

## La dottrina come *amica curiae*\*

di DILETTA TEGA  
(10 LUGLIO 2015)

SOMMARIO: 1. Che cosa voglio dire. – 2. Lo stato dell'arte. – 3. I casi. – 3.1. La Sentenza n. 118 del 2015. 3.2. La Sentenza n. 10 del 2015 sulla cd. *Robin Hood Tax*. – 3.3. La Sentenza n. 238 del 2014. – 3.4. La Sentenza n. 162 del 2014. – 3.5. La Sentenza n. 1 del 2014. 3.6. Le sentenze nn. 348 e 349 del 2007.– 4. In conclusione: prove di dialogo.

### 1. *Che cosa voglio dire*

Ho deciso di impostare questo scritto intorno ad una domanda che mi pare centrale ai fini dell'indagine che intendo svolgere, così sintetizzabile: che cosa cercano nella dottrina i giudici costituzionali (e i loro *alter ego*, gli assistenti di studio) nel momento della risoluzione del giudizio pendente<sup>1</sup>?

Questa riflessione, per quanto ancora in cerca di una più completa maturazione, intende dimostrare che l'atteggiamento mentale della Corte costituzionale, almeno per la mia esperienza di assistente di studio<sup>2</sup>, è di apertura nei confronti della dottrina di cui è ben consapevole di avere bisogno<sup>3</sup>: sono infatti lontani i tempi delle repliche stizzite del Presidente Branca alle critiche avanzate da alcuni studiosi<sup>4</sup>. Allo stesso modo, il tema delle modalità dell'utilizzo della dottrina, come si vedrà, non è scevro da contraddizioni, ancorato, come è, sia alla formazione culturale e giuridica degli assistenti e dei loro

---

\*In corso di pubblicazione in P. Passaglia, a cura di, Atti delle Giornate italo-franco-belghe su *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, Pisa 6 e 7 marzo 2015, Napoli.

1 In ogni caso sia le *Giornate* organizzate a Pisa da Paolo Passaglia, che la XXXe *Table Ronde Internationale de justice constitutionnelle comparée*, tenutasi a Aix-en-Provence, il 6 settembre 2014, dal titolo *Juges constitutionnels et doctrine*, mi pare dimostrino che la presente riflessione insiste su un tema che si sta affacciando nel diritto costituzionale e in quello comparato. Si rimanda, a tal proposito, ad un'attenta lettura della relazione di M. LUCIANI, *Cour constitutionnelle et doctrine: l'expérience italienne (Rapport italien)*, [http://www.gerjc.univ-cezanne.fr/uploads/media/RAPPORT\\_TR\\_2014\\_01.pdf](http://www.gerjc.univ-cezanne.fr/uploads/media/RAPPORT_TR_2014_01.pdf), 193-202.

2 Sono stata assistente di studio dall'ottobre del 2011 all'ottobre del 2014, avendo il privilegio di intervistare il Presidente emerito Silvestri, *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista di Diletta Tega a Gaetano Silvestri*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 757-765, subito dopo la conclusione della sua esperienza in Corte.

3 Il primo dato sul quale la Corte costituzionale riflette è quello costituito dai suoi precedenti, in secondo luogo, un peso significativo assume sempre di più la giurisprudenza sovranazionale, che appare anche citata nel *Considerato in diritto*, quella delle altre giurisdizioni superiori e delle Corti costituzionali straniere. Viene poi in rilievo la dottrina, e su questo punto si concentra la presente Relazione.

4 G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in «*Foro italiano*», 1970, V, cc. 17 ss., e dello stesso Autore, *Chiosa a chiusa*, in «*Foro italiano*», 1970, V, cc. 145 ss., come si è ricordato, in merito ai rapporti della Corte con l'opinione pubblica, in G. D'AMICO-D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in *Vent'anni di costituzione (1993-2013) Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, a cura di S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, Bologna, 2015, 547-579, in particolare 574.

giudici<sup>5</sup>, sia alla possibilità della Corte di imprimere, di volta in volta, una svolta *contra* dottrina.

Lo scritto si articola in tre parti: stato dell'arte, esempi tratti dalla giurisprudenza, qualche riflessione conclusiva.

## 2. Lo stato dell'arte

In base alla esperienza triennale come assistente di studio (2011-2014) la raccolta e la scelta della dottrina da inserire nella Ricerca preparatoria in vista della discussione e della decisione della causa (ma anche quella da indicare al giudice e che non trova poi posto in Ricerca) dovrebbe essere in grado di consentire a chi la legge e la studia:

a) un inquadramento generale del tema oggetto della causa. Ecco perché possono essere utili i contributi dottrinari tipici del genere letterario dei trattati e dei commentari: chiari, descrittivi, con riferimenti giurisprudenziali e normativi;

b) un arricchimento più critico e complesso rispetto all'inquadramento generale, con particolare riguardo alla ricostruzione della logica e delle problematicità della normativa che si è stratificata nel tempo. Non va sottovalutata l'importanza dell'apporto che può arrivare da scritti sulla dottrina straniera e sui precedenti ai quali essa si riferisce. A tal fine sono senza dubbio utili sia i saggi che gli studi monografici;

c) una sistematizzazione, in prima battuta, della questione e l'individuazione, in chiusura della riflessione preparatoria, delle opzioni di soluzione nell'ottica del processo costituzionale. Molto utili sono in questo senso i manuali aggiornati di Giustizia costituzionale e, imprescindibili, risultano gli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*<sup>6</sup>, visto che, in alcuni casi, nello studio delle possibili soluzioni si potrebbe correre il rischio di lasciarsi andare ad 'eccessi di disinvoltura'.

Oltre alla dottrina raccolta dagli assistenti di studio che, a mio parere, dovrebbe essere orientata ai criteri che ho appena elencato<sup>7</sup>, altre fonti di approfondimento interne alla Corte sono rappresentate:

a) dai Seminari di studio interni a cadenza annuale, che negli ultimi anni hanno avuto ad oggetto i seguenti temi: per il 2015 *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni*, per il 2013 *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, per il 2012 *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, per il 2011 *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, per il 2010 *I ricorsi in via principale*, per il 2009 *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici, Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, Il consenso informato, L'opinione dissenziente*, per il 2008 *La delega legislativa*, per il 2007 *Diritto comunitario e diritto interno*.

b) da alcuni dei lavori che il Servizio Studi licenzia. Si tratta, va subito detto, di ricerche di carattere prettamente, anche se non solo, giurisprudenziale: basti pensare alla

<sup>5</sup> Intervista di Michele Nisticò a Marta Cartabia, Roma 9 dicembre 2014, dattiloscritto, 1.

<sup>6</sup> Mi riferisco all'imprescindibile lavoro curato da R. Romboli ed edito, ogni tre anni, dall'editore Giappichelli.

<sup>7</sup> Come ricorda E. LAMARQUE, la Ricerca predisposta dagli assistenti costituisce un supporto esclusivamente tecnico i cui requisiti devono essere l'attendibilità e la completezza, la Ricerca deve essere priva perciò di partigianeria o faziosità, in *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'AMICO - B. RANDAZZO, Milano, 2011, 1065-1085, in particolare 1067.

Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno e ai vari Quaderni (cd. STU) che presentano la giurisprudenza costituzionale italiana, straniera o europea su un dato tema, anche su richiesta di un giudice relatore allo scopo di approfondire una questione di cui è assegnatario. Il Servizio Studi elabora, inoltre, due strumenti che possono essere utili al reperimento della dottrina in sede di istruzione della causa: il 'Bollettino bimestrale d'informazione sulla dottrina giuridica - Sommari delle riviste giuridiche italiane' (nel quale vengono indicati gli scritti a commento anche di questioni pendenti) e lo 'Spoglio della dottrina a commento delle decisioni della Corte costituzionale'.

Secondo la mia esperienza<sup>8</sup> non è frequente che il Servizio sia interpellato dai giudici per chiedere approfondimenti su questioni di cui sono relatori, seppure siano stati commissionati significativi lavori (di analisi normativa e della prassi) ad opera della Sezione studi e ricerche di diritto comparato su temi che hanno costituito il cuore di questioni pendenti particolarmente significative, tra gli altri, più di recente: il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la cd. reviviscenza, la fecondazione assistita, la mediazione nelle controversie di diritto privato, il sovraffollamento carcerario, le liste bloccate e i premi di maggioranza, la modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità.

Per quanto concerne il 'peso' della dottrina sulle tipologie di giudizio non sono in grado di affermare in maniera netta se essa giochi un ruolo maggiormente significativo nelle questioni poste in via incidentale rispetto a quelle che provengono da ricorsi in via principale, o da conflitti, anche se è pur vero che, al di là degli aspetti processuali, i profili tecnici che emergono dall'ordinanza spesso richiedono un approfondimento: invero, si devono comprendere tecnicismi che possono mettere alla prova le conoscenze dell'assistente di studio e del giudice stesso<sup>9</sup>.

Cambiando piano di riflessione e passando dall'istruzione della causa al momento della decisione, mi preme ricordare un'altra verità, a tutti nota e dunque ben poco sorprendente: ciò che si è appena sostenuto risulta valido fino a quando il giudice relatore e la Corte non decidano che la dottrina non abbia particolare presa sulla decisione in questione. Quando può accadere ciò? Per esempio, tutte le volte in cui, come nel caso del cospicuo filone giurisprudenziale dedicato all'interpretazione e applicazione del Titolo V della Costituzione, si sceglie di andare nettamente *contra* la dottrina maggioritaria (basti pensare alla applicazione che la Corte ha fatto, in particolare in questi ultimi anni, della clausola dei principi del coordinamento della finanza pubblica, o ancora al filone giurisprudenziale che amplia il contenuto delle materie di competenza esclusiva statale).

### 3. I casi

Intendo esaminare, rimanendo a cavallo tra il piano dell'istruzione della causa e quello della decisione, alcune decisioni recenti, significative e criticate, nella preparazione e nell'esito delle quali la raccolta di dottrina e l'estrazione culturale del giudice hanno svolto, a mio parere, un ruolo importante. Tento questa analisi, sulla base della mia esperienza lavorativa oltretutto sulla lettura delle sentenze, ben consapevole che è stato

---

8 Confermata anche da B. RANDAZZO, *Gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale e i suoi utenti*, a cura di P. PASQUINO - B. RANDAZZO, Milano, 2006, 163- 168, in particolare 165.

9 Va detto, senza infingimenti, che non tutte le questioni che i giudici sono chiamati a risolvere meritano approfondimenti dottrinali, essendo spesso ripetitive rispetto a precedenti giurisprudenziali o non particolarmente problematiche.

autorevolmente sostenuto che solo chi siede in Camera di consiglio può sapere come e in che modo la dottrina è stata considerata<sup>10</sup>.

Devo però subito fare due *caveat*: in primo luogo, l'*excursus* che vi propongo è basato almeno in parte, sul riferimento alle Ricerche preparatorie che, come è noto, non sono rese conoscibili, almeno ufficialmente, all'esterno della Corte e che dunque costituiscono documento di lavoro riservato; in secondo luogo, e più in generale, sono consapevole che il rischio che si corre nel tentare un'operazione di questo tipo è sempre quello di voler dare un significato e un valore ad un lavoro, quello della Ricerca preparatoria, per sua natura oggettivo e, a seconda di chi lo cura, più o meno completo e ben fatto.

### 3.1. La Sentenza n. 118 del 2015

In una recente sentenza, la Corte costituzionale è tornata sui referendum consultivi indetti da una regione al fine di coagulare il consenso del proprio elettorato attorno a proposte, da presentare al Parlamento, per un accrescimento delle proprie prerogative di autonomia politica, segnatamente in campo finanziario.

Senza entrare nei dettagli di questo filone giurisprudenziale, ci si limita a ricordare che il precedente diretto<sup>11</sup> era costituito da una pronuncia – assai severa nei confronti di iniziative di questo genere, se prodromiche a proposte di revisione costituzionale – di cui era stato relatore e redattore Carlo Mezzanotte. Sia i commentatori<sup>12</sup>, sia indirettamente gli stessi colleghi di Mezzanotte a Palazzo della Consulta<sup>13</sup> hanno ravvisato nell'impostazione della sentenza i riflessi della particolare concezione scientifica di questo studioso e giudice costituzionale.

Orbene, anche a una prima lettura, la sentenza n. 118 del 2015 mostra di volere prendere le distanze dal precedente nell'impostazione generale e nello stesso stile, più ancora che nelle conclusioni: essa tace del tutto sulle premesse teoriche della decisione del 2000 e porta in primo piano, piuttosto, un dato allora rimasto sottotraccia, vale a dire il ruolo dello statuto regionale come fonte competente a regolare i referendum regionali, in armonia con la Costituzione. Rimandando ad altra sede ragionamenti più completi sui profili effettivi di continuità e discontinuità tra le due decisioni, è difficile sottrarsi all'idea

---

10 M. LUCIANI, *cit.*, «La vérité est que personne (sauf qui a participé à la chambre de conseil) ne peut savoir si la doctrine soit considérée, examinées, écoutée et, le cas échéant, suivie par la jurisprudence», 201.

11 Sentenza n. 496 del 2000.

12 Ad esempio, E. BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità: perché vietarlo?*, in *Le Regioni*, 2000, 220; A. MANGIA, *I referendum regionali e la sovrapposizione tra «diritto» e «politica»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 1678, a commento dell'ordinanza n. 102 del 2001.

13 P.A. CAPOTOSTI, in *La forza ragionevole del giurista. Atti della giornata in ricordo di Carlo Mezzanotte* (Roma, 27 maggio 2008), a cura di A. BALDASSARRE, Padova, 2010, 32-33. In realtà, l'autore si riferisce alla sentenza n. 106 del 2002, in tema – come la n. 306 dello stesso anno – di illegittimo uso della denominazione “Parlamento” per le assemblee legislative regionali. Ma tra queste sentenze e la n. 496 del 2000 esiste una evidente continuità, imperniata proprio sugli elementi che Capotosti sottolinea come sintomatici delle concezioni scientifiche di Mezzanotte: la forte affermazione della centralità rappresentativa del Parlamento e dell'immanenza, nel sistema costituzionale, di un unico popolo, indivisibile e unitario a livello nazionale.

che sulla più recente abbiano influito le diffuse critiche rivolte alla più risalente dalla dottrina<sup>14</sup>: provenienti anche da chi, nel frattempo, è divenuto componente del collegio<sup>15</sup>.

### 3.2. La Sentenza n. 10 del 2015 sulla cd. Robin Hood Tax

Questa notissima decisione<sup>16</sup> contiene almeno due nuclei di particolare spessore teorico: il primo riguarda la nozione di capacità contributiva e la possibilità di una imposizione differenziata in relazione a determinati settori economici, cespiti, gruppi di contribuenti; il secondo nucleo concerne la possibilità per la Corte costituzionale di manipolare gli effetti nel tempo delle proprie sentenze, in particolare escludendone la retroattività. Su entrambi i temi esistono importanti interventi della dottrina e, perciò, per entrambi ci si potrebbe chiedere quale rilevanza tale dottrina abbia assunto nelle ricerche preliminari alla decisione.

Qui mi concentrerò solo sul secondo versante, non solo perché verosimilmente è quello che attira di più l'attenzione dei costituzionalisti, ma anche perché, rispetto all'oggetto specifico di questa riflessione, si può definire un caso da manuale, per vari ordini di ragioni.

Un – forse, il – momento fondamentale per l'approfondimento in sede scientifica del tema della manipolazione degli effetti nel tempo fu il Seminario di studio interno, organizzato presso la stessa Corte costituzionale, nel novembre del 1988<sup>17</sup>. La dottrina successiva ha costantemente fatto riferimento ai risultati quel seminario, anche se poi naturalmente il quadro si è arricchito di interventi ulteriori, anche monografici. Dal canto suo, anche la Corte ha mantenuto costante, nel tempo, l'attenzione all'evoluzione del dibattito, attraverso numerose ricerche interne<sup>18</sup>. Dovendo tornare da ultimo su questi temi, la Corte, nella sentenza n. 10 del 2015, chiaramente attinge agli spunti dello storico seminario, come decantati nella letteratura successiva.

In questa prospettiva, mi sembra che diversi aspetti della sentenza vadano segnalati:

---

14 Particolarmente severo fu G. BOGNETTI, *Referendum consultivi regionali e modifica della Costituzione: risposta negativa dalla Consulta*, in *Corriere giuridico*, 2001, 25 ss. A critiche di questo genere sembra essersi rifatta anche la difesa regionale, per quanto traspare dal paragrafo 2.2 del Ritenuto in fatto della sentenza n. 118 del 2015.

15 N. ZANON, *Il corpo elettorale in sede referendaria non è il propulsore dell'innovazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 3823 ss. (v. anche ID., *I referendum consultivi regionali, la nozione di procedimento e le esigenze del diritto costituzionale materiale*, *ibidem*, 1992, 4267 ss., a commento della sentenza n. 470 del 1992).

16 Cfr. tra i molti interventi esemplarmente i contributi raccolti in *Quaderni Costituzionali*, 3 del 2015, raccolti a margine del Seminario organizzato sulla pronuncia dalla Rivista il 18 marzo 2015 presso l'emeroteca de il Mulino, Bologna.

17 I cui Atti sono stati pubblicati nel 1989, AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989.

18 Una ricerca integrativa e complementare agli atti di quel seminario, curata da M. R. MORELLI, copre il periodo sino al 1997, sino al 2007 arriva poi *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, a cura di G. SCACCIA, marzo 2007, STU 193.

il riferimento trasparente – molto più che in altre decisioni, dove pure si compie un’analoga operazione – alla necessità di bilanciare i diversi principi costituzionali in gioco, come auspicato in quel seminario da Modugno, Silvestri, Pizzorusso, ma anche Martines e Giannini;

la traduzione del bilanciamento in una modulazione degli effetti della decisione, vale a dire in un tipo di manipolazione non dissimile da quelli usuali, anche se articolato sulla dimensione temporale, che del resto è una delle dimensioni costitutive dell’efficacia normativa, secondo una teorizzazione inaugurata nel seminario, di nuovo, da Modugno e Silvestri, e successivamente ripresa, ad esempio, da Ruggeri e Spadaro<sup>19</sup> e da Panzera<sup>20</sup>;

l’interpretazione di uno dei profili più controversi della giustizia costituzionale, ovvero il concetto di rilevanza, attraverso la citazione pressoché testuale di una tesi dottrinale che fu sostenuta nel seminario del 1988 da un Autore che allora era assistente di studio, Mario Rosario Morelli, e che oggi fa parte del collegio giudicante<sup>21</sup>;

l’attenzione alla prospettiva comparatistica – quello che viene talora chiamato, oggi, il diritto trans-nazionale – che era presente anche nel 1988 (non a caso il seminario richiamava sin dal titolo le esperienze straniere) e che è stata ulteriormente sviluppata da un apposito approfondimento, commissionato alla sezione comparatistica del Servizio studi, svoltosi in parallelo con l’istruzione della causa<sup>22</sup>.

La sentenza n. 10 del 2015 possiede dunque, e non cerca affatto di nascondere, radici profonde in un confronto con la dottrina che la Corte ha costruito con cura, non da oggi e nemmeno da ieri. In un certo senso, questa è una novità, nell’ambito ora in esame: non è la prima volta che la Corte realizza una manipolazione degli effetti temporali delle proprie decisioni; non è nemmeno la prima volta che, dietro questa manipolazione, sta il bilanciamento tra esigenze contrapposte; tuttavia è la prima volta che il punto viene compiutamente teorizzato.

Ci si potrebbe chiedere perché ciò sia avvenuto: e probabilmente la risposta ha a che fare tanto con l’impossibilità di usare l’*escamotage* dell’incostituzionalità sopravvenuta, quanto con il fatto che, stavolta, la limitazione degli effetti temporali della sentenza incideva sui diritti, invece che su altri principi costituzionali, ad es. quelli relativi all’autonomia regionale. Qui però mi interessa ragionare non tanto sul perché, quanto sul come: quando la Corte è consapevole di compiere un passo, almeno in parte innovativo, essa dedica particolare cura a sviluppare la motivazione della propria decisione; nel farlo,

19 A. RUGGERI E A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 181 ss. (sp. 181: «i due tipi di manipolazione degli effetti (nel tempo e nello spazio) sono complementari»).

20 C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, 124 ss. (sp. 131: è considerata «innegabile» la «sostanziale unità di trattamento fra manipolazione testuale e manipolazione temporale, come fenomeni strettamente connessi in ragion del fatto che “il tempo giuridico è parte essenziale del contenuto” della norma». La citazione è da un passo di Silvestri nell’intervento di questi al citato seminario del 1988).

21 La citazione del giudice Morelli nella pronuncia è quasi testuale: «7.- [...] Va ricordato in proposito che tale requisito opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte *ad quem* al fine della decisione sulla medesima», si confronti con AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 421.

22 *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, a cura di P. PASSAGLIA, dicembre 2014, COMP. 191.

mette in campo argomenti di cui la dottrina ha espressamente sancito la dignità teorica, attraverso riflessioni che la Corte stessa ha avuto la lungimiranza di stimolare. Mi sembra un intreccio virtuoso o, comunque la si pensi, meritevole di particolare attenzione.

### 3.2. La Sentenza n. 238 del 2014

La Corte costituzionale con questa storica pronuncia ha “espunto” dall’ordinamento italiano una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, limitando a tal fine il funzionamento della norma di rinvio (e relativa garanzia) fissata dall’art. 10, primo comma, della Costituzione. Del resto, tale decisione si ricollega alla sentenza della Corte di giustizia internazionale del 2012<sup>23</sup>, ampiamente commentata nella prospettiva, anch’essa cruciale, del rapporto, variamente mediato dai vari rami del diritto, tra sovranità e diritti. Lo stesso Presidente emerito Gaetano Silvestri, in un recente scritto, ha affermato che la sentenza n. 238 «ha fatto compiere un balzo in avanti ad una concezione della sovranità basata sui valori e non sull’autorità [...] la Corte costituzionale italiana ha ritenuto prevalenti i principi e i diritti fondamentali sul dogma della sovranità»<sup>24</sup>.

Anche questa decisione, come è ben noto, affronta un tema altamente teorico e dottrinale che è al centro dell’attenzione degli internazionalisti, dei teorici del diritto e dei costituzionalisti, si può dire, sin dai tempi della Costituente, dove fu approfondito da uno studioso, poi divenuto giudice costituzionale, Tomaso Perassi, proprio sulla base della comparazione<sup>25</sup>.

---

23 In sintesi, continuando la Corte di cassazione italiana a sostenere la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano (caso Ferrini, deciso l’11 marzo 2004, n. 5044), la Germania ha chiesto alla CIG, in base all’art. 1 della Convenzione europea sulla soluzione pacifica delle controversie del 29 aprile 1957, di dichiarare che l’Italia, per il fatto che giudici italiani non avevano riconosciuto l’immunità della Germania dalla loro giurisdizione nei giudizi intentati per il risarcimento dei danni subiti da cittadini italiani per effetto di condotte illegittime delle truppe del Terzo Reich nel periodo dal settembre 1943 al maggio 1945, ha commesso violazioni dei suoi obblighi giuridici internazionali non rispettando la norma internazionale sull’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati; nonché di dichiarare l’obbligo dell’Italia di rendere non eseguibili le sentenze che abbiano violato l’immunità della Germania e di adottare le misure necessarie per far sì che gli organi giurisdizionali italiani si astengano per il futuro dal conoscere di azioni intraprese contro la Germania per gli stessi fatti. La sentenza della CIG, del 3 febbraio 2012, ha accolto la domanda tedesca, affermando la responsabilità dell’Italia per violazione della norma sull’immunità e imposto di conseguenza di adottare misure perché le sentenze oggetto della violazione non siano eseguite e i giudici rispettino in futuro la norma internazionale sull’immunità così come interpretata nella sentenza stessa. Tuttavia, ha riconosciuto che il difetto di giurisdizione dei giudici italiani comporta un sacrificio dei diritti dei soggetti che hanno subito le conseguenze dei crimini commessi dallo Stato straniero senza alcun ristoro; pertanto, la CIG ha precisato che ciò possa essere oggetto di un’ulteriore negoziazione tra i due Stati, volta a risolvere la questione.

24 *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2015, [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2015-1\\_11.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-1_11.pdf), 62.

25 Secondo Perassi, l’art. 10, primo comma, Cost. fungeva da “trasformatore permanente” delle norme internazionali generalmente riconosciute in altrettante norme interne, in *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, 1952, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, 430. In tal modo si assicuravano due postulati della dottrina dualista tradizionale: il monopolio statale del diritto dal momento che – tramite l’art. 10, primo comma, Cost. che fungeva da norma sulla produzione giuridica – la norma internazionale veniva “riprodotta” in una norma interna (G. GAJA, *Sull’accertamento delle norme internazionali generali da parte della corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1968, 316); questo processo riproduttivo si rendeva indispensabile per trasformare e quindi adeguare – da cui, appunto, il termine di “adeguamento” automatico – l’originario contenuto “inter-statale” della norma internazionale in una norma interna dalla struttura interindividuale attagliata cioè alla tipologia dei rapporti regolati nell’ordinamento interno.

Considerata anche l'estrazione del giudice relatore e dei suoi collaboratori è impossibile che gli studi preliminari, che hanno caratterizzato l'istruzione della causa, non si siano ampiamente soffermati su questa vasta, variegata, risalente, autorevole dottrina. Va detto che la Ricerca contiene non solo un'ampia raccolta di dottrina, dai 'classici' degli anni '60, sino alle trattazioni generali più recenti, ma anche la gran parte dei commenti alla sentenza della CIG del 2012<sup>26</sup>. Segnalo, in particolare, che a parere di alcuni tra i primi commentatori della pronuncia n. 238 sarebbe possibile ipotizzare che la Corte costituzionale avrebbe abbracciato una posizione dottrinale autorevole, ma minoritaria<sup>27</sup>, affacciandosi nella sentenza la consapevolezza di una propria contrapposizione alle concezioni dominanti che i giudici italiani auspicano espressamente di contribuire a scuotere.

Tuttavia, in questo secondo caso l'apporto e il ruolo della dottrina nell'istruzione della causa e, poi, nella stessa sentenza, mi pare minore di quello che se ne è fatto nella sentenza n. 10 del 2015. Come si è appena detto la soluzione prescelta dalla Corte pare essere, invero, supportata solo da una dottrina minoritaria, per quanto autorevole.

La decisione n. 238, pur toccando le corde più delicate di un nodo teorico ben noto come si diceva all'inizio, si articola maggiormente per le vie di un certo tipo di interpretazione giurisprudenziale. Credo che per capirlo vada ricordato il *background* della decisione: da un lato, si era registrato un chiaro atteggiamento della Cassazione italiana a sostegno della sussistenza della giurisdizione del giudice italiano, almeno sino alla decisione della CIG del 3 febbraio del 2012; dall'altro, le istituzioni nazionali avevano optato per un atteggiamento pienamente adesivo a quest'ultima decisione, come dimostra la legge 14 gennaio 2013, n. 5, con la quale l'Italia ha aderito alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni (firmata a New York il 2 dicembre 2004) e, poi, l'art. 19 *bis*, inserito in sede di conversione del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 – recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile – che prevede, in sostanza, che i crediti delle rappresentanze diplomatiche e consolari straniere in Italia non siano soggetti a esecuzione forzata<sup>28</sup>.

### 3.3. La Sentenza n. 162 del 2014

Il riferimento a questa altrettanto significativa decisione, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa contenuto nella legge n. 40 del 2004, serve, ai fini di questa indagine, a riflettere precipuamente sulle modalità con le quali sono state istruite le cause che hanno portato alle decisioni che, in questi anni, si sono confrontate con questioni medico-scientifiche che sempre più hanno interessato il dibattito italiano (in particolare, ma non solo, riguardo all'inizio della vita umana).

Invero mi pare che le Ricerche inerenti a queste pronunce dimostrino un elemento ulteriore rispetto a quelli sino ad ora evidenziati, e cioè che la Corte costituzionale tende a

---

26 La Ricerca rinvia a un quaderno appositamente predisposto dal Servizio Studi sulla portata attuale riconosciuta al principio di immunità dalla giurisdizione degli Stati in altri ordinamenti.

27 Ad es. a F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, 41 scrive, riferendosi a G. CONFORTI, *Diritto internazionale*<sup>10</sup>, Napoli, 2014, 400 che «È possibile che la mancata considerazione dei profili di responsabilità internazionale da parte dei giudici costituzionali vada ricondotta a quella autorevole dottrina internazionalista italiana, secondo cui lo Stato che rispetti i principi fondamentali della propria Costituzione, in particolare per assicurare la tutela dei diritti umani, non incorrerebbe in un illecito internazionale [...]».



risolvere temi complessi, anche ‘tecnicamente’, in modo ‘autarchico’ o, comunque, in via informale: utilizzando, cioè, la dottrina raccolta dagli assistenti di studio, i lavori preparatori della disposizione censurata<sup>29</sup>, valutazioni tecniche ritenute “notorie” o facenti parte della “comune esperienza”, la dottrina indicata dalle parti, senza ricorrere all’esercizio dei poteri istruttori, come pure in alcuni casi potrebbe rivelarsi molto utile (cui la Corte ha fatto uso in pochi casi)<sup>30</sup>.

In questo senso mi pare che si possa dire che la dottrina richiamata nell’ordinanza di rimessione o nelle memorie delle parti abbia svolto un ruolo particolarmente significativo: essa non solo entra in Ricerca, ma consente agli assistenti di studio di approfondire questioni, di solito, tecniche, il cui studio inizia vagliando la dottrina indicata dalle parti, per poi proseguire a macchia d’olio fin dove è possibile, allo scopo di tutelare a

---

28 Mi pare interessante puntualizzare che il 22 ottobre 2014 è stata depositata la sentenza e che il giorno dopo, il 23 ottobre, in Senato è stata emendata la legge di conversione 162/2014 aggiungendo *ex novo* l’art. 19-bis. - (Crediti delle rappresentanze diplomatiche e consolari straniere). - 1. Non sono soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio, le somme a disposizione dei soggetti di cui all’articolo 21, comma 1, lettera a), della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, di cui alla legge 14 gennaio 2013, n. 5, depositate su conti correnti bancari o postali, in relazione ai quali il capo della rappresentanza, del posto consolare o il direttore, comunque denominato, dell’organizzazione internazionale in Italia, con atto preventivamente comunicato al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e all’impresa autorizzata all’esercizio dell’attività bancaria presso cui le medesime somme sono depositate, ha dichiarato che il conto contiene esclusivamente somme destinate all’espletamento delle funzioni dei soggetti di cui al presente comma.

29 Nel caso in questione, per esempio, la Ricerca conteneva sia gli Atti parlamentari inerenti alla legge n. 40 del 2004 e quelli riguardanti proposte di modifica alla legge stessa, sia le Relazioni del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita per il 2013 (per le precedenti si faceva riferimento alla Ricerca preparatoria all’ordinanza n. 150 del 2012), oltre che una serie di circolari ministeriali e un documento delle Società italiane di medicina della riproduzione. Si auspica più in generale un potenziamento degli strumenti di collegamento soprattutto tra l’organo parlamentare e il giudice delle leggi, cfr. sul punto G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 250 ss.

## 30

Tra i rari casi di uso di poteri istruttori, G. D’AMICO, *cit.*, in particolare a p. 231 e ss. ricorda le decisioni nn. 20 del 1980, 826 del 1988, con alcune peculiarità n. 466 del 2002. Invero, ad un così esiguo numero di ordinanze istruttorie “formali” si contrappongono, specie a partire dalla Presidenza Saja, molte istruttorie “informali” svolte dal singolo giudice relatore tramite i suoi assistenti, delle quali però non si ha alcuna notizia ufficiale. Di conseguenza, il più delle volte diventano fondamentali le «conoscenze specialistiche personali e amicali», i «fatti notori» e le «massime d’esperienza», come evidenziano A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2014, Torino, 65-69, in particolare 68. G. D’AMICO, *cit.*, 223 e ss., esprime perplessità (a mio parere condivisibili) in merito all’utilizzo di modalità ‘informali’ perché, «per un verso, permettono l’acquisizione delle informazioni necessarie secondo modalità di gran lunga semplificate, per altro verso, finiscono con l’indebolire l’impianto argomentativo della decisione della Corte [...] tutto ciò emerge chiaramente dall’esame della giurisprudenza che, proprio relativamente alle ipotesi in cui la Corte si è avvalsa di informazioni fornite mediante l’atto introduttivo o attraverso il contraddittorio, consente di evidenziare come il giudice delle leggi assai raramente si sia preoccupato di acquisire ulteriori conferme (quantomeno mediante gli strumenti all’uopo previsti) di questi dati, limitandosi solo ad accogliere o a rigettare *sic et simpliciter* le argomentazioni addotte dalle parti». Per l’analisi dei casi si veda 224 e ss.

livello costituzionale interessi la cui qualificazione presuppone conoscenze scientifiche avanzate<sup>31</sup>.

Nel caso della decisione n. 162 del 2014 (che affronta la questione che, con l'ordinanza n. 150 del 2012, era stata dalla Corte 'rimandata', disponendo la restituzione degli atti ai giudici rimettenti), la Corte aveva anche potuto tenere conto di due volumi (anche se non inseriti in Ricerca), curati da un avvocato (e costituzionalista) di una delle parti<sup>32</sup>, che per l'appunto affrontano una lunga serie di problematiche strettamente connesse al *petitum* posto alla Corte e che erano stati inviati al giudice relatore e agli altri colleghi. La Ricerca preparatoria, a sua volta, oltre ad avvalersi di un Quaderno curato appositamente dal settore di Diritto comparato del Servizio Studi, indicava, in primo luogo, i commenti alle ordinanze di rimessione (elemento questo, come si è detto e si dirà, significativo) e di seguito la giurisprudenza costituzionale italiana, ma anche europea.

### 3.4. La Sentenza n. 1 del 2014

La decisione con la quale si è dichiarata l'incostituzionalità di alcune parti della legge elettorale del 2005 (in particolare il premio di maggioranza e le liste bloccate) è stata oggetto di cospicue riflessioni dottrinali, tutte concordi almeno nel rilevarne l'alto tasso di politicità.

Proprio per questo motivo mi limiterò a una sola osservazione attinente alla rilevanza della questione sollevata: mi sembra che proprio una specifica tesi dottrinale possa essere stata utile alla Corte per superare gli argomenti che andavano verso l'inammissibilità, approdando a un giudizio di legittimità costituzionale anche per quelle leggi, come quella elettorale, che altrimenti rischierebbero di costituire "zone franche" del sindacato di costituzionalità<sup>33</sup>. Mi riferisco a un passaggio del manuale di Augusto Cerri<sup>34</sup>, ove si afferma che l'autonomia di oggetto tra giudizio *a quo* e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale sussiste anche quando il primo tende a un mero accertamento, con riguardo alla pretesa dell'attore di conseguire un bene della vita, con cui interferisce una norma di legge incostituzionale.

31 A. RUGGERI, A. SPADARO, *cit.*, 69.

32 M. D'AMICO - B. LIBERALI, *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano 2012 e dei medesimi autori *La Legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, Milano 2012.

33 Non è forse superfluo ricordare che in questo rimando tra Corte e dottrina si inserisce anche un ulteriore sviluppo: è stato infatti proprio un deputato accademico, il costituzionalista Andrea Giorgis, a presentare, nel maggio 2014, l'emendamento 13.501, concernente l'introduzione di un sindacato preventivo di legittimità della Corte sulle leggi elettorali, proprio sulla scia della decisione n. 1 del 2014. Nella nuova formulazione l'art. 73 Cost. (art. 13 del ddl cost., approvato in I lettura dall'Assemblea della Camera il 10 marzo 2015), al secondo comma così recita: « Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica, entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata».

34 A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 152 ss.

Tuttavia, comunque si valuti questa tesi dottrinale, è evidente che, nel 2014, la Corte l'ha usata principalmente allo scopo di colmare una lacuna nel sistema di tutela. Ben diverso è stato, infatti, l'approccio seguito un anno dopo, nella decisione su una questione analoga alla precedente in tutto, fuorché nel riscontro di possibili "zone franche". Da ultimo infatti, la sentenza n. 110 del 2015 ha dichiarato inammissibile una questione sollevata dal Tribunale ordinario di Venezia in merito alla legge per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, nella parte in cui prevede una soglia di sbarramento per le liste che non abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il quattro per cento dei voti validi espressi. La Corte ha ritenuto che non si potesse seguire il precedente della decisione n. 1 del 2014 perché la normativa elettorale europea si differenzia per un profilo determinante, attinente al diverso regime del controllo giurisdizionale sulla relativa vicenda elettorale: «Della legge che disciplina l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, infatti, non si può dire – come invece si doveva dire della legge elettorale per la Camera e il Senato, e come in effetti la sentenza n. 1 del 2014 ha riconosciuto – che ricada in quella "zona franca", sottratta al sindacato costituzionale, che questa Corte ha ritenuto di non poter tollerare, in nome dello stesso principio di costituzionalità. Le vicende elettorali relative all'elezione dei membri italiani del Parlamento europeo, a differenza di quelle relative all'elezione del Parlamento nazionale, possono essere sottoposte agli ordinari rimedi giurisdizionali, nel cui ambito può svolgersi ogni accertamento relativo alla tutela del diritto di voto e può essere sollevata incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme che lo disciplinano». Evidentemente, in questo caso, non è bastata ai fini dell'ammissibilità la mera ritenuta alterità di oggetto tra giudizio *a quo* (di mero accertamento del diritto a esprimere un voto non sminuito da formule elettorali sospette) e giudizio di legittimità costituzionale (avente ad oggetto appunto i sospetti nei confronti di determinati elementi della formula elettorale).

### 3.5. Le Sentenze nn. 348 e 349 del 2007

Voglio concludere questa rapsodica e certamente incompleta rassegna con le 'sentenze gemelle'<sup>35</sup>: si tratta delle notissime decisioni con cui si è iniziato, si può dire, a mettere un po' di ordine nei rapporti tra l'ordinamento italiano e il sistema CEDU, prendendo (finalmente) una posizione sul ruolo nel sistema delle fonti della giurisprudenza della Corte Edu. Queste pronunce non sono rimaste isolate, ma anzi hanno costituito l'inizio di un filone giurisprudenziale nutrito e molto interessante<sup>36</sup> che, al momento in cui si scrive, ha trovato nella decisione n. 49 del 2015<sup>37</sup> uno sviluppo molto interessante.

L'istruzione della causa delle due sentenze ha certamente valorizzato un certo tipo di interpretazione dottrinale che suggeriva, come scelta più ragionevole e promettente, di abbandonare i vecchi modelli basati sul valore di legge ordinaria della CEDU, valorizzando l'art. 117, primo comma, della Costituzione e utilizzando la CEDU come norma interposta, non costituzionalizzata<sup>38</sup>. In particolare, la relazione di Marta Cartabia al seminario 'preventivo' ferrarese *Amicus curiae* è stata tenuta in considerazione<sup>39</sup>, come del resto lo è stata la riflessione sull'interpretazione dell'art. 117, primo comma, Cost., fatta da chi intese il portato di tale articolo nel senso che esso non determinava un mutamento di rango – da legislativo a costituzionale – di tutti i trattati internazionali dal punto di vista della loro forza attiva, ma offriva loro copertura costituzionale, determinandone una capacità di resistenza all'abrogazione<sup>40</sup>.

## 4. In conclusione: prove di dialogo

---

35 Che per me hanno costituito un elemento di studio e di riflessione molto significativo del lavoro monografico *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

Lo studio che qui si presenta in un primo stadio, ancora da svolgere compiutamente, auspica dunque che la dottrina italiana, perlomeno quella interessata a ingaggiare un dialogo con la Corte (non è detto che sia obbligatorio), in un rinnovato impeto a fare chiarezza e a orientare la risoluzione delle questioni sottoposte all'esame della Corte costituzionale, valuti che:

a) è importante precedere la decisione della Corte (in questo senso, per le questioni nuove pendenti davanti alla Corte, le rare note alle ordinanze di rimessione sono infatti sempre inserite in Ricerca)<sup>41</sup>;

b) il commento *ex post* 'a caldo' ad una decisione rischia di essere di scarsa importanza, a meno che non proponga al lettore una o più soluzioni alternative a quella

---

36 Basti pensare alla decisione n. 317 del 2009, relatore, ancora una volta, il Presidente emerito Silvestri, nella quale per la prima volta si parla di tutela dei diritti fondamentali sistemica. Dice Gaetano Silvestri in merito a questa decisione nell'intervista pubblicata su *Quaderni costituzionali*, *cit.*, che: « Nella «mia» sentenza n. 317/2009 non ho fatto altro che offrire uno sviluppo di quanto già affermato nelle sentenze gemelle. Quando, nella sent. n. 348/2007, si dice che il livello dell'indennità di espropriazione non debba essere necessariamente uguale al valore di mercato del bene – perché altrimenti risulterebbero violati altri diritti fondamentali per la concentrazione abnorme di risorse pubbliche nella tutela del diritto di proprietà – si sono poste le basi di quanto poi statuito nella 317/2009: la tutela dei diritti fondamentali è una tutela sistemica, che può essere effettuata solo dalla Corte costituzionale, perché a quest'ultima spetta il compito di «ambientare» il principio affermato dalla Corte EDU nel sistema costituzionale italiano. In questa ambientazione, si collocano le operazioni di bilanciamento che può fare solo la Corte costituzionale e che non possiamo chiedere alla Corte di Strasburgo perché quest'ultima non opera, ovviamente, nell'ordinamento italiano. L'ambientazione, nell'ordinamento italiano, della norma convenzionale come interpretata dalla Corte di Strasburgo può portare a cambiamenti o modifiche legislative, o persino non entrare per nulla nell'ordinamento interno, perché ciò provocherebbe una lesione troppo grave a diritti e a principi costituzionali. Se non vi fosse questa sorta di flessibile paratia, il diritto di Strasburgo sarebbe un diritto tirannico, che entra automaticamente nell'ordinamento senza alcun limite né bilanciamento. Ecco perché è necessaria la presenza e lo scrutinio della Corte costituzionale, senza che tale valutazione sia lasciata al giudice comune, che non ha gli strumenti per affrontare un bilanciamento in linea generale: anche il giudice comune ha, infatti, un caso da risolvere, e quindi si instaurerebbe un rapporto tra casi singoli, senza una visione di insieme dell'ordinamento costituzionale».

37 Sul rapporto tra la decisione del 2015 e le sentenze gemelle, sia permesso rinviare a D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu»*, in *Quaderni costituzionali*, 3 del 2015, 400-405.

38 La Corte infatti ai tempi non aveva ancora avuto occasione di utilizzare l'art. 117, primo comma, Cost. se non in riferimento, a partire dalla sentenza n. 406 del 2005, ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, attribuendo alle direttive non direttamente applicabili il rango di parametro interposto nei giudizi di costituzionalità.

39 Basti ricordare queste affermazioni, contenute nella relazione, «Seguendo questa interpretazione, l'art 117 primo comma permetterebbe di riconoscere alla CEDU una *forza passiva superiore alle leggi ordinarie* e dunque il valore di *parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, senza elevarla al rango delle fonti costituzionali sul lato attivo*, con importanti conseguenze in termini di bilanciamento dei valori e di possibilità di utilizzare il margine di apprezzamento che la CEDU concede agli Stati», o ancora «L'ipotesi più promettente, a parere di chi scrive è quella di ricorrere all'art. 117, primo comma della Costituzione, nella parte in cui fa riferimento agli obblighi internazionali. Invocare tale disposizione comporta da un lato degli *effetti più ampi*, perché non permette di differenziare il rango della CEDU da tutti gli altri trattati internazionali. Di conseguenza, invocando tale parametro costituzionale la Corte costituzionale finirebbe per prendere posizione non solo sul rango della Convenzione, ma più in generale su valore dei trattati internazionali nel sistema delle fonti italiano. Per altri aspetti, però, l'art. 117 primo comma avrebbe degli *effetti meno intensi*,

presa dalla Corte<sup>42</sup>: in questo caso, lo scritto che prospetti possibili percorsi ulteriori di riflessione ha sempre un peso, soprattutto qualora si sia deciso per l'infondatezza o, ancor di più, per l'inammissibilità. Ma tale tipo di commento può rivestire importanza anche se si riferisce a sentenze di illegittimità costituzionale, per esempio nel caso in cui il legislatore riproduca surrettiziamente una legislazione già dichiarata in parte o in tutto incostituzionale.

È indubbio che la Corte, trovandosi davanti ad una questione simile a quella già decisa e commentata dalla dottrina in una chiave originale, troverà un vero beneficio nel leggere e studiare il commento in questione.

A questo proposito va detto che sarebbe particolarmente utile che la dottrina italiana che volesse 'parlare' davvero alla Corte si dedicasse, in primo luogo, alla pubblicazione sui siti giuridici *online* (che assicurano una pronta pubblicazione e che sono sempre consultati dagli assistenti di studio) e sperimentasse con più convinzione i cd. *amicus curiae*: va dato atto, a questo proposito, al gruppo di costituzionalisti ferraresi di aver contribuito in maniera significativa all'introduzione di questo tipo di apporto 'preventivo' e che gli assistenti dei giudici costituzionali più avveduti hanno sempre seguito con attenzione i lavori di questo seminario. Non c'è dubbio che, per sostenere questo 'genere letterario', sarebbe necessario incrementare tra gli studiosi italiani: a) la conoscenza aggiornata delle questioni pendenti dinanzi alla Corte (ora raccolte, da un gruppo di studiosi, ne 'il

---

perché non comporta di necessità l'attribuzione di un pieno rango costituzionale alla CEDU, ma solo una sua resistenza passiva rinforzata di fronte ad eventuali disposizioni di legge interna contrastanti con i diritti protetti dalla CEDU (e con le altre norme internazionali pattizie)», M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007), a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, R. BIN, P. VERONESI, Torino, 2007, 1-20.

40 Tale posizione è stata sostenuta da Massimo Luciani in un articolo pubblicato su *La Stampa* già nel marzo del 2001, su cui poi è tornato ID., *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); vanno ricordati anche B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002, 117; P. CARETTI, *Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle Regioni*, in P. CARETTI, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, Torino, 2003, 57 ss.

41 Mi pare interessante puntualizzare però che esiste anche un atteggiamento opposto: Roberto Romboli mi ha ricordato che il Foro italiano segue tuttora l'indirizzo posto a suo tempo da Virgilio Andrioli, secondo cui non è consentito commentare le decisioni *sub iudice*, tra cui sono state sempre inserite anche le ordinanze di rinvio o i ricorsi alla Corte costituzionale. La *ratio* era ed è quella di non influenzare, attraverso la *Rivista*, la decisione del giudice.

42 In questo senso ancora si veda l'intervista di Michele Nisticò a Marta Cartabia, Roma 9 dicembre 2014, dattiloscritto, 2. Cfr. M. LUCIANI, *Cour constitutionnelle et doctrine: l'expérience italienne (Rapport italien)*, cit., «[...] Ce qui signifie que les commentateurs de la jurisprudence constitutionnelle devront continuer (quasiment en rappelant l'impératif vaihingerien, si bien connu par les juristes) à fournir leur contribution comme si elle était utile, non pas seulement pour les scientifiques, mais aussi pour les juges. Et le mécanisme pourra fonctionner seulement si les critiques ont une compréhension suffisante de l'œuvre du juge et si celui-ci abandonne toute présomption ou tentation d'infailibilité, pour écouter les critiques et pour les utiliser (quand elles sont fondées) au service d'une jurisprudence meilleure», 201. Nel sito intranet della Corte è possibile trovare i riferimenti ai commenti inerenti alle singole decisioni, riferimenti che vengono poi ripresi anche in bollettini cartacei di periodica diffusione ai giudici e agli assistenti.

Bollettino delle questioni pendenti', pubblicato ogni tre mesi sul *forumcostituzionale.it*, dopo che da tempo non trovano più spazio né su *Giurisprudenza costituzionale* né su *Quaderni Costituzionali*); b) una *forma mentis* meno deferente rispetto alla decisione, e di conseguenza meno adagiata sulla tradizionale nota a sentenza elogiata<sup>43</sup>. Lo spirito infatti che ha animato i seminari 'preventivi' ferraresi era quello di affidare ad una relazione introduttiva l'individuazione dei problemi pratici sottesi alle questioni di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale e la proposta di alcune possibili soluzioni.

In conclusione, riprendo il riferimento, fatto all'inizio, sulle possibili contraddizioni, se così si possono chiamare: mi riferisco in ultima analisi a come la Corte costituzionale 'dispone' della dottrina, a come cioè, di volta in volta, il giudice selezioni, prima, e utilizzi, poi, la dottrina per dare una forma più compiuta alle proprie decisioni. In primo luogo, non va dimenticato un elemento essenziale e cioè che la dottrina viene sempre filtrata attraverso la cultura personale e l'estrazione del singolo giudice (così come, almeno nella parte iniziale dell'istruzione della causa, dell'assistente di studio), indipendentemente dall'istruttoria dello specifico caso. Come Michele Nisticò e Paolo Passaglia sanno, avendo intervistato i giudici costituzionali provenienti dall'accademia, i giudici ammettono di portare nel collegio la propria esperienza, la propria formazione e i propri studi. La cosa è inevitabile, ma anche auspicabile perché è questo uno dei modi più significativi attraverso i quali si arricchisce in maniera significativa il lavoro della Corte.

---

43 Le rare note a sentenza che criticano in modo molto diretto le decisioni della Corte, laddove manchino di una *pars costruens*, si rivelano di ben scarsa utilità.