente, l’avvocato Flaminio Costa, si era rifiutato di pagare la bolletta dell’E.N.E.L., “la cui legge istitutiva ed i conseguenti provvedimenti legislativi delegati per il trasferimento delle società elettriche al nuovo Ente erano costituzionalmente illegittimi”. Su queste due decisioni v. G. D’ORAZIO, op. cit., pp. 66-67.

D'Amico)<sup>98</sup>, quando è stata sollevata, con una forza e chiarezza che sarebbe vano cercare negli scritti successivi, la questione: “di fronte a una legge viziata di illegittimità costituzionale, che cosa può fare per arrivare a farla dichiarare inefficace dalla Corte costituzionale, il singolo cittadino?”<sup>99</sup>.

In particolare, già nel 1950 Piero Calamandrei<sup>100</sup> ha messo in luce il carattere imperfetto e lacunoso di un sistema di giustizia costituzionale nel quale per arrivare a ottenere la dichiarazione di incostituzionalità di una legge “bisogna avere il coraggio di violarla”, bisogna cioè che il singolo “sfidi il rischio della sanzioni individuali che la violazione di quella legge comporta”. In altri termini, occorre un esercizio del ‘diritto individuale di resistenza’: nella consapevolezza che “il resistere deliberatamente alla legge nell’opinione che essa sia costituzionalmente illegittima esporrà sempre il resistente al pericolo di sentirsi dire dal giudice che la sua opinione è sbagliata, e di dover subire di conseguenza la sanzione della violazione”<sup>101</sup>. In sostanza, occorrerà provocare quello che Calamandrei definisce un ‘giudizio sperimentale’ o ‘giudizio-cavia’. In questa prospettiva è ancor più evidente il problema delle leggi autoapplicative, che modificano direttamente uno *status* (si fa proprio l’esempio delle leggi elettorali), per le quali non è facilmente immaginabile un ‘giudizio-cavia’ in quanto per esse il singolo “non può fare altro che subirle, senza avere la possibilità pratica di provocare, per poi impugnarlo, il provvedimento concreto che le attui, o di violarle deliberatamente per provocare a suo carico l’applicazione giurisdizionale della sanzione”<sup>102</sup>.

Negli stessi anni, Mauro Cappelletti – in un testo che, non dimentichiamolo, è sottotitolato “primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)” ed è dedicato alla ricerca di strumenti innovativi che possano rendere effettivi i diritti di libertà – considera il nostro sistema di giustizia costituzionale “superato, prima ancora di essere realizzato”, proprio perché a fronte di una violazione dei diritti derivante da una legge incostituzionale, esso richiede che si ponga in essere un processo che in molti casi assumerà i caratteri di una  *fictio litis*, che “sarà per lo più instaurabile solo in seguito all’esercizio del pericoloso (e discusso) diritto di resistenza”<sup>103</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, i due autori hanno evidenziato, in quegli anni ormai lontani, il carattere imperfetto e lacunoso della tutela del cittadino contro la illegittimità

---

<sup>98</sup>C. PADULA, *op. cit.* 85 ss.; G. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 93 ss.

<sup>99</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, *op. cit.*, p. 13; il tema era già accennato in Id., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, p. 44, dove si parla della elevata probabilità che si trovi un singolo disposto a violare la legge per far nascere, come espediente, una controversia concreta nella quale sia possibile sollevare il dubbio di costituzionalità. Negli stessi anni, il tema emerge nelle relazioni di Andrioli e di Esposito nel famoso Primo congresso internazionale degli studiosi del processo civile del 1950 che tanta importanza avrà per il processo costituzionale italiano. In generale, da tali relazioni, come da altri articoli di quegli anni si ricava un senso di frustrazione per la piega presa dal modello italiano con la legge costituzionale n. 1/1948, proprio riguardo all’effettività della tutela: vedi G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 99.

<sup>100</sup> Come segnala G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 91, Calamandrei evidenziò la necessità di una ‘*fictio litis*’ per mettere in moto il giudizio costituzionale anche nel dibattito alla Camera dei deputati sulla legge ordinaria sulla Corte costituzionale, in particolare nella seduta del 28 novembre 1950.

<sup>101</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>102</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>103</sup> M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, p. 13.

costituzionale nel sistema adottato in Italia<sup>104</sup>. Poi la questione è stata quasi dimenticata. Lo stesso Cappelletti ha cambiato idea e, intervenendo diversi decenni dopo, ha ritenuto il controllo incidentale privo di lacune sostanziali, adducendo come argomenti, oltre all'esperienza storica dei primi quattro decenni di giustizia costituzionale, anche il sopravvenire della giurisdizione della CEDU e la collaborazione esistente tra Corte e giudici comuni<sup>105</sup>.

Il prevalere di uno sguardo 'dall'alto' ha fatto sì che – salva la questione delle zone d'ombra – l'inutile complicazione o le gravi conseguenze che derivano da un sistema di giustizia costituzionale nel quale occorre procurarsi, costi quel che costi, un atto applicativo, violando la legge, hanno smesso di apparire un'assurda anomalia e sono diventate la normalità<sup>106</sup>.

### **5.6. Il sentimento popolare per la Costituzione**

Eppure, i casi in cui si è violata la legge allo scopo di sottoporla alla Corte costituzionale sono tanti, anzi già la prima sentenza della Corte, la indimenticabile n. 1/1956, è nata in questo modo, come ha ricordato di recente Maurizio Fioravanti<sup>107</sup>.

Il contributo di Enzo Catani e Sergio Masi, due operai pratesi, che, come dice Fioravanti, avevano “deliberatamente e scopertamente violato la norma del 1931 sull'autorizzazione a tenere manifestazioni pubbliche, in clamoroso contrasto con il principio contenuto nell'articolo 21 della Costituzione”, al fine di provocare l'intervento della Corte “fu decisivo quanto quello di Giuliano Vassalli, di Massimo Severo Giannini, di Vezio Crisafulli” (ovvero di alcuni degli avvocati che li difendevano di fronte alla Corte sostennero l'incostituzionalità della legge)<sup>108</sup>, o di Antonino Caponnetto, pretore di Prato, il primo a sollevare questione di costituzionalità. Come ricorda Fioravanti, “due operai che non sapevano nulla di Costituzione, ma che sentivano di lottare per qualcosa di giusto, rappresentando così qualcosa che è sempre esistito nella storia delle costituzioni, ovvero il *sentimento popolare per la Costituzione*”.

E accanto a loro potremmo citare tanti altri nomi, da quello di Rosa Oliva, giovane laureata in scienze politiche che, chiedendo di partecipare a un concorso presso il Ministero

---

<sup>104</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, op. cit., p. 18.

<sup>105</sup> M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in *Giudizio 'a quo' e movimento del processo costituzionale*, op. cit., pp. 13 ss. Tra i pochi autori che hanno, da sempre, valorizzato l'azione di accertamento come strumento per promuovere un giudizio nel quale si possa impugnare la legge direttamente ablativa di un diritto, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, p. 61 ripreso più ampiamente in Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, pp. 150 ss.

<sup>106</sup> A un tale orientamento ha contribuito ampiamente, oltre alla dottrina come si usa dire 'dominante', la lettura che la giurisprudenza costituzionale ha dato della pregiudizialità costituzionale, della quale è cartina di tornasole quella sulla  *fictio litis*: per una ricostruzione, G. D'AMICO, op. cit., pp. 104 ss.

<sup>107</sup> M. FIORAVANTI, *Il 'sentimento popolare' per la Costituzione*, in Id., *La Costituzione democratica*, 2018, pp. 477 ss., secondo quel che aveva detto a voce nel convegno “Le sentenze che hanno cambiato la vita degli italiani”, tenutosi presso la Corte costituzionale il 28 aprile 2016, e già segnalato in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, op. cit., p. 114.

<sup>108</sup> Come oggi si può leggere in L. CASINI, a cura di, *La prima sentenza della Corte costituzionale. Le memorie processuali*, in *Riv. trim dir pubbl.*, 2006, pp. 13 ss.

degli interni, riuscì a sottoporre al giudizio della Corte, assistita dal suo relatore di tesi, il professor Costantino Mortati, la norma che escludeva le donne dagli impieghi pubblici implicanti “l’esercizio di diritti e potestà politiche” (in altri termini, dall’accesso alla magistratura, alla diplomazia, alla carriera prefettizia ecc.)<sup>109</sup>, a quelli di Mariano Pusccheddu, Antonio De Filippis, Silverio Capuzzo, Alessandro Scida, sottoposti a procedimento penale per essersi rifiutati “di prestare il servizio sostitutivo civile oltre il periodo corrispondente alla durata del servizio militare”<sup>110</sup>, di Marco Pannella, “tratto in arresto nella flagranza del reato di cessione ad altri di sostanze stupefacenti”<sup>111</sup>, di Galliano Mariani e Sergio Gallozzi, Enrico Oliari e Lorenzo Longhi, Emanuela Zambotti e Michela Ossanna, che chiedendo le pubblicazioni di matrimonio ai comuni di Venezia e Trento hanno sottoposto alla Corte la questione del *same-sex marriage*<sup>112</sup>, fino ad arrivare alla recente autodenuncia di Marco Cappato, all’origine della questione per il momento ‘non decisa’ dalla Corte sull’aiuto al suicidio<sup>113</sup>.

Una storia della Corte costituzionale ‘dal basso’ che ancora aspetta di essere scritta.

## 6. Tempi nuovi, tempi difficili

E che forse è giunto il momento di scrivere.

Infatti, la giustizia costituzionale, ovunque nel mondo, è alle prese, nel XXI secolo, con sfide e problemi nuovi, che ne mettono in pericolo la legittimazione e richiedono un ripensamento di molti degli strumenti e delle categorie che ne hanno accompagnato il successo e l’espansione nella seconda metà del secolo scorso<sup>114</sup>.

In Italia, Alessandro Pizzorusso già nel 2006, in occasione del 50° anniversario della Corte, introduceva un volume dedicato all’accesso chiedendosi se “quel tipo di giustizia costituzionale che aveva ben funzionato in una situazione di diffuso consenso nei confronti di una Costituzione che aveva rispecchiato un profondo rivolgimento degli ordinamenti e della coscienza politica del paese, agevolandone lo sviluppo economico e l’uscita da una situazione di diffusa arretratezza culturale, *risulti invece in qualche misura inadeguata a fronteggiare situazioni in cui l’ordinamento democratico del paese si trovi ad essere oggetto di un attacco* che rimetta in discussione proprio taluni dei principi che caratterizzano come particolarmente avanzata la Costituzione del 1947 ed alla cui difesa gli istituti della giustizia costituzionale sono principalmente destinati” (corsivo nostro).<sup>115</sup>

In altre parole, egli si interrogava sull’adeguatezza della giustizia costituzionale italiana (e specialmente delle sue vie di accesso, alle quali il volume era dedicato) rispetto alle

---

<sup>109</sup> Sent. n. 33/1960, sulla quale vedi A.M. ISASTIA, R. OLIVA, *Cinquant’anni non sono bastati. Le carriere delle donne a partire dalla sentenza n. 33/1960 della Corte costituzionale*, Trieste 2016.

<sup>110</sup> Sent. n. 470/1989.

<sup>111</sup> Così le sent. nn. 296 e 384/1996.

<sup>112</sup> Sent. n. 138/2010.

<sup>113</sup> Ord. 207/2018.

<sup>114</sup> Ovvero in quello che è stato definito ‘il secolo della giustizia costituzionale’: D. ROUSSEAU *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 9.

<sup>115</sup> A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, pp. XVI-XVII.

esigenze di quella ‘nuova stagione’, apertasi a un certo punto tra la fine degli anni novanta e l’inizio degli anni duemila, che è di solito considerata, sulla base delle più diffuse periodizzazioni, come una ‘quarta fase’ nella storia della Corte costituzionale<sup>116</sup>. Un ‘periodo complicato’, nel quale, smaltito l’arretrato, la Corte si è trovata a pronunciarsi su leggi recenti, volute dalle maggioranze politiche del momento, mentre tutto intorno il contesto politico e giuridico andava mutando profondamente. In estrema sintesi, basti richiamare: l’affacciarsi di una forma di governo di tipo maggioritario; il potenziamento dei canali sovranazionali di tutela, specie a seguito della riforma della Corte europea dei diritti dell’uomo e dell’entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; l’ampliamento dello spazio del giudizio principale, a seguito della riforma costituzionale del 2001<sup>117</sup>.

La scelta della Corte, in questa fase, è parsa quella di ‘stare al riparo’, cercando ancor più che in passato la collaborazione dei giudici comuni, attraverso l’utilizzo, spinto all’estremo, dell’interpretazione conforme e la piena valorizzazione delle nuove potenzialità offerte dalle Corti europee (basti pensare alle famose ‘sentenze gemelle’ del 2007 riguardo alla CEDU). L’interrogativo che è parso serpeggiare tra i giudici costituzionali in camera di consiglio<sup>118</sup>, specie di fronte a questioni difficili, è stato ‘come ne usciamo?’, interrogativo che è spesso sfociato in un uso particolarmente disinvolto delle pronunce di inammissibilità. Anche da ciò, una progressiva marginalizzazione del giudizio incidentale (la dottrina non ha esitato a parlare di una sua crisi)<sup>119</sup>, dimostrata dal declino quantitativo delle ordinanze di rimessione e dal fatto che questioni cruciali in materia di diritti non siano giunte, o siano giunte con grave ritardo, alla Corte.

Negli anni più recenti, benché non sia facile individuare con precisione il *turning point*<sup>120</sup>, la Corte ha però mostrato la volontà di recuperare pienamente il suo ruolo e di tor-

---

<sup>116</sup> Questa periodizzazione, la più diffusa, si deve a E. CHELI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in Associazione studi parlamentari, *Quaderno 1*, pp. 125 ss.; Id., *Il giudice delle leggi*, 1996, pp. 34 ss. V. anche, sulla questione dei criteri eterogenei alla base delle più diffuse periodizzazioni, E. BINDI, *La riunione delle cause nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Padova, 2003, pp. 34 ss. e EAD., *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino, p. 201. Più di recente, tornano sulla questione delle periodizzazioni G. D’AMICO, D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, a cura di, *Vent’anni di Costituzione (1993-2013): dibattiti e riforme nell’Italia tra due secoli*, Bologna, 2015, pp. 551 ss.

<sup>117</sup> P. PASSAGLIA, *Sull’inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale*, op. cit., p. 327.

<sup>118</sup> Secondo le testimonianze di G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005 e S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, p. 88, che si sofferma anche in altri punti del volume su questa fase della storia della Corte, evidenziando criticamente che, con l’uso disinvolto delle pronunce di inammissibilità, la Corte si è fatta “garante innanzitutto di se stessa”, piuttosto che della Costituzione.

<sup>119</sup> Così Id., op. cit., pp. 176 ss., che parla di “Corte a mani vuote”, di “fuga dalla Corte”, di “declino della Corte”, riferendosi soprattutto al declino del giudizio incidentale, “un vicolo cieco nel quale si è cacciata la stessa Corte costituzionale”. V. anche R. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, pp. 31 ss., che proprio a partire dai numeri pone l’interrogativo su “ri-pensare il modello?”. Espressamente in ‘controtendenza’, valorizzando, più che la quantità, la qualità delle questioni, A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant’anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 2016, pp. 149 ss., specie pp. 157 ss.

<sup>120</sup> Nel senso che “tutte le periodizzazioni sono deboli”, perché “la storia della Corte non *facit saltus*”, per una “certa naturale vischiosità degli atteggiamenti politico-istituzionali della Corte”, che porta a rendere elastici e confusi i confini tra i vari momenti, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, p.164.

nare a 'prendere sul serio' il controllo accentrato: dopo aver lungamente incoraggiato una evoluzione verso un controllo 'diffuso' e accettato la supplenza delle corti europee, da qualche tempo pare che essa cerchi di riprendere terreno su entrambi i fronti<sup>121</sup>. Questo nuovo atteggiamento non è privo di conseguenze sulla tematica delle vie di accesso, come dimostra l'ammissibilità delle questioni sulla legge elettorale politica sollevate attraverso l'azione di accertamento, nonché un ulteriore ampliamento della nozione di giudice (si pensi alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti: sent. n. 196/2018), o le porte 'non chiuse' a una possibile rilettura dei conflitti tra poteri dello Stato (ord. n. 17/2019).

Lo stesso presidente Lattanzi, nella relazione sulla giurisprudenza del 2018, ha esplicitato che "anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, *ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale*, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d'ombra dell'ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali" (corsivo nostro).

Va aggiunto che questa rinnovata attenzione per il controllo accentrato, e quindi anche per le sue vie di accesso, *in primis* da parte della Corte stessa, si colloca in quadro sistemico, a livello domestico e globale, attraversato da grandi inquietudini per le sorti della democrazia costituzionale.

In molti Paesi, l'indebolirsi della forza coesiva delle costituzioni si accompagna a un risorgere di pulsioni maggioritarie che spesso comporta un aumento del tasso di incostituzionalità dell'ordinamento, a seguito dell'operato di maggioranze politiche ostili alle norme costituzionali vigenti, ma sprovviste dei numeri per modificarle.

Anche senza evocare contesti di *constitutional retrogression*, in cui l'attacco al *rule of law* costituzionale finisce per svuotare le garanzie, attraverso una 'cattura' delle istituzioni di controllo, si assiste comunque a un mutamento dell'ambiente nel quale gli organi che della democrazia costituzionale sono *viva vox*, ovvero le corti costituzionali, si trovano ad operare e che inevitabilmente incide sulla loro attività e sulla loro legittimazione<sup>122</sup>.

Si tratta di processi complessi che operano su molteplici piani. Da un lato, c'è la messa in discussione del carattere pluralistico della democrazia costituzionale, che coinvolge i diritti delle minoranze, come è tipico delle forze politiche definite 'populiste', che proprio sulla negazione del pluralismo e sul richiamo a una 'mitica' unità del popolo basano le loro fortune elettorali. Dall'altro, la crisi della rappresentanza politica indebolisce la capacità delle forze politiche 'non populiste' di farsi garanti di tali diritti, rendendo ancora più evidente la marginalizzazione dei soggetti deboli. Le domande di giustizia, che restano inevase nel circuito della

---

<sup>121</sup> Su questa tendenza a un riaccostamento e sulle sue varie forme e sfaccettature, v. per tutti G. REPETTO, *op. cit.*, pp. 307 ss. I rischi che potrebbero scaturirne per i diritti fondamentali sono prospettati da A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in *Consulta Online*, 2019, fasc. I, pp. 33 ss., specie p. 49.

<sup>122</sup> Vedi l'accurato intervento della giudice del Tribunale costituzionale tedesco S. BAER, *Challenges to Constitutionalism: The Role of Constitutional Courts*, in *Venice Commission, Courageous Courts: Security, Xenophobia and Fundamental Rights*, Strasburgo, 2017, pp. 13 ss. Significativa al riguardo, l'intervista del giudice costituzionale Giuliano Amato al quotidiano 'La Repubblica': S. FIORI, *In piedi, esce la Corte*, in *Il Venerdì di Repubblica*, 29 marzo 2019.

decisione politica, si orientano, ancor più che in passato, verso i giudici, alimentando quel protagonismo del potere giudiziario che, a sua volta, determina in molti casi un'aspra reazione della politica di fronte al cosiddetto 'governo dei giudici'. Il tutto mentre, da una parte e dall'altra, si continua a invocare la necessità di forme di partecipazione popolare alle decisioni che consentano di riavvicinare governanti e governati.

È con tale quadro che il ripensamento delle vie di accesso deve fare i conti. E, anche per questo, è il momento di tornare a guardare alle vie di accesso 'dal basso'.

## 7. Abbiamo davvero bisogno di 'eroi ribelli'?

Ritorniamo alla nostra domanda: è sensato un sistema di giustizia costituzionale che, perché possiamo adire il giudice delle leggi, ci chiede, sempre e in ogni caso, di procurarci un rifiuto o di violare la legge esponendoci al rischio di sanzioni?

Siamo proprio d'accordo con quanto scriveva nel 1956 la Corte di cassazione, secondo la quale: "il costituente ha voluto impedire che il singolo, quale semplice portatore di un interesse diffuso, si faccia vindice della costituzionalità a scopo di mera iattanza, senza che la sua azione sia sorretta da un interesse personale e *senza che abbia sperimentato, si direbbe sofferto, la incostituzionalità come un dramma o, comunque come un evento increscioso della propria esistenza*" (corsivo nostro)<sup>123</sup>

Di fronte alla legge 'sospetta', insomma, occorre necessariamente e personalmente soffrire?

Come abbiamo visto, agli albori della giustizia costituzionale italiana, la risposta della dottrina era di no. Se spostiamo lo sguardo a livello comparato, i limiti del nostro sistema sono ancora più chiari. E' stato di recente segnalato da uno studio sul *preenforcement constitutional challenge* negli Stati Uniti che anche il pragmatismo americano ci dice di no, e che in quell'ordinamento lo *standing* sorge già a seguito di una legge che lede o minaccia concretamente di ledere un soggetto<sup>124</sup>. Nello stesso senso vanno anche altri ordinamenti, che prevedono ricorsi individuali astratti (o 'astratto-concreti')<sup>125</sup> e finanche forme di *actio popularis*<sup>126</sup>.

L'interrogativo si pone con rinnovata impellenza nell'epoca che stiamo attraversando. L'attacco allo Stato costituzionale fa emergere con ancora maggiore evidenza il carattere

---

<sup>123</sup> Si tratta della decisione con cui la Cassazione rifiutò di sollevare la questione nel caso 'Sila' (Cassazione, SSUU 23 giugno 1956, pres. Eula est. Torrente, *Foro it.*, 1956, I, 1076) citato da A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 112, che qualifica tali parole come 'belle e puntuali', ricollegandole a una nozione di concretezza e rilevanza 'la cui consistenza giuridica e anche umana è irriducibile'. Su di essa v. anche G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 107 ss.

<sup>124</sup> C. PADULA, *op. cit.*, p. 132.

<sup>125</sup> Per questa terminologia, M. FROMONT, *op. cit.*, pp. 149 ss. che, sulla base dell'interesse fatto valere nei ricorsi contro le leggi, distingue i ricorsi astratti, che possono essere introdotti sulla base di un semplice interesse, da quelli 'astratto-concreti', nei quali può essere sì attaccata direttamente una legge, ma il ricorrente deve comunque dimostrare che questa (o la sua futura applicazione) determina (o determinerà) una lesione: in tal modo non è del tutto rotto il legame con il diritto del quale sostiene di essere titolare.

<sup>126</sup> Come evidenziato da M. CAIELLI, *op. cit.*, *passim*.

imperfetto e lacunoso di un sistema che, di fronte alla legge 'sospetta', si affida unicamente ad atti, piccoli o grandi, di eroismo. È ben vero che "la disobbedienza consapevole è...una possibilità implicitamente prevista per promuovere il controllo di costituzionalità delle leggi" e che, proprio per questo, risponde a un *ethos* pubblico e può costituire una 'virtù repubblicana'<sup>127</sup>. Tuttavia, senza voler negare questa 'virtù' del giudizio incidentale, suona straordinariamente attuale quanto scritto da Mauro Cappelletti più di sessanta anni fa: "un buon ordinamento costituzionale dovrebbe fare tutto il possibile ...per trasformare il diritto di resistenza, che è una sorta di diritto di autotutela, ossia di tutela 'parziale', nel diritto alla tutela giurisdizionale cioè ad una tutela imparziale' (*super partes*)"<sup>128</sup>.

In definitiva, mi pare che, di questi tempi, diventi sempre più impellente ridurre gli spazi in cui la disobbedienza si configuri come l'unica opzione. riportando la questione della legge 'sospetta' entro l'ordinarietà della vita costituzionale, Ciò potrebbe avvenire con l'introduzione, accanto a quella incidentale, di una via di accesso che – per riprendere ancora le parole di Cappelletti – consenta di trasformare il 'diritto di ribellione nel diritto di azione' rendendo la 'Costituzione a portata del popolo'<sup>129</sup>.

A tal fine, la via maestra, ai sensi del primo comma dell'art. 137 Cost., non può che essere, ovviamente, quella di una legge costituzionale che, senza snaturare un sistema ormai ben collaudato, proceda a una integrazione delle vie di accesso<sup>130</sup>, nella direzione di una tutela effettiva dei diritti fondamentali, secondo quanto richiesto dalla dottrina fin dagli albori della esperienza repubblicana<sup>131</sup>. Nella impossibilità di approfondire qui le innumerevoli opzioni, basti accennare che potrebbe fungere allo scopo l'introduzione di un ricorso individuale finalizzato all'impugnativa diretta di norme giuridiche<sup>132</sup>, astratto (sul modello belga), o 'astratto-concreto' (sul modello tedesco)<sup>133</sup>, che si muova nella prospettiva di superare la contrapposizione – già a suo tempo definita "artificiosa e pericolosa" - tra interesse ad agire 'soggettivo' e interesse all'integrità costituzionale 'oggettivo'<sup>134</sup>.

---

<sup>127</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Disobbedire è una virtù repubblicana*, in *La Repubblica*, 12 aprile 2019.

<sup>128</sup> M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, *op. cit.*, p. 13, che passa poi a illustrare i pregi del ricorso individuale.

<sup>129</sup> M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, *op. cit.*, p. 142, che concludeva con queste parole il suo libro. Naturalmente, affiancare al giudizio incidentale una forma di ricorso individuale astratto o 'astratto-concreto', come quello di cui qui si discute, implica un raccordo tra i due sistemi che consenta di lasciare, in ogni caso, la porta aperta alle questioni incidentali, anche una volta che il giudice costituzionale si sia pronunciato sul ricorso diretto.

<sup>130</sup> P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *op. cit.*, p. 773.

<sup>131</sup> Oltre agli scritti citati di Calamandrei e Cappelletti, ai quali potrebbero aggiungersi altri autori dei primi anni Cinquanta, il tema si era riaffacciato alla metà degli anni sessanta, all'epoca della 'guerra tra le corti', al punto che in questa direzione si era orientata la prima seria riflessione della dottrina sulle vie d'accesso alla prova dell'esperienza, svolta nella una tavola rotonda organizzata a Firenze nel dicembre 1965 da Giuseppe Maranini. Pare che essa si sia conclusa nel senso di prevedere un ricorso individuale diretto: così U. SPAGNOLI, *I problemi della Corte*, Torino, 1996, p. 103, secondo il quale la proposta prevedeva che "tutti i cittadini, entro il termine di un anno dall'entrata in vigore di una legge o di un atto con forza di legge, possono proporre direttamente l'impugnazione davanti alla Corte costituzionale".

<sup>132</sup> Contro qualsiasi soluzione orientata a introdurre un ricorso contro sentenze o atti amministrativi, sponso in pieno la posizione di V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, p. 2011.

<sup>133</sup> Rinvio ancora una volta a M. FROMONT, *op. cit.*, p. 149.

<sup>134</sup> Così A. SPADARO, *op. cit.*, p. 167.

Tuttavia, come decenni di esperienza repubblicana insegnano, la strada delle riforme costituzionali è lunga e pericolosa<sup>135</sup>. Si sa quando si comincia, ma non si sa quando e (quel che è peggio) dove si finisce. Per l'istante, non ci resta che incoraggiare il cammino intrapreso negli ultimi anni dalla Corte. Essa, cogliendo lo 'spirito dei tempi'<sup>136</sup>, sta cercando di dare risposta alle domande inevase di 'giustizia costituzionale', sfruttando al meglio, in chiave di 'automanutenzione', gli spazi offerti dalle regole sul processo costituzionale<sup>137</sup>. È quel che è accaduto con le sent. n. 1/2014 e n. 35/2017, che, sia pure limitatamente alla legge elettorale politica, hanno consentito di testare le potenzialità di uno sguardo 'dal basso' alla giustizia costituzionale.

L'azione di accertamento, per come utilizzata dai giudici rimettenti in tali occasioni, pare particolarmente idonea a coniugare le esigenze di tutela preventiva con il mantenimento di un sistema accentrato, in cui resti però affidata al giudice comune la mediazione tra *iura* e *lex*<sup>138</sup>.

Infatti, essa dà sì luogo a un giudizio per certi versi astratto<sup>139</sup> – in quanto non si richiede una lesione diretta e attuale ma solamente un potenziale pregiudizio derivante da una oggettiva contestazione del diritto<sup>140</sup> – ma pur sempre incidentale, conservando un profilo di concretezza che lo avvicina in qualche modo a quei ricorsi, definiti 'astratto-concreti', che, sul modello tedesco, possono portare ad attaccare direttamente una legge quando dalla sua applicazione deriverebbe un 'pregiudizio grave e inevitabile'<sup>141</sup>.

---

<sup>135</sup> Difficoltà che era ben presente durante il citato convegno fiorentino, non a caso orientato prevalentemente a individuare "che cosa possa farsi per via d'interpretazione" (così G. MARANINI, *op. cit.*, p. 353).

<sup>136</sup> La relatività storica delle forme di accesso alla giustizia costituzionale è richiamata da G. D'ORAZIO, *op. cit.*, p. 84.

<sup>137</sup> Sulla 'automanutenzione' del sistema italiano di giustizia costituzionale, v. M. DECARO, N. LUPO, G. RIVOSECCHI, a cura di. *La 'manutenzione' della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2011, specie pp. XXVII ss.

<sup>138</sup> Sugli elementi di astrattezza che tale giurisprudenza immette nel giudizio incidentale si sono soffermati specialmente C. PADULA, *op. cit.*, p. 195 e G. REPETTO, *op. cit.*, p. 312.

<sup>139</sup> E d'altra parte la Corte non sembra particolarmente affezionata a una lettura rigorosa del carattere concreto, come ci mostra la giurisprudenza in tema di effetti temporali delle sentenze, che appare sempre più svincolata dalle esigenze del caso: basti citare le sent. n. 10/2015 e n. 178/2015; in questo senso G. REPETTO, *op. cit.*, p. 312. E come ci mostra l'ammissibilità della questione sollevata dalla Cassazione in sede di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge (sent. n. 119/2015). Sulla ordinanza che aveva sollevato la questione, v. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di rendere giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, che invitava la Corte a una rilettura dei limiti all'accesso incidentale in questa congerie storica.

<sup>140</sup> Già P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, *op. cit.*, pp. 17-18, aveva ipotizzato questa soluzione, facendo l'esempio di una legge che, in contrasto con l'art. 29 Cost., limitasse, col ristabilimento dell'autorizzazione maritale, la capacità della moglie, ma riteneva non idoneo il rimedio per leggi attinenti lo *status civitatis* o l'ordinamento degli organi costituzionali, per l'impossibilità di trovare il legittimo contraddittore contro il quale instaurare il 'processo-espedito'.

<sup>141</sup> Così l'art. 90, comma 2, seconda frase della legge sul Tribunale costituzionale tedesco, come modificata nel 1969: in questo senso, M. FROMONT, *op. cit.*, p. 150.

Questa soluzione, al momento circoscritta dalla Corte alla legge elettorale politica, si presta ad essere estesa a tutte quelle situazioni nelle quali la legge sia tale da determinare un potenziale pregiudizio, come una parte della dottrina sta cercando di mettere in luce<sup>142</sup>.

Non si può negare che oggi non sia facile per la Corte – dopo aver giustificato in modo abbastanza perentorio le decisioni in materia elettorale sulla base della necessità di evitare zone franche – procedere ulteriormente su questa strada. Essa stessa mostra di muoversi con estrema prudenza<sup>143</sup>, ben consapevole che la sua legittimazione è legata alla coerenza delle sue decisioni. Ed è quindi inevitabile interrogarsi sul punto al quale può spingersi il lento lavoro sui precedenti che costituisce l'unico strumento a sua disposizione<sup>144</sup>.

Tuttavia, è la stessa anomalia del giudizio incidentale per come, negli anni, è stato ricostruito attraverso uno sguardo 'dall'alto', che chiede, una volta svelata, ripulendola dalla patina della normalizzazione, di essere superata<sup>145</sup>, cominciando da una interpretazione delle regole processuali che inizi a riallineare l'accesso alla giustizia costituzionale alle esigenze dello Stato costituzionale e dei suoi soggetti<sup>146</sup>.

Un riallineamento che, lungi dal voler trasformare la giustizia costituzionale in un rimedio contro gli 'incerti del mestiere di vivere'<sup>147</sup>, o dal costituire un invito alla 'passività civica', riavvicini la Corte alla 'gente'. In altre parole, non mi pare che evitare a Rosa Oliva di presentare la domanda per il concorso, a Enrico Oliari e Lorenzo Longhi di chiedere le pubblicazioni di matrimonio, a Enzo Catani, Sergio Masi, Mariano Pusceddu, Antonio De Filippis, Silverio Capuzzo, Alessandro Scida, Marco Pannella e Marco Cappato e tanti altri di subire un procedimento penale, comporti quell'acquiescenza a una sorta di '*animus italicus*' "non di-

---

<sup>142</sup> Sulla necessità, e la possibilità, di superare i limiti posti dalla Corte all'azione di accertamento con le sentenze in materia elettorale, v. C. PADULA, *op. cit.*, pp. 199, e G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 129 ss., che invita la Corte a un 'salto di qualità', allargando tale possibilità oltre le zone franche.

<sup>143</sup> Vedi l'ord. n. 63/2018, che ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, sollevata nell'ambito di un'azione di accertamento, avente ad oggetto la normativa sul diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero. In essa, accanto al tradizionale argomento delle 'zone franche', si rinviene anche quello (anch'esso già presente nella sent. n. 110/2015), secondo il quale "il mero riferimento all'interesse all'«accertamento giudiziale [...] della concreta volontà della legge», sulla pienezza del diritto di voto del residente all'estero, con riguardo alla (allora) futura consultazione referendaria, senza alcun'altra indicazione, nemmeno sintetica o per *relationem* (della situazione soggettiva e/o oggettiva che risulterebbe, nel caso concreto, potenzialmente impeditiva della segretezza del voto), «non può essere considerato motivazione sufficiente e non implausibile dell'esistenza dell'interesse ad agire, idonea, in quanto tale, a escludere un riesame ad opera di questa Corte dell'apprezzamento compiuto dal giudice *a quo* ai fini dell'ammissibilità dell'azione» (sent. n. 110 del 2015)"; peraltro, non ci pare priva di rilievo l'aggiunta (corsivo mio) di uno specifico aggancio al caso concreto, che potrebbe essere foriera di ulteriori sviluppi.

<sup>144</sup> In dottrina, non sono mancate le posizioni estremamente critiche già in riferimento alle sentenze in materia elettorale, proprio perché la Corte avrebbe introdotto con esse il ricorso diretto: v. in particolare R. BIN, *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in *Iacostituzione.info*, 13 gennaio 2017.

<sup>145</sup> Secondo quanto messo in evidenza da G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 136 ss., che, proprio sulla base di una ricostruzione in chiave storica del giudizio incidentale, giunge a ritenere che l'azione di accertamento rappresenta una modalità di attivazione del giudizio incidentale che non contrasta con la sua *ratio*.

<sup>146</sup> Non intendo con ciò sostenere che l'azione di accertamento sia un rimedio che risolve tutti i mali: basti pensare al dilemma dei sindaci di fronte al 'decreto sicurezza' e alla difficoltà di ipotizzare un interesse ad agire in tale caso, come sottolineato da A. MORELLI, *op. cit.*, p. 3, che infatti conclude il suo scritto interrogandosi sulla opportunità di introdurre una qualche forma di ricorso individuale diretto.

<sup>147</sup> Per dirlo con le parole della sent. n. 494/2002.

sposto ad alcun sacrificio per la difesa delle istituzioni popolari”, piuttosto incline “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”, di cui parlava Costantino Mortati nel 1949<sup>148</sup>.

Al contrario. Ripensare il giudizio incidentale come giudizio ‘astratto-concreto’ vuol dire ‘lasciare aperto un canale’, in linea con la visione delle Corti costituzionali come “organi delle aspettative di giustizia che provengono dalla società”<sup>149</sup>. Un canale che, per essere alimentato, continuerà a richiedere quel ‘sentimento popolare’ che ha animato tanti ‘eroi ribelli’ e che, ora come allora, nutre la vita delle costituzioni democratiche.

---

<sup>148</sup> C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, *op. cit.*, p. 691.

<sup>149</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, *op. cit.*, p. 122. Nel senso che una misurata democratizzazione, della e nella Corte, sia in linea con lo Stato pluralista e i suoi valori, A. RUGGERI, *Prospettive di ‘democratizzazione’ nella giustizia costituzionale in Italia*, in *Foro it.*, 1998, V, pp. 236 ss.