

RIFLESSIONI IN TEMA DI IMPARZIALITÀ DEI GIUDICI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Le “nuove” Norme integrative e la conferma dell’inapplicabilità, nel processo costituzionale, delle cause di astensione e di ricusazione dei giudici. – 2 «Amicus Plato, sed magis amica veritas». L’equilibrio della Corte e l’imparzialità dei giudici fra interesse personale e meta-etica costituzionale. — 3. La connessa questione legata alle esigenze di funzionalità del giudice delle leggi.

1. *Le “nuove” Norme integrative e la conferma dell’inapplicabilità, nel processo costituzionale, delle cause di astensione e di ricusazione dei giudici*

Le recenti vicende relative al giudizio sul c.d. “Lodo Alfano” sembrano aver ridato fiato a quanti da tempo auspicano un ripensamento sulla questione relativa alla astensione e ricusazione dei giudici costituzionali. Com’è noto, originariamente, l’art. 16 delle Norme Integrative stabiliva che «le norme relative all’astensione e alla ricusazione dei giudici» non fossero «applicabili fuori dai casi previsti nell’art. 47 della l. 87 del 1953»: esse trovavano dunque (e trovano ancora) cittadinanza nel solo sindacato sulle accuse mosse al Presidente della Repubblica (1). Nell’art. 29 delle “nuove” Norme integrative approvate nel 2008 quest’inciso limitativo scompare, stabilendosi semplicemente che «nei giudizi di cui alle presenti norme integrative non trovano applicazione cause di astensione e di ricusazione dei giudici» (2).

Com’è noto, per i primi commentatori della legge 87 del 1953, il richiamo al regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (r.d. 17 agosto 1907, n. 642) (3) legittimasse comunque l’applicabilità di tali istituti ai componenti della Corte anche nei giudizi diversi da quello sulle accuse mosse al Capo dello Stato (4). Ma è altrettanto conosciuta la “parabola” che ha portato la Consulta a ritenere le proprie norme di autoregolamentazione non

(1) Deve peraltro ricordarsi l’avvenuta abrogazione dell’art. 47 della legge del 1953 ad opera dell’art. 35 della successiva legge n. 20 del 1962, il cui art. 25, tuttavia, com’è noto, in sede di giudizio penale costituzionale consente espressamente l’astensione e ricusazione sia dei giudici ordinari che di quelli aggregati, i quali «prima dell’inizio delle formalità di apertura del dibattimento (...) possono presentare istanza motivata con la quale chiedono di astenersi dal giudizio e possono essere ricusati con istanza motivata dell’accusato o del suo difensore ovvero dei commissari d’accusa. La Corte decide immediatamente sulla richiesta di astensione o sulla ricusazione senza l’intervento dei giudici ai quali l’astensione o la ricusazione si riferisce». L’art. 13 delle Norme Integrative per i giudizi di accusa stabilisce poi che in questo caso «il decreto di convocazione della Corte è notificato all’ufficio dei commissari di accusa e ai difensori, nonché al giudice o ai giudici ai quali l’istanza si riferisce».

(2) Com’è noto, con la delibera del 7 ottobre 2008 – pubblicata in G.U. del 7 novembre 2008, n. 261 (ed oggetto di rettifiche a seguito della deliberazione del 19 Novembre e di un successivo comunicato, pubblicati rispettivamente nelle G.U. nn. 273 e 274 del 2008) – la Corte costituzionale ha nuovamente messo mano alle *norme integrative* per i giudizi di legittimità costituzionale (che, nel prosieguo, chiameremo semplicemente N.I.). Sul punto, fra gli altri, cfr. T.E. FROSINI, *Il codice di procedura di una Corte moderna*, in <http://www.giurcost.org>; E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1/2009, 113 ss.; P. PASSAGLIA, «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>. Sulle specifiche novità in tema di procedimenti camerati, cfr. N. SAITTA, *I procedimenti in camera di consiglio nel nuovo regolamento di procedura davanti alla Corte costituzionale (Prime impressioni a caldo)*, in *Giust. amm.* (<http://www.giustamm.it>), 1/2009. Sia consentito inoltre rinviare al nostro *Le nuove “norme integrative” della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale* (2010), in *Forum on line di Quad. cost.*

(3) L’art. 47 del regolamento di procedura per i giudizi dinanzi al Consiglio di Stato ancora oggi dichiara applicabili ai componenti delle singole sezioni e dell’adunanza plenaria le (medesime) cause di astensione e ricusazione e di astensione dei giudici previste dal codice di procedura civile.

(4) Cfr., fra gli altri, F. PERGOLESI, *In tema di ricusazione e di astensione dei giudici della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1953, 311 ss.

semplicemente “integrative”, quanto addirittura prevalenti sulle disposizioni di rito cui la legge del 1953 rinvia (5).

In realtà, la “distanza” delle nuove N.I. rispetto all’impianto delineato dalla legge potrebbe sembrare ora ancora più marcata. Infatti, mentre nell’originaria formulazione risultavano inapplicabili “le norme” sull’astensione e ricusazione – con un evidente riferimento a quelle già previste dalle tradizionali norme di rito – dalle ultime modifiche sembra emergere la scelta della Corte di precludere l’applicabilità ai giudizi costituzionali di *qualsiasi* “causa” di astensione e ricusazione dei suoi componenti, quand’anche la stessa fosse, come sembra comunque preferibile, specificamente “modulata” in ragione della peculiare natura del giudice delle leggi. Dunque, a voler valorizzare il dato testuale, la “chiusura” della Consulta appare addirittura più netta, nonostante possa avanzarsi più di un dubbio sull’opportunità di un tale intervento.

Del resto, un problema del genere può benissimo “incrociare” l’attività del Tribunale costituzionale. A conferma basterebbe richiamare i casi – non frequenti ma neppure rari – in cui il singolo giudice costituzionale ha avvertito la necessità di “coprire” la sua *astensione* sotto la forma del *legittimo impedimento*, per quanto quest’ultimo dovesse essere originariamente inteso come una forma di temporanea impossibilità a partecipare ai lavori del collegio dovuta piuttosto ad una malattia (6). Questo “espediente” costituisce in qualche modo il “minimo mezzo” cui si ricorre in via di prassi per evitare rischi di “frantumazione” dell’immagine della Corte e di conseguente delegittimazione del suo ruolo, pur tentandosi di salvaguardare in tal modo anche la sensibilità del giudice che decida eventualmente di volersi astenere in quanto non si ritenga «in condizione di partecipare all’udienza» (7). Tale forma di astensione è dunque per più versi *anomala*, non solo

(5) In particolare, «*il rinvio al regolamento di procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale opera soltanto se manca una disposizione appositamente dettata per il giudizio costituzionale*» (cfr. dec. n. 179 del 1987).

(6) È noto tuttavia che nella prassi si ricorre oramai all’astensione per legittimo impedimento anche in altre occasioni: non solo, ovviamente, nell’eventuale caso di un lutto, ma anche quando, per esempio, lo stesso Presidente della Corte, a causa di impegni istituzionali, non può presenziare all’udienza pubblica o alla camera di consiglio nella quale viene adottato il dispositivo. È appena il caso di sottolineare la maggiore “visibilità” di cui gode di fatto l’astensione del Presidente, il cui nominativo in tal caso non risulterebbe ovviamente né nella parte iniziale della decisione contenente l’elenco dei componenti il collegio giudicante (così come del resto avverrebbe per un qualsiasi altro giudice astenutosi per legittimo impedimento), né tantomeno nell’epigrafe contenente la sottoscrizione, alla cui apposizione sarebbe di volta in volta chiamato, insieme al giudice relatore, il Presidente dello specifico Collegio giudicante (ovvero, in base all’art. 6 della legge n. 87 del 1953 e agli artt. 22-*bis* e 23 del Reg. gen. Corte, il vice-Presidente o, in assenza di questi, il giudice più anziano). Per un recente caso, cfr. l’ordinanza n. 115 del 2009 (di manifesta inammissibilità), decisa dalla Corte direttamente in camera di consiglio, nella quale risulta, quale “Presidente” (del collegio giudicante), il giudice De Siervo (Vice-Presidente) e non il Presidente della Corte Amirante, così da potersi immaginare l’esistenza di un legittimo impedimento di quest’ultimo a partecipare alla camera di consiglio in cui il dispositivo è stato approvato (si rileva peraltro, che nella stessa data, il 25 Febbraio 2009, fissata per tale deliberazione della Corte, ma in prima mattinata, si è avuta proprio l’elezione del giudice Amirante a Presidente). *Va rilevato inoltre che pure nel caso in cui non sia il Presidente della Corte a presiedere il collegio giudicante, ugualmente il suo voto, in caso di parità, dovrebbe prevalere (ovviamente, ad esclusione dei giudizi penali)*. Del resto, sia l’art. 16 della legge n. 87 del 1953 che l’art. 18, III c., N.I. fanno riferimento ad un generico “Presidente” (che potrebbe essere dunque anche il giudice che sostituisce il vero e proprio il Presidente della Corte nel compito di presiedere il collegio giudicante). Peraltro, anche il II c. dell’art. 18 N.I. attribuisce al «Presidente» (senza specificazione alcuna) il potere di «dirigere la discussione e porre in votazione le questioni». Sicché, ove tali poteri fossero riconosciuti al Presidente del collegio giudicante solo nel caso in cui tale soggetto sia anche il Presidente della Corte, si avrebbero conseguenze paradossali e/o molto pericolose per il funzionamento della Consulta. In particolare, *a)* non solo perderebbe senso più in generale la possibilità di sostituire il Presidente della Corte, la cui figura diverrebbe infungibile proprio in relazione alla fase decisoria, ma *b)* dovremmo rassegnarci per assurdo allo svolgimento “anarchico” di una camera di consiglio, mancando completamente un soggetto cui riconoscere poteri di direzione della discussione e, infine, *c)* in caso di parità di voti si arriverebbe paradossalmente ad una situazione, francamente inaccettabile, di completo stallo (ovvero: di *non decisione*), con evidenti risvolti, fra l’altro, sulla tutela dei diritti fondamentali (e sulla stessa immagine della Corte), messi a rischio dall’ipotesi di una “denegata giustizia costituzionale”.

(7) Così R. ROMBOLI, *Composizione del collegio giudicante e assegnazione delle cause nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. COSTAN-

perché ad essa si è giunti “forzando” ancora una volta l’impianto originario delle norme integrative – che prevedono l’obbligo di partecipazione dei giudici alle sedute, salvo legittimo impedimento (il cui “ombrello”, come si è detto, è stato utilizzato nella prassi per offrire copertura anche a queste ipotesi) – quanto perché comunque non si accompagna ad alcuna individuazione delle fattispecie che consentono l’astensione o la rendono “doverosa”. Di fronte, dunque, alla diversa “sensibilità” dei giudici nell’avvertire il peso dell’eventuale situazione venutasi a creare, la semplice *facoltà* di astenersi per legittimo impedimento potrebbe divenire un comodo strumento nelle mani del singolo soprattutto nei casi in cui sarebbe altamente opportuna o eticamente doverosa la sua astensione, a ragione del peculiare rapporto che lo lega ad una determinata *re-giudicanda* (8). Il fatto, poi, che manchi una sicura linea di confine oltre la quale la mancata astensione del giudice risulti espressamente qualificata quale violazione del suo dovere di imparzialità potrebbe incidere ancor più negativamente sul prestigio complessivo dell’organo nei casi in cui l’eventuale maggioranza di turno (ma anche l’opposizione e finanche lo stesso Comitato promotore del referendum abrogativo) si trastulli nel gettare ombre sull’autonomia di giudizio di taluni componenti del collegio. Infine, un allargamento del tutto discrezionale delle ipotesi di legittimo impedimento mal si concilia con la necessità che la concreta modifica della composizione del collegio giudicante sia legata quanto più possibile a cause oggettivamente previste e riscontrabili.

ZO, Torino 1996, 332, secondo cui, di fronte ad una richiesta di tal genere, risulterebbe preferibile un’interpretazione «elastica» degli artt. 16, l. 87/1953, 8, l. cost. n. 1/1953, e 16 (ora art. 29) N.I., tale da consentire al giudice di astenersi dal decidere su una questione «il cui esito può svolgere un effetto diretto ed immediato nella sua sfera di interessi». L’ipotesi emblematica viene individuata dall’A. nella nota questione relativa alla dissociazione fra “grado” e “funzioni” dei giudici appartenenti alle supreme magistrature e nella posizione del giudice costituzionale che non partecipò a tale decisione proprio per essersi trovato all’atto della sua elezione alla Corte nella situazione della dissociazione [proprio in relazione a tale questione, decisa con le sentt. nn. 86 e 87 del 1982, anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 92, individua uno di quei «casi eccezionali» in cui «i singoli giudici possano portare interessi personali qualificati, tali da rendere discutibile la loro imparzialità» e da far sorgere un «dovere (...) di non prendere parte alla decisione, pur non essendo previste regole formali che conducano a esplicite dichiarazioni di astensione». Le posizioni dei due Autori, peraltro, sembrano distanziarsi in ordine al riconoscimento della possibilità per i giudici di astenersi su questioni in merito alle quali si siano già espressi in altra veste, ossia da una prospettiva differente (avvocato, parlamentare, giudice, giudice *a quo*). Per talune ipotesi di astensione dei giudici costituzionali – oltre alle decisioni appena richiamate – si pensi alla pronunzia n. 225 del 1974, relativa alla l. 103 del 1975 in materia di radiotelevisione, alla cui adozione non partecipò il giudice Elia, «in quanto, nella sua notoria onestà ed indiscussa sensibilità, ritenne – essendo stato in precedenza consigliere di amministrazione della RAI – di trovarsi in una situazione che non gli avrebbe garantito un’assoluta terzietà nei confronti della regiudicanda»: così, testualmente, A. PACE, *La corte costituzionale nell’esperienza di un avvocato* e M. LUCIANI, *La Corte costituzionale vista “al di là dal banco”*, in *Giorn. st. cost.* 11/2006, 95 s. (v. anche riportati i casi di astensione del giudice Flick in un conflitto tra poteri promosso dalla Sezione disciplinare del CSM), che si esprime decisamente a favore dell’abrogazione del divieto previsto dall’art. 16 (ora art. 29) N.I. (p. 107). Anche chi ritiene che il divieto di astensione e ricasazione dei giudici costituzionali sia sorretto da «insuperabili esigenze di funzionalità» del collegio, ammette comunque che «la prudenza e la correttezza potranno consigliare, nei singoli casi, cauti ed opportuni espedienti volti a evitare la partecipazione al collegio o alla decisione dei giudici interessati»: così A.M. SANDULLI, *L’indipendenza della Corte costituzionale*, da ultimo in ID., *Scritti giuridici*, I, *Diritto costituzionale*, Napoli 1990, 559. Sulla possibilità che sussistano «motivi di astensione legati ad accidentali posizioni soggettive» dei giudici e sul fatto per cui, comunque, l’eventuale scelta dell’astensione rimarrebbe affidata alla «sensibilità» di questi ultimi, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, 1377. Da ultimo, in tema, cfr. pure A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, 81, secondo cui, a fronte di tali casi, si potrebbe «dubitare della ragionevolezza medesima di una norma che escluda l’obbligo di astensione del giudice costituzionale». In particolare, «quale che sia la sua ragion d’essere iniziale (da collegare... alla supposta generalità o politicità degli atti sindacabili), sembra che questa norma possa resistere alla concreta esperienza solo considerando l’inutilità di un formale atto di astensione in un collegio “a composizione variabile” come è quello della Corte medesima». Ma è chiaro che anche tale giustificazione appare comunque insufficiente, lasciando peraltro scoperto il profilo relativo alla ricasazione del giudice costituzionale della cui imparzialità si dubita. L’A. ritiene dunque «non (...) azzardato ipotizzare una riforma del detto art. 16» (ora art. 29 N.I.) «che, insieme con l’astensione, consenta anche istanze di ricasazione» (p. 80).

(8) In argomento, cfr. nuovamente A. PACE, *La corte*, cit., 96.

Certo, anche la corrente prassi dell'astensione per legittimo impedimento può aiutare a far emergere eventuali ragionevoli sospetti sull'affievolimento occasionale dell'imparzialità di un giudice, ma tuttora sembrano comunque mancare alla Corte gli strumenti necessari per risolvere il problema della mancata astensione, una volta che questa ipotesi dovesse verificarsi. Anche la rimozione/sospensione del giudice appare di difficile utilizzo di fronte alla condotta di chi, proprio non assentandosi, in fin dei conti si uniforma all'*obbligo* di presenziare alle sedute del collegio, considerato che l'astensione per legittimo impedimento rimane pur sempre una *facoltà* e che peraltro, a ben vedere, la stessa Consulta ha scelto volontariamente da ultimo di non rendere applicabile ai suoi componenti *alcuna causa* di astensione e ricusazione (9).

Speculare sarebbe poi il caso in cui un giudice non *imparziale* decidesse a bella posta di partecipare all'eventuale udienza pubblica e di astenersi, invece, nella relativa fase decisoria, al fine precipuo di causare il necessario rinvio a nuovo ruolo. Tale stratagemma sarebbe ovviamente volto non già ad incidere in via immediata sul *modo di decidere*, quanto, piuttosto, a differire i tempi di giudizio della questione al fine magari di far scadere il mandato di un altro giudice costituzionale per mutare gli equilibri interni al collegio. Tuttavia, ciò presupporrebbe, in realtà, *che* – pure a fronte delle modifiche da ultimo apportate alle proprie Norme integrative – *la Corte abbia inteso confermare l'accezione rigida del principio di immutabilità del collegio* (10).

È chiaro, però, che in tutti e due i casi l'eventuale individuazione di cause di astensione obbligatoria (ed eventualmente di ricusazione) dei giudici costituzionali dovrebbe impedire a quelli di loro che vengono a trovarsi in una situazione di conflitto di interessi di partecipare alla stessa (eventuale) udienza pubblica, oltre che alla relativa fase decisoria (11).

(9) Già sulla base della formulazione utilizzata dall'ex art. 16 N.I., R. ROMBOLI, *Composizione*, cit., 332, riteneva «da accettare» l'idea per cui, sulla base di una «stretta interpretazione» congiunta anche degli artt. 16, l. 87/1953, 8 della l. cost. n. 1/1953 e 16 (ora art. 29) N.I., fosse da escludere la sanzione della rimozione per il giudice che avesse partecipato al collegio giudicante pur in presenza delle condizioni poste dai codici di rito per l'astensione-ricusazione del giudice. Per una conclusione opposta, che individua in tali l'esistenza di «gravi mancanze» nei propri doveri da parte del giudice non astenutosi e la conseguente possibilità della Corte di procedere alla sua sospensione/rimozione, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 92. In realtà, anche «la possibilità di sanzioni (...) non sembra superare quelle ragioni che, prima dell'approvazione delle Norme Integrative, avevano portato la dottrina a ritenere compatibile col sistema l'istituto dell'astensione e della ricusazione. In casi limite e soprattutto in prossimità della scadenza del mandato le sanzioni disciplinari possono rappresentare un semplice palliativo»: così A. SACCOMANNO, *La Corte costituzionale fra organizzazione e procedimento. Principi, norme e regole di organizzazione*, Rimini 1997, 169, nt. 27.

(10) Si è già notato tuttavia in altra sede – cfr. ancora il nostro *Le nuove “norme integrative”*, cit., – come la nuova e diversa formulazione dell'originario art. 16 N.I. (ora art. 17) sembrerebbe sancire invece, almeno sulla carta, il tanto atteso, e richiesto, cambio di rotta da parte del giudice delle leggi, stabilendosi che «alla deliberazione devono partecipare *i* giudici» – non più dunque necessariamente *tutti* quelli – che siano stati presenti a tutte le udienze fino alla chiusura della discussione della causa»: in tema, sia consentito rinviare nuovamente al nostro *Le nuove “norme integrative”*, cit. Qualora invece la Consulta confermasse la precedente prassi, l'ipotesi descritta nel testo potrebbe incidere seriamente sulla sua funzionalità, causando ancora una volta un rinvio a nuovo ruolo e, dunque, un rallentamento dei tempi di decisione. Non vanno nascoste tuttavia le difficoltà cui potrebbe andare incontro la Corte nel contestare la motivazione verosimilmente adottata dal giudice sospetto a sostegno del proprio “legittimo impedimento” a partecipare alla fase decisoria. Nell'ostinarsi a dimostrare che l'assenza in questione è stata piuttosto la conseguenza di una scelta *faziosa* del giudice, il collegio si muoverebbe ovviamente su un terreno minato, considerati gli effetti e le reazioni che tale scelta potrebbe innescare all'esterno. Laddove invece intervenisse un'inversione di rotta – accogliendosi una versione più “morbida” del principio di immutabilità del collegio – l'ipotesi di una eventuale partecipazione all'udienza pubblica seguita poi dall'assenza strategica in camera di consiglio creerebbe quantomeno danni minori alla funzionalità della Corte, la quale potrebbe ugualmente decidere sulla questione ove siano presenti in camera di consiglio almeno undici dei componenti che abbiano preso parte all'udienza pubblica.

(11) Ed è ovvio che nel caso in cui il giudice ritenesse di non doversi astenere, in buona fede o per riottosità, la Corte dovrebbe pronunciarsi su tale conflitto *prima* della celebrazione dell'udienza pubblica (o della trattazione direttamente in camera di consiglio) – a maggior ragione nel caso in cui in futuro venisse confermata l'interpretazione rigida del principio di immutabilità del collegio.

Ciò premesso, l'assoluto "sbarramento" all'ingresso di tali istituti nei giudizi costituzionali non penali potrebbe rivelarsi *sproporzionato nella sua rigidità*, per quanto l'oscillante "distanza" della Consulta rispetto ai giudici "comuni" impedisca evidentemente di estendere in automatico ai giudici costituzionali gli obblighi di imparzialità e terzietà previsti per i primi (12), e dunque di proporre semplicistiche "estensioni" del regime relativo all'astensione e alla ricusazione. Del resto, talune ambiguità di fondo che permangono anche negli ultimi sviluppi della giurisprudenza (13) confermano un dato abbastanza noto: le valutazioni della Consulta sulla propria natura giurisdizionale, più che convergere verso una razionalizzazione teorica, rispondono piuttosto alle esigenze pratiche (relative anche ai rapporti fra "sistemi") di volta in volta considerate apprezzabili dal collegio. In tal senso, proprio ciò che sembra lasciare la questione non pienamente definita, nella misura in cui non imbriglia più di tanto la Corte in affermazioni eccessivamente impegnative, costituisce il riflesso della sua peculiare posizione nel sistema (14). E proprio siffatta constatazione impone di riconsiderare un tale problema in relazione alla *composizione* "particolare" e alla *natura* "ibrida" del giudice delle leggi.

3.1. «*Amicus Plato, sed magis amica veritas*». *L'equilibrio della Corte e l'imparzialità dei giudici fra interesse personale e meta-etica costituzionale*

Quanto al primo aspetto (composizione), il sufficiente equilibrio che caratterizza il sistema composito di scelta dei nostri giudici costituzionali può solo controbilanciare *in astratto* il rischio

(12) A. PACE, *La corte costituzionale*, cit., 95 s.

(13) Nonostante possegga anche un'evidente "anima" giurisdizionale, da tempo la Consulta ha ritenuto di non poter essere inclusa «fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze» (ord. 13/1960 e ord. 536/1995). Va ricordato, tuttavia, come: a) la stessa abbia ammesso sicuramente e più volte la possibilità di considerarsi "giudice" ai limitati effetti dell'art. 23 della l. 87/1953 (ossia al fine di poter sollevare dinanzi a se stesso una questione di legittimità costituzionale); b) rispetto all'ord. 536/1995, nella recente "virata" avutasi con l'ord. n. 103 del 2008, tali differenze di fondo, seppure non espressamente rinnegate, non hanno più impedito alla Corte di considerarsi legittimata al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (per una precedente affermazione di siffatto tenore, solo teorica e rimasta comunque isolata nella giurisprudenza, cfr. sent. 168/1991). Nello specifico caso, pur ribadendo la sua «peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno», la Consulta ha riconosciuto la propria legittimazione al rinvio – in quanto giurisdizione di unica istanza (ai sensi dell'art. 137, u.c., Cost.) – in una prospettiva completamente assorbita dalle esigenze di uniforme applicazione del diritto comunitario. Invero, determinante non è stato tanto il riferimento più generale all'art. 137, u.c. – che non potrebbe evidentemente essere limitato al solo giudizio in via principale – quanto il fatto di costituire, in tale *sedes iudicii* (e a differenza di quanto può dirsi per il sindacato in via d'eccezione), «l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia». Sul solco di argomentazioni che guardano dritte al diritto comunitario, risultano invece *bypassate* le perduranti contraddizioni esistenti sul piano dell'ordinamento interno circa la natura giurisdizionale del giudice delle leggi (in tal senso, cfr. T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it). Ma proprio perché prevale in ultimo l'evidente e pragmatico ricorso ai soli argomenti strettamente funzionali al raggiungimento degli obiettivi sistemici appena richiamati, non sorprendono le ennesime "tracce" di ambiguità che permangono sullo sfondo: si pensi, fra l'altro, al dato per cui, pur qualificandosi giurisdizione nazionale *di ultima istanza*, la Consulta sembra configurare il proprio rinvio alla Corte di Giustizia in termini di *opportunità* e non di relativa doverosità. In definitiva, quello compiuto dalla Corte rimane, almeno per alcuni aspetti teorico-generalisti, un *outruling* (...) non puntualmente motivato e chiarito» (così S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 4-5/2008, 898 ss.). In argomento, v. pure L. PESOLE, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008*, in *Federalismi.it.*, 15/2008, e I. SPIGNO, *La Corte Costituzionale e la vexata quaestio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2008.

(14) Del resto, anche nella nota sentenza n. 13 del 1960, la Corte aveva sì precisato che «la sua attività si svolge secondo modalità e con garanzie processuali ed è disciplinata in modo da rendere possibile il contraddittorio fra i soggetti e gli organi ritenuti più idonei, e pertanto legittimati, a difendere davanti ad essa interpretazioni eventualmente diverse delle norme costituzionali», ma con la precisazione per cui ciò riguardava soltanto «la scelta del metodo considerato più idoneo dal legislatore costituente per ottenere la collaborazione dei soggetti e degli organi meglio informati e più sensibili rispetto alle questioni da risolvere ed alle conseguenze della decisione».

che l'esistenza di una componente politica minacci, di per sé, l'indipendenza dei giudici, ma non impedisce ovviamente per ciò stesso il profilarsi di *concreti* pericoli per la loro imparzialità. La stessa estrazione politica di alcuni componenti è stata prevista come elemento di arricchimento dialettico della sensibilità della Corte e come strumento per evitare che quest'ultima possa perdere completamente il suo necessario contatto con l'evoluzione di fondo della realtà sociale, rischiando in tal modo che la sua opera diventi «antistorica» (15). Ma, più in generale, proprio per tale ragione andrebbe evitata una particolare forma di “sacralizzazione” della Corte che trasformi l'assunzione della carica di giudice costituzionale in una sorta di recisione radicale e rituale di qualsivoglia legame da questi contratto nel suo passato (di “uomo” e componente di una comunità politica e sociale). C'è di fondo l'idea – frutto di una evidente “fragilità” psicologica – che un organo di chiusura dell'ordinamento debba anche in tal senso essere ed apparire “altro” rispetto alle debolezze e ai conflitti umani sui quali andrà ad incidere con il suo operato: in tal senso, il volto del collegio diverrebbe una sorta di “maschera totemistica” – tipica delle tribù primitive – destinata a separare simbolicamente il *controllore* dal *controllato*, a partire dal momento in cui il singolo giudice è chiamato ad indossarla. Il carattere rassicurante di siffatta “liturgia” verrebbe invece destabilizzato dall'idea di un “sospetto” e di un “conflitto” di interessi riguardanti, direttamente e specificamente, la singola *persona fisica*, della quale si metterebbero ancora una volta a nudo i lineamenti celati dietro la “maschera” impersonale della Corte.

Ma i singoli giudici non recidono mai con tale nettezza i loro legami con il “passato”: né quelli di amicizia o di conoscenza, né, ovviamente, quelli di parentela, né tantomeno, sia pure in un certo senso, quelli politici (16). Né perdono per ciò stesso tutti i loro possibili “interessi” o risultano sempre capaci di riconoscere l'esistenza di vincoli ancora più profondi e magari inconsapevoli, magari scaturenti «da appartenenze a gruppi culturali o politici, a ceti sociali o corporazioni professionali» (17). Il punto è semmai un altro: fermi restando tali legami, il giudice che intende il proprio ruolo in modo adeguato sa che ad ogni richiesta esterna volta ad incidere sulla serenità ed imparzialità necessarie nell'esercizio della sua funzione dovrà rispondere con una forma variabile di “distacco” o “riserbo”, che potrà anche essere intesa dai soggetti esterni quale atteggiamento di “ingratitude” (18). Si potrebbe addirittura immaginare che un «adeguato atteggiamento

(15) A. M. SANDULLI, *L'indipendenza*, cit., 557.

(16) Si pensi anche al fatto che ad essere vietata non è l'iscrizione in sé ad una associazione o partito politico, quanto lo svolgimento della connessa attività. È solo, dunque, per una prassi fondata su motivi di correttezza che il giudice neoletto si dimette dal partito politico cui era precedentemente iscritto. Sul tema, fra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 79; A. SACCOMANNO, *La Corte costituzionale*, cit., 126. In tema, cfr. pure C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 224, nt. 21 per il quale tuttavia il divieto in esame previsto dall'art. 8, l. n. 87/1953 – che estende utilmente alla Corte il principio per cui debba escludersi qualsiasi possibilità «di lecita influenza dei partiti sulla giurisdizione e sui giudici» – apparirebbe non rispondente a Costituzione nella parte in cui non è limitato alle sole attività dei partiti ma si estende anche al funzionamento delle associazioni politiche non qualificabili come tali (in quanto miranti alla realizzazione di singoli fini politici e non all'influenza sulla *politica generale* del Paese).

(17) Così, U. DE SIERVO, *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Giorn. st. cost.* 2006/11, 84, il quale aggiunge opportunamente che «il giudice costituzionale non può certo astrarsi dalla vita politica e culturale del suo paese, né pretendere di vivere al di fuori dei normali rapporti sociali».

(18) Ricorda G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2005, 53, come negli Stati Uniti si parlasse un tempo di «doverosa ingratitude», marcata dal giudice appena nominato con la manifestazione di «una *opinion* diversa da quella che il Presidente (...) si sarebbe aspettato da lui». Episodi del genere sono in realtà rinvenibili anche in anni più vicini: si pensi alla singolare figura del giudice David Souter, nominato dal Presidente Bush sr nel 1990 e noto per aver espresso appena due anni dopo, nel 1992, una *liberal opinion* in materia di diritto all'aborto cui fecero seguito le accuse di “tradimento” sollevate nei suoi confronti dalle correnti repubblicane radicali. Peraltro, lo stesso giudice tentò, invano, di far raggiungere alla *Supreme Court* un compromesso ragionevole per rendere possibile il riconteggio dei voti incerti in Florida in occasione della note elezioni presidenziali del duemila che videro contrapposti i candidati Bush jr e Al Gore. Sembra che la lacerante decisione adottata all'epoca dalla Corte suprema con una maggioranza risicata di cinque a quattro fu accolta con amarezza dal giudice Souter in quanto considerata dallo stesso una “decisione di partito”. Ed è veramente indicativo il fatto che quest'ultimo abbia deciso di lasciare il suo incarico proprio quest'anno, *dopo*

giamento etico» (19) – e, a maggior ragione, il rispetto dimostrato dal singolo per il prestigio delle istituzioni ancor prima dell’assunzione della carica di giudice costituzionale – possa agire di per sé come freno naturale alle eventuali pressioni o richieste esterne incompatibili con la sua imparzialità.

Fin qui l’*optimum*. Ma proprio perché il giudice continua ad operare nella stessa comunità, per così dire: d’origine, ed i suoi originari legami non vengono recisi con un netto taglio di forbici all’atto del suo giuramento, *deve* esserci un rimedio per i casi in cui appaia del tutto evidente che la “maschera” possa coprire il volto “interessato” di un “uomo” di parte. Si aggiunga anche che il divieto assoluto di rielezione dei componenti della Consulta – garanzia di indipendenza pure per l’intero collegio – non è mai stato accompagnato dalla previsione di incompatibilità *post-funzionali*, né lo è tuttora, rendendo dunque realistica e, dunque, legittima (ancorchè sgradevole) l’ipotesi che la “promessa” del conferimento di futuri incarichi politico/istituzionali possa incidere negativamente sull’autonomia di giudizio di alcuni componenti della Corte (20).

Il fatto che la Consulta costituisca un organo di chiusura del sistema, lungi dall’escludere fra i suoi doveri quello di imparzialità, impone anzi di non adottare decisioni “sospette”, *proprio perché queste ultime non risultano in alcun modo impugnabili* (21). Dunque, al fine di ridurre i rischi per l’immagine e il prestigio della Corte, potrebbe proporsi una ponderata apertura all’eventuale applicazione degli istituti in questione a tutti i giudizi costituzionali. Né risulta che all’interno dei Paesi in cui ciò già accade gli organi di garanzia costituzionale godano complessivamente e diffusamente di una minore legittimazione o autorevolezza (22).

l’elezione del Presidente Obama e a soli 69 anni (ma per una descrizione giornalistica della vicenda che da conto della sua singolare personalità, non solo poco avvezza ai riflettori, ma anche “sofferente” all’interno del collegio, cfr. M. VALSANIA, *Un liberal refrattario alla modernità*, in *Il Sole 24 Ore* del 3 Maggio 2009, 9).

(19) Cfr. nuovamente U. DE SIERVO, *op. cit.*, 85.

(20) In tema, cfr. almeno G.A. SACCO, *I giudici emeriti e l’indipendenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *L’organizzazione*, cit., 157 ss., e, da ultimo, S. SCAGLIARINI, *Le incompatibilità successive al mandato di giudice costituzionale tra indipendenza della Corte e libertà dei giudici emeriti*, in AA.VV., *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003, a cura di A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI, Torino 2004, 235 ss.

(21) Ciò vale a differenziare la questione rispetto a quanto può affermarsi in ordine all’eventuale decisione adottata nei giudizi comuni in violazione delle norme sull’astensione e ricasazione. Infatti, quest’ultima, pur essendo, sotto questo aspetto, ritenuta normalmente valida (ad eccezione del caso in cui ricorra un interesse proprio e diretto della causa: A. PERTICI, *Astensione e ricasazione dei giudici costituzionali: ragioni e limiti della loro esclusione ed ipotesi di una loro introduzione*, in questa *Rivista*, 4/2004, 3134), rimane comunque impugnabile per *altri motivi* (con la possibilità, dunque, di far rimuovere, sia pur *indirettamente*, gli effetti dell’eventuale *parzialità* del giudice). Al contrario, la decisione della Corte si sottrarrebbe *comunque* all’annullamento, a prescindere cioè dallo specifico *motivo* che potrebbe presuntivamente viziare.

(22) Anche gli eventuali casi particolari – come quello relativo alla ricasazione del giudice Pablo Perez Tremps che ha avuto profonde e serie ripercussioni sull’attività e sull’immagine della Corte spagnola: cfr. A. MAIONCHI, *Astensione e ricasazione tra processo comune e processo costituzionale. L’esperienza italiana e quella spagnola a confronto*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi, Torino 2008, 377, nt. 27 – potrebbero semmai essere utilmente analizzati per verificare in che modo circoscrivere utilmente l’operatività degli istituti in questione, sia in ordine ai casi specifici che ai soggetti legittimati a chiedere la ricasazione. In ogni caso, il principio di imparzialità, «justicia la existencia de un deber de recusación, que habrá de ser resuelto y admitido por el Pleno (art. 10.h LOTC) y un derecho de abstención de los magistrados» (così E. EXPÓSITO GÓMEZ, *El Tribunal Constitucional Español*, in AA.VV., *L’organizzazione*, cit., 664). Peraltro, va ricordato che in base all’art. 80 della *ley orgánica* del Tribunale costituzionale spagnolo (LOTC), «Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de (...) recusación y abstención» (per una panoramica sull’organizzazione e sul funzionamento del Tribunale costituzionale spagnolo, cfr. R. ROMBOLI-R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, in AA.VV., *Esperienze di giustizia costituzionale*, II, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, Torino 2000, 286 ss.). Sulla possibile astensione e ricasazione (ma quest’ultima non in sede di giudizio in via incidentale) dei giudici del *BundesVerfassungsgericht*, cfr. J. LUTHER, *Organi di giustizia costituzionale in Germania* e B. ROMANO, *L’organizzazione e funzionamento del Bundesverfassungsgericht*, in AA.VV., *L’organizzazione*, cit., rispettivamente 482 ss. e 713 ss.; cenni in F. PALERMO, *La giustizia costituzionale in Germania*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. Mezzet-

Certo, è comprensibile che l'attuale fase politica possa spingere costantemente a differire l'introduzione di tali istituti, considerata la singolare pervicacia con la quale il nostro sistema partitico è solito tentare una delegittimazione degli organi di garanzia agli occhi dell'opinione pubblica. Del resto, analoghe considerazioni emergono anche in ordine alla proposta di introduzione del *dissent*, senza tuttavia apparire più di tanto decisive: da un lato, perché nulla fa pensare ragionevolmente ad un miglioramento dell'attuale rete di rapporti Corte-Parlamento-Governo e, dall'altro, in quanto il sistema dei partiti ha dimostrato comunque di poter mettere in difficoltà il funzionamento della Corte costituzionale anche (o proprio) mancando una specifica disciplina sulle cause di astensione e ricusazione dei suoi componenti.

Si pensi, ad esempio, al fermento politico creato dalle affermazioni rese dall'onorevole Previti sulla "vicinanza" dei giudici Vaccarella e Mezzanotte a Silvio Berlusconi (di cui patrocinarono la causa relativa al c.d. Lodo Mondadori nei primi anni novanta e che risultarono eletti alla Corte, rispettivamente, nel 1996 e nel 2002) proprio in prossimità della decisione con cui la Consulta si sarebbe pronunciata sulla questione sollevata nel 2002 dai difensori dello stesso Berlusconi e di Previti nel corso del processo Imi/Sir e Sme di fronte al Tribunale di Milano (23). Peraltro, un deprecabile ed oscuro (oltre che paradossale) "strascico" della logica del sospetto è rappresentato poi dalle dimissioni rassegnate dallo stesso giudice Vaccarella il 20 aprile 2007 a seguito di presunte interferenze provenienti dall'esecutivo, dimissioni che, lo si ricorda ancora una volta, hanno costretto la Corte ad un rinvio a nuovo ruolo di diverse questioni (24).

ti, Padova 2009, 152. Peraltro, in Germania è prevalsa una interpretazione restrittiva tesa a non estendere ai giudici costituzionali il regime delle cause di astensione ordinariamente previsto per i giudici "comuni" (cfr. anche la nota decisione *Rottmann*). Per le numerose ipotesi di astensione e ricusazione dei giudici costituzionali nell'esperienza elvetica, cfr. L. OLIVIERI, *Organizzazione e funzionamento del Tribunale Federale Svizzero*, in AA.VV., *L'organizzazione*, cit., 701. Si ricorda che in Austria i giudici costituzionali «non possono astenersi né essere ricusati dalle parti, ma la Corte può sospendere un membro dal giudizio allorché: ciò sia prescritto dalla norme processuali indicate nel *Verfassungsgerichtshofgesetz*; il giudice abbia preso parte alla decisione di un giudizio amministrativo e tale decisione sia sottoposta all'attenzione della Corte; il giudice abbia partecipato all'adozione di una decisione di un'autorità in materia elettorale, sottoposta al vaglio della Corte: § 12, II e III c., *VfGG*»: così R. D'ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in *Sistemi*, cit., 116 (ma v. già M. MAGIONCALDA, *Organizzazione e funzionamento del Verfassungsgerichtshof austriaco*, in AA.VV., *L'organizzazione*, cit., 691).

(23) Com'è noto, la questione – che riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 45 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedeva tra le cause di rimessione il "legittimo sospetto", per violazione dell'articolo 76 della Costituzione, in riferimento all'articolo 2, n. 17, della legge 16 febbraio 1987, n. 81, con la quale era stata conferita al governo la delega per la redazione del nuovo codice di procedura penale, nonché per violazione dell'art. 111 della Costituzione – fu dichiarata manifestamente inammissibile con l'ord. n. 465 del 2002, alla cui adozione parteciparono comunque i due giudici in questione.

(24) Su tale scelta – storicamente eccezionale soprattutto per i toni utilizzati e per il "non detto" che lasciava emergere – e sulle relative delibere della Corte del 2 e del 4 maggio 2007, v. la *Nota redazionale* di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 7-8/2007, 1998 ss. e, da ultimo, A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 46. Può ricordarsi brevemente come le dimissioni – fondate sulla presunta diffusione di «voci mai smentite di pressioni esercitate dai politici sulla Consulta per bocciare i referendum elettorali» e contro i «vertici istituzionali che tacciono» – portarono ad una presa di posizione unitaria della Corte volta a ribadire che la propria indipendenza è di per sé tutelata dalla collegialità dei suoi lavori. Pesanti le critiche sulla vicenda provenienti anche da un Presidente emerito della Corte, G. ZAGREBELSKY, *I falsi difensori della Consulta*, in *La Repubblica*, 24 dicembre 2007, 1 e 19: «Una Corte che ha bisogno della protezione d'altri? Diffondere questa idea, questo davvero è un attentato alla sua indipendenza. La denuncia di pressioni derivanti da pubbliche dichiarazioni che qualunque giudice degno di questo nome considererebbe per quello che sono, cioè nulla, è fumo che nasconde dell'altro. Nasconde, essa sì, una pressione morale nei confronti della Corte. Se, per avventura, i giudici che la compongono si orientassero a dichiarare inammissibile il referendum che attribuisce un mai visto "premio di maggioranza" alla lista che ottiene un numero di voti qualunque, anche molto basso, purché superiore a quello di ognuna delle altre liste, la denuncia preventiva di pressioni esercitate in tal senso nei loro confronti potrebbe forse trattenerli dal farlo: i denunciati hanno infatti già detto che in ciò, per l'appunto, sta la prova del cedimento. Per dimostrare la sua indipendenza, la Corte costituzionale avrebbe allora una sola via, una via obbligata: l'altra, cioè dare il via libera al referendum. Se ciò significa difendere l'indipendenza della Corte, chiunque è in grado di giudicare. Nulla è peggio che la protezione che è offerta da protettori interessati».

La punta più alta della “teatralità istituzionale” si raggiunge poi con la recente vicenda che fa da preludio alla nota decisione della Corte (sentenza n. 262 del 2009) sul c.d. “Lodo Alfano” (legge n. 124 del 2008). All’origine di tutto la notizia di una “cena” svoltasi nel maggio del 2009 nell’abitazione del giudice costituzionale Mazzella, cui partecipano, fra l’altro, anche il giudice Napolitano ed il Presidente del Consiglio. L’eco che la notizia riceve sulla stampa innesca una serie di violente reazioni politiche, cui seguono peraltro dichiarazioni ancor più stupefacenti – e, francamente, imbarazzanti – dei giudici costituzionali coinvolti, dai quali emerge non solo una concezione anomala del funzionamento della Corte, ma anche una completa disattenzione alle fondamentali esigenze di legittimazione di tale organo di chiusura.

Senza indugiare in un esame analitico delle singole affermazioni – peraltro già criticamente vagliate dalla dottrina (25) – giova forse soffermarsi sull’idea, espressamente manifestata dal giudice Napolitano in una dichiarazione rilasciata alla stampa, per cui la richiesta, proveniente da talune forze politiche, delle dimissioni dei due componenti della Corte coinvolti nella vicenda risulterebbe del tutto anomala e pericolosa per l’equilibrio e il funzionamento della Corte, atteso fra l’altro che «i costituenti hanno voluto che nella Corte confluissero giudici di diversa nomina, ciascuno, ovviamente, con la propria storia, la propria sensibilità giuridica, *le proprie personali conoscenze*» (26). Fa da *pendant* la rivendicazione del giudice Mazzella – in una lettera “aperta” rivolta al Presidente del Consiglio – del «diritto “umano”» di invitare a casa propria «un amico di vecchia data».

La questione di fondo, parecchio delicata, non riguarda soltanto le inaccettabili argomentazioni addotte a giustificazione dell’evento – che si commentano da sole (27) – quanto, piuttosto, il rilievo che le proprie “personali conoscenze” possono avere in ordine all’imparzialità di quanti compongono un organo di chiusura di sistema al cui interno non trovano applicazione gli istituti dell’astensione e della ricsuzione.

Ora, non v’è dubbio che proprio la questione sul senso delle istituzioni dei giudici costituzionali e sul modo in cui gli stessi intendono il proprio ruolo – se si vuole: il problema dello *stile* dei componenti della Corte – *apra* e, allo stesso tempo, *chiuda* qualunque discorso in tema. Del resto, nessuna “fortezza” potrebbe resistere ad eventuali assalti ove la sua difesa fosse affidata a chi pretende di poter abbassare verso l’ora di cena il ponte levatoio per una abituale chiacchierata con vecchi amici. Opportunamente, dunque, si insiste sul valore della fedeltà alla Repubblica (28), il che tuttavia vale ovviamente per i componenti della Corte sempre e comunque, dunque: anche nei giudizi penali, *dove tuttavia risultano applicabili gli istituti dell’astensione e della ricsuzione*.

Premesso dunque il dovere di “fedeltà”, è evidente che i *legami personali dei giudici non possono recidersi così facilmente come presupporrebbe la finzione della collegialità*. Considerato il contenuto spesso provvedimentale delle leggi, si potrebbe benissimo avere anche l’ipotesi di un giudice costituzionale chiamato a decidere su una questione che riguarda, eventualmente anche solo indirettamente, un suo parente o affine. In particolare, se la persona interessata fosse un co-

(25) Cfr. R. BIN, “*In casa mia invito chi voglio e parlo di quello che voglio*” (2 luglio 2009) e A. MORELLI, *La Corte imparziale e i suoi nemici. L’inapplicabilità nei giudizi costituzionali delle norme sull’astensione e la ricsuzione dei giudici* (17 luglio 2009), in *Forumcostituzionale.it*.

(26) Sulle altre motivazioni addotte dal giudice Napolitano, cfr. spec. A. MORELLI, *op. ult. cit.*, 1 ss.

(27) «...quello che appare impossibile da accettare è che l’ospite non si giustifichi negando con sdegno che la visita fosse anche lontanamente connessa alla discussione di cause pendenti o di supposti progetti di riforma costituzionale (è accettabile che un giudice costituzionale suggerisca riforme di legge e della Costituzione, della cui legittimità potrà trovarsi a giudicare?): ben potrebbero essersi visti per una partita di tresette o per guardare un film, in fondo. Ma non è immaginabile invece che egli affermi – come suggerisce subdolamente la stampa – di essere libero di invitare chi crede e di parlare di quel che vuole. Perché questo avrebbe un solo nome: tracotanza. E la tracotanza contiene un segno di disprezzo, in questo caso disprezzo per le istituzioni, per gli obblighi derivanti dall’ufficio che si ricopre, per le regole di correttezza di cui una democrazia costituzionale si nutre» (così R. BIN, *op. ult. cit.*, 2).

(28) A. MORELLI, *op. ult. cit.*, 8 s.

niuge, per consentire alla Corte di decidere serenamente si dovrebbe forse impedire la convivenza? Ed è seriamente pensabile che solo la cena in sé – e non invece l’esistenza stessa di un rapporto stretto di amicizia, a prescindere dal fatto che gli ospiti siano commensali più o meno “abituali” – sia preoccupante per l’imparzialità del giudice?

Certo, questi potrebbe far salvi il proprio “decoro” e anche l’amicizia astenendosi volontariamente e ricorrendo a tal fine al “legittimo impedimento”. Ma ove ciò non accada e l’interessato invochi addirittura l’obbligo (oltre che il diritto) a presenziare ai lavori della Corte anche in ordine alla causa “incriminata”, *quid iuris?*

Di fronte a tale ipotesi – e considerata l’evoluzione in senso spesso provvedimentale della legislazione – non solo appare oramai insostenibile il divieto disposto dall’art. 29 N.I., ma risulta viepiù problematica l’“esclusione” del P.M. dal contraddittorio nel giudizio in via incidentale. E ciò, invero, non solo o non tanto perché la questione di legittimità costituzionale può risultare sollevata dal giudice *a quo* proprio su istanza di tale “parte” processuale, quanto piuttosto in ordine alle conseguenze che possono aversi in un giudizio in cui il soggetto principale destinatario della legge oggetto della questione risulta rappresentato *in duplice veste: intervenendo come Presidente del Consiglio e costituendosi parte in senso tecnico* (in quanto parte del giudizio *a quo*) (29). Si pensi proprio alla questione decisa con la sentenza n. 262 del 2009: nonostante le differenze di natura teorica e processuale fra l’intervento del Presidente del Consiglio e la sua costituzione come “parte”, tale “sdoppiamento” (nel caso specifico, solo formale) consente, in definitiva, che la legittimità costituzionale dell’atto censurato “goda”, per così dire, di una *duplice difesa processuale*.

Nonostante la posizione di chiusura da ultimo ribadita nell’ordinanza letta all’udienza pubblica del 6 ottobre 2009 – e allegata alla sentenza n. 262/2009 – ammettere la costituzione del P.M. non solo potrebbe essere in tali casi l’unica forma per garantire un reale *audiatur et altera pars* (30), ma consentirebbe allo stesso – ovviamente, previa apposita modifica delle N.I. – di chiedere la riconsiderazione di uno o più componenti del collegio (31).

(29) Per tale rilievo, cfr. R. BIN, *op. ult. cit.*, 2.

(30) Sotto tale aspetto, pure ad accogliere la posizione volta ad individuare soprattutto nel rapporto fra l’art. 23 e l’art. 25 l. 87/1953 la volontà del legislatore di ammettere la costituzione nel giudizio in via incidentale delle parti del giudizio *a quo ad eccezione del P.M.* (ma in senso contrario, v., da ultimo, A. PACE, *Memoria illustrativa*, cit., 2 ss.), avrebbe meritato una più adeguata motivazione l’ordinanza del 6 ottobre 2009 nella parte in cui, richiamandosi ai suoi precedenti, la Corte ritiene *non irragionevole* – e dunque non lesiva del principio costituzionale di “parità delle parti” – una tale differenziazione. Sulla costituzione del P.M. nel giudizio in via incidentale, v. da ultimo i contributi raccolti in AA.VV., *Il lodo ritrovato. Una quaestio ed un referendum sulla legge n. 124 del 2008*. (Ferrara, 27 Marzo 2009), a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, R. Bin, P. Veronesi, A. Guazzarotti, Torino 2009, ai quali *adde* gli spunti rinvenibili nella più recente manualistica (E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2007, 104 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 222; A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, 205). Fra i contributi più risalenti, cfr. almeno R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985, spec. 126 ss.; S. BELLOMIA, *Costituzione delle parti, intervento dei terzi e intervento del pubblico ministero nel giudizio costituzionale incidentale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 61 ss.; N. ZANON, *L’impossibile costituzione del pm nel giudizio in via incidentale*, in questa *Rivista*, 1995, 2504 ss.; ID., *Pubblico Ministero e Costituzione*, Padova 1996, 141 ss.; S. PANIZZA, *Il pubblico ministero nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale e la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi, Torino 1997, 85 ss.; G. VERDE, *Il contraddittorio nel giudizio incidentale: la posizione del P.M.*, in AA.VV., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16-17 maggio 1997*, a cura di V. Angiolini, Torino 1998, 180 ss.; F. CAPORILLI-P.P. SABATELLI-G.M. SBRANA, *Il contraddittorio nei giudizi in via incidentale e principale*, in A. PIZZORUSSO, A. ROMBOLI, *La modifica delle Norme Integrative*, cit., 86 ss.

(31) Prima della sentenza era stata prospettata (e auspicata) l’ipotesi che la Corte ammettesse la costituzione dei Pubblici Ministri dei giudizi *a quibus*, in modo da consentire loro di «chiedere la riconsiderazione dei giudici costituzionali coinvolti nella vicenda e, allo scopo, eccepire l’illegittimità costituzionale dell’art. 29 N.I. per violazione degli artt. 3, comma 1, 111, comma 2, e 117, comma 1, Cost. (in riferimento all’art. 6.1 CEDU)», mettendo dunque, «in discussione la ragionevolezza della norma e la sua compatibilità con i principi d’indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice» (così A. MORELLI, *op. ult. cit.*, 7). Né si era scartata l’eventualità di una questione sollevata eventualmente d’ufficio, ritenuta anzi possibile – anche a fronte del recente intervento in senso

Pure sotto tale aspetto, insomma, la Consulta deve dar conto del suo ruolo. A richiederlo è la sua complessa natura e, dunque, anche la sua anima politica, che impone una attenzione particolare all’impatto delle decisioni adottate sulla propria legittimazione. Se non v’è alcuna infallibilità che risulti per “unzione” sacrale – e se dunque il giudice delle leggi, proprio per la sua natura di organo di chiusura ... *può far male...* (quantunque l’esecuzione/attuazione delle sue decisioni abbia comunque bisogno dell’attivazione di altri soggetti) – esso deve sforzarsi di agire con correttezza e ragionevolezza, consapevole che la piena applicazione delle sue decisioni (e, dunque, lo stesso inveramento dei valori costituzionali che si realizza attraverso la sua opera) presuppone inevitabilmente una base sociale di consenso. Si badi: non già l’acritica accettazione o lo sfrenato entusiasmo sul tenore della singola pronuncia, quanto piuttosto la permanenza nel tempo di un necessario livello medio di fiducia – nutrito dai suoi diversi livelli di “uditorio” sociale (32) – nella posizione propria di un organo di garanzia, se si vuole: nell’indipendenza e nell’imparzialità dei suoi componenti. E ciò comporta ovviamente la necessità di tenere in conto non solo la *realtà*, ma pure l’*opinione* della giustizia costituzionale presente nel Paese (33), il che richiede *in primis* una sensibilità notevole e, ove questa non appartenga al singolo giudice, specifiche norme volte a disciplinare le situazioni in cui possa emergere un’ombra sulla sua imparzialità, anche laddove a ta-

contrario sulle N.I. – sulla base dello «sdoppiamento soggettivo» fra Corte-giudice e Corte-legislatore [sul quale cfr. P. CARNEVALE, «Ecce iudex in ca(u)sa propria»: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario), in AA.VV., *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 65, richiamato da ultimo, proprio in relazione a tale vicenda, da A. MORELLI, *op. ult. cit.*, 7]. In particolare, tale «distinzione formale» si fonda, fra l’altro, sulla maggiore facilità per la Consulta di annullare una norma integrativa – intervenendo su di essa, anche nel senso della manipolazione, in veste di “giudice” *a quo* – piuttosto che doverla modificare in veste di “legislatore”, stante il più basso quorum *funzionale* (maggioranza dei votanti e non maggioranza assoluta dei componenti) richiesto nel primo caso (sul rilievo di tale distinzione sulla vicenda qui commentata. Va ricordato tuttavia come, oltre alla nota decisione n. 572/1990 (che nega valore di legge alle N.I. e sulla quale cfr. almeno P. CARNEVALE, «Ecce iudex...», cit., 61 ss.), più di recente – peraltro, con riguardo ai termini di procedibilità previsti dalle N.I. per la corretta instaurazione della fase di merito in sede di conflitto tra poteri – la Corte abbia espressamente escluso la possibilità di procedere ad una «disapplicazione *incidenter tantum* delle “norme integrative”, atteso che dette norme, in quanto espressione del potere di autoregolamentazione della Corte costituzionale previsto dall’art. 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), *possono essere modificate dalla Corte stessa, se e quando ne ravvisi la necessità*) (ord. n. 295 del 2006: nostro il c.vo). Va da sé che proprio la recente riforma delle N.I. rendeva ancor più improbabile un’inversione di rotta della Corte, quantomeno considerato che *era stata proprio la maggioranza assoluta dei giudici costituzionali – ancora in carica al momento della decisione sul Lodo Alfano – a confermare (e addirittura, come pare, ad irrigidire ulteriormente) il divieto di applicazione degli istituti dell’astensione e della ricasazione ai giudizi costituzionali non penali.*

(32) Va appena ricordato che «nella teoria dell’argomentazione l’uditorio non si definisce come l’insieme di coloro che ascoltano un discorso, quanto come l’insieme di coloro verso i quali è diretto il tentativo di persuasione» [così CH. PERELMAN, *Logique juridique* (1976), trad. it. a cura di G. Crifò, Milano 1979, 187, ma v. *passim*]. È evidente tuttavia che, anche laddove il tentativo *persuasivo* della Corte sia di volta in volta rivolto a specifici livelli di uditorio, l’obiettivo finale rimane pur sempre il consolidamento della propria immagine e l’allargamento della base di fiducia nutrita dall’“uditorio universale” nella indipendenza dei giudici costituzionali e nella loro capacità di rispondere, celermente e secondo “ragionevolezza”, alle istanze di giustizia costituzionale. Tale “uditorio” è inevitabilmente “idealizzato”, ovvero ricondotto all’idealtipo di un pubblico “attivo”, razionalmente capace di partecipare ad un dialogo comunicativo e di verificare e apprezzare l’esistenza delle c.d. condizioni ideali del discorso [sul concetto di “uditorio” in Perelman, cfr. almeno R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*, (1978), trad. it. a cura di M. La Torre, Milano 1998, 124 ss.].

(33) Il riferimento corre ovviamente alla relazione parlamentare dell’on. Fortis alla legge 17 luglio 1908, n. 438, sulle guarentigie della magistratura: «Né vuoi dimenticare che la *opinione* della giustizia è altrettanto necessaria della *realtà* della giustizia stessa, per formare e mantenere saldo il giudizio della sicurezza sociale e perché l’osservanza della legge e dei giudicati diventi norma costante dei rapporti tra i cittadini...» (vedila riportata in E. ZAPPALÀ, *Astensione e ricasazione. I) Astensione e ricasazione del giudice – dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, III, Roma 1988, 1).

le ragionevole sospetto non necessariamente corrisponda un *reale deficit* di terzietà del giudice rispetto all'oggetto della questione (34).

È chiaro poi che contro l'eventuale introduzione di tali istituti nei giudizi costituzionali non potrebbe essere invocata la necessaria garanzia di inamovibilità dei giudici costituzionali dal loro ufficio, posto che, anche ad ammettere la ricusazione di questi ultimi, dovrebbe comunque considerarsi necessaria una delibera in tal senso della stessa Corte. Né ci sembra più di tanto sostenibile la tendenza delle eventuali cause di astensione ipotizzabili a "mimetizzarsi" comunque con quelle di incompatibilità (35): queste ultime, infatti, operano in relazione all'intera attività del giudice costituzionale – e non limitatamente ad una specifica questione (36) – e nascono dallo svolgimento *attuale* di determinate attività o dalla contemporanea "copertura" di due uffici.

Al contrario, il sospetto di *parzialità* del giudice – chiamato ad astenersi e comunque ricusabile *in relazione alla specifica causa individuata* – potrebbe ricondursi a ipotesi fra loro eterogenee e, in particolare, all'esistenza non solo di rapporti *attuali* (di parentela, di debito/credito, etc.) fra il giudice (o, in alcuni casi, anche fra sua moglie e/o parenti) e soggetti implicati nella causa o relativi difensori (37), ma anche di un rapporto o di un fatto *pregresso* che possa comunque teoricamente gettare ombre sull'effettiva imparzialità del giudice [ad es., pronunciatosi già sulla questione in altro giudizio o in altra veste (es. avvocato, consulente, testimone)] (38). Infine, potreb-

(34) Si pensi ad esempio, alle ripercussioni generali che, nell'attuale contesto storico-politico, potrebbe avere sull'uditorio la sussistenza di un legame di parentela fra il giudice costituzionale e l'avvocato chiamato a patrocinare dinanzi alla Corte. Sul punto, è comunque significativo l'episodio riportato da G. VASSALLI, *Testimonianza*, in *Giorn. st. cost.* 11/2006, 59 s., il quale ricorda il «disagio» creato, «in una movimentata udienza presieduta da Gaspare Ambrosini», «da alcune intemperanze dell'avvocato Vittorio Ambrosini, il cui intervento imprevisto mise in imbarazzo il Presidente, suo fratello, che tuttavia superò anche quella prova». Per l'A. il periodo storico di riferimento risalirebbe «all'inizio degli anni sessanta». Tuttavia, salvo errore, l'episodio sembra doversi riportare alla causa definita con la sentenza n. 43 del 1957, relativa al c.d. confino di polizia, nella quale risulta chiaramente la presenza del giudice Gaspare Ambrosini e il patrocinio degli Avvocati Vittorio Ambrosini e Giuliano Vassalli.

(35) In tal senso, cfr. invece L. MEZZETTI - M. BELLETTI - E. D'ORLANDO - E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova 2007, 302.

(36) E per tale motivo chi ne è colpito è chiamato sostanzialmente a scegliere se far cessare (solitamente, una volta per tutte) la causa di incompatibilità che lo riguarda – ad esempio, nell'ipotesi in cui lo stesso risulti anche componente di una Camera – o dimettersi volontariamente dall'ufficio di giudice costituzionale, ferma restando comunque la facoltà del collegio di rimuoverlo per «gravi mancanze». In realtà, in ordine allo specifico profilo procedimentale – al di là del riconoscimento in capo alla sola Corte del compito di decidere sulle questioni relative all'incompatibilità dei suoi componenti (art. 14 Reg. gen.) – manca una disciplina appositamente dettata per consentire all'interessato di optare fra i due uffici incompatibili. Una siffatta lacuna ha spinto taluni a ritenere che addirittura una tale «opzione non vi possa essere e si dia luogo», *comunque*, «alla pronuncia della decadenza» (così G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 80). In realtà, in alcuni casi il problema potrebbe essere risolto direttamente dall'interessato (cenni in A. PIZZORUSSO, *Art. 134-139*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 157), risultando talora sufficiente la semplice *astensione sostanziale* dal compimento di una determinata attività, come può dirsi, ad esempio, in ordine al divieto di svolgere attività inerente ad una associazione o partito politico (art. 8 l. n. 87 del 1953). In altri casi sarebbe poi auspicabile che lo stesso giudice si attivasse in diverso modo per far cessare l'incompatibilità: si pensi al parlamentare che solleci la propria Camera di appartenenza a dichiararlo decaduto dal proprio ufficio di deputato o senatore. Tuttavia, in merito – sia pure con riferimento ai giudici aggregati, ma pur sempre nell'ambito delle c.d. incompatibilità *funzionali*, operanti nelle stesse situazioni individuate dall'art. 7 della l. 87/1953 per i giudici togati – può ricordarsi che, con la delibera del 6 maggio 1977, la Corte ha ritenuto sufficiente per i giudici titolari di funzioni pubbliche elettive «astenersi da ogni attività del loro ufficio».

(37) In tale specifico quadro, potrebbe configurarsi solo una parziale sovrapposizione di ipotesi con le cause di incompatibilità: si pensi al caso ovviamente pazzesco e illegittimo di un giudice che *continui* ad esercitare l'attività in un partito politico.

(38) Si potrebbe, in tal senso, pensare, al componente della Corte che si sia già espresso sulla questione in veste di giudice *a quo* o comunque in un giudizio "comune" che viene a dipendere dall'esito del processo costituzionale, in qualità di avvocato, etc. Ma, in tal senso, andrebbe considerata anche, sia pure problematicamente, la posizione di chi abbia contribuito ad approvare, in qualità di parlamentare, l'atto impugnato in giudizio o ne sia stato addirittura uno dei firmatari. Comunque sia, non è detto che in ciascuna di queste ipotesi debba essere individuata una corrispondente causa di astensione e ricusazione dei giudici costituzionali: si tratta infine di capire

bero individuarsi ipotesi diverse in cui comunque il giudice potrebbe avere comunque un “interesse nella causa” (39).

Né l’eventuale natura *erga omnes* degli effetti prodotti dall’atto impugnato è sufficiente a far ritenere che la posizione di un componente della Corte non possa mai essere *direttamente e specificamente* incisa dall’atto oggetto del giudizio (40); a maggior ragione, dovrebbe considerarsi l’ipotesi in cui si dubiti della legittimità costituzionale di una legge-provvedimento.

La riconsiderazione del problema dovrebbe peraltro riguardare anche lo stesso sindacato in via incidentale, per quanto possa risultare seria l’obiezione che fonda l’impossibilità di applicare in tale sede gli istituti dell’astensione e della ricsuzione proprio sul carattere *non contenzioso* di tale sindacato – sotteso, com’è da interessi generali – e, dunque, sulla conseguente mancanza al suo interno di un classico principio di “disponibilità” delle parti.

Sono fin troppo note le caratteristiche peculiari del contraddittorio che in esso può svolgersi per indugiare più del necessario sulle stesse: basti qui ricordare il ruolo di vero e proprio *dominus* svolto dalla Corte nel fissare le condizioni concrete di accesso al “suo” giudizio (41) e l’esistenza di un quadro complesso – e, per taluni, comunque ambiguo (42)] – che fa tuttavia tra-

se e fino a che punto debba considerarsi seriamente compromessa la possibilità di un giudice costituzionale di manifestare in tale veste una determinata opinione sulla causa qualora si sia già espresso ad altro titolo.

(39) Sulle cause di astensione dei giudici previste dall’art. 51, c.p.c. e sul c.d. «interesse politico del giudice», cfr. spec. R. ROMBOLI, *Astensione e ricsuzione. I) Astensione e ricsuzione del giudice – dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, III, Roma 1988, 2 s. Emerge peraltro in dottrina anche una pluralità di interpretazioni del c.d. «interesse nella causa», oscillanti fra un massimo di inclusività e atipicità (e considerando a tal fine qualunque situazione nella quale possa risultare turbata la serenità del giudizio) ed una chiave di lettura particolarmente restrittiva (che ne ravvisa l’esistenza nei soli casi in cui il giudice avrebbe avuto titolo per essere direttamente parte nel processo), passando per una soluzione intermedia (che considera a tal fine necessario e sufficiente il fatto che al giudice derivi dalla lite un danno o un vantaggio economico o materiale); cfr. R. ROMBOLI, *op. et ult. loc. cit.*; A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, 212 ss.; ID., *Astensione*, cit., 3120 ss. In ordine alle cause che fanno emergere l’obbligo di astensione del giudice nel giudizio penale – e che legittimano, insieme all’ipotesi prevista dal II c. dell’art. 37 c.p.p. la presentazione di un’istanza di ricsuzione ad opera delle parti – cfr. l’art. 36 c.p.p., in merito al quale si segnala incidentalmente quanto disposto dall’art. 1, c. I, del disegno di legge C. 1415, in tema di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali, approvato dalla Camera l’11 giugno del 2009 ed il cui esame è stato assegnato alla Commissione giustizia del Senato (S. 1611). In particolare, all’art. 36, I c., c.p.p. risulta aggiunta la lett. *h bis*, che individua una ulteriore ipotesi di astensione obbligatoria del giudice nel caso in cui il medesimo abbia rilasciato pubblicamente dichiarazioni relative al (“concernenti il”) procedimento affidatogli.

(40) V. sul punto le opportune considerazioni critiche di A. PERTICI, *Astensione*, cit., 3114 ss.

(41) Nel quadro di talune coordinate di fondo che val la pena di ricordare in estrema sintesi: a) la costituzione delle parti è solo *eventuale*: essendo sotteso comunque da un interesse *generale* che prescinde il caso concreto, il giudizio in via incidentale può essere ugualmente celebrato e definito anche in loro assenza; b) comunque sia, in taluni casi la costituzione delle parti non impedisce alla Corte di decidere direttamente in camera di consiglio (registrandosi qui un affievolimento del contraddittorio: per i casi in cui è possibile ora “saltare” la celebrazione dell’udienza pubblica, cfr. il novellato art. 9 N.I.); c) considerata la natura tendenzialmente *erga omnes* dell’atto impugnato – che potrebbe avere come riflesso la richiesta di partecipazione al contraddittorio di un numero indefinito di soggetti, tutti allo stesso modo “interessati” – la costituzione delle parti è stata consentita storicamente solo a soggetti, singoli o collettivi, la cui posizione “qualificata” in qualche modo poteva differenziarsi, sia pure per ragioni eterogenee, da quella di tutti gli altri possibili destinatari della norma oggetto della questione; d) tuttavia, le posizioni delle parti ammesse possiedono un grado quantomeno minimo di *tipicità*, per cui le argomentazioni svolte da queste finiscono, più o meno ampiamente, per coinvolgere anche i soggetti che non hanno accesso allo specifico giudizio della Corte, così da collocarsi in una prospettiva più ampia che tocca l’interesse generale all’espunzione di eventuali norme incostituzionali (sul punto, fra gli altri, cfr. specialmente R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985, 52 ss.); e) il giudizio in via incidentale non può comunque essere validamente incardinato laddove alle parti del giudizio *a quo* non sia stata notificata l’ordinanza di rimessione.

(42) Sull’ambiguità di un sistema che consente la prosecuzione del giudizio in via incidentale e, potrebbe aggiungersi, la partecipazione al relativo contraddittorio di una parte del giudizio *a quo* anche nel caso in cui quest’ultimo dovesse estinguersi, ma che contemporaneamente impedisce di considerare il primo validamente instaurato in mancanza della regolare notificazione alle parti dell’ordinanza con la quale viene sollevata la questione dinanzi alla Corte, cfr. G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in ID., *Le garanzie della Repubblica*, Torino 2009, 110 s. Sul punto – al di là del carattere più o meno desueto dello «strumento di se-

sparire in filigrana l'intrinseca e continua oscillazione fra *astratto* e *concreto* (nonché fra *singularità* e *tipicità*) rinvenibile nella natura di tale giudizio, nonché la stessa "doppia anima" della Corte.

In tale complessa prospettiva anche l'eventuale istanza di ricusazione finirebbe con il risultare trasformata nei suoi caratteri essenziali, risultando sì verosimilmente rivolta alla *difesa di un proprio diritto*, ma potendo anche realizzare un interesse più generale, ch'è quello di segnalare alla Corte le ipotesi in cui è messa in forse o appare addirittura manifestamente carente l'imparzialità del singolo giudice costituzionale, sì da consentire al collegio di "reagire" con strumenti adeguati.

L'assenza di un classico principio di "disponibilità" delle parti potrebbe in definitiva rivelarsi un'obiezione non esiziale, ove si consideri anche l'interesse *generale* della comunità sociale e politica a che le decisioni di un giudice costituzionale (a maggior ragione se aventi effetti *erga omnes*) siano caratterizzate dall'"imparzialità". In parallelo, si affianca poi lo stesso interesse della Corte a non delegittimarsi. Le due prospettive, in realtà, sono facce della stessa medaglia: il dover esser di una Costituzione – ovvero la necessità che i suoi valori siano considerati e giudicati appartenenti a *tutti* e non solo *ad una parte*, politica o sociale – diverrebbe un non senso se proprio l'organo di chiusura chiamato ad interpretarla/applicarla con particolare autorevolezza rinunciasse a dotarsi di strumenti idonei a fugare le eventuali ombre di parzialità incombenti sui suoi componenti.

Sarebbe in effetti paradossale affidare il compito di consolidare un'etica pubblica costituzionale – che è, in definitiva, una «macro-etica» e una «meta-etica» (43) – ad un organo i cui componenti approfittino eventualmente della propria funzione per *imporre* una particolare etica, singola o collettiva (o, ancor peggio, un interesse personale).

3. *La connessa questione legata alle esigenze di funzionalità del giudice delle leggi.*

Rimane infine da considerare la pragmatica questione connessa alle esigenze di funzionalità della Corte e, in particolare, al rischio che, in presenza di un *quorum* strutturale abbastanza elevato (pari a undici giudici su quindici), l'eventuale individuazione di cause di ricusazione e astensione obbligatoria possa costituire talvolta un fattore di blocco dell'attività decisoria, non potendosi disporre nei giudizi non penali di giudici supplenti.

lezione preliminare dei giudizi incidentali» (cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit. 227) previsto dall'art. 2, I e II c., N.I., in base al quale il Presidente della Corte, prima di procedere ai successivi adempimenti, deve accertare la regolarità dell'ordinanza e delle notificazioni, nonché delle comunicazioni – va infatti ricordato che la notifica alla parte privata viene considerata dalla Consulta un «essenziale adempimento» per la garanzia del diritto alla difesa in giudizio, la cui omissione costituisce un vizio grave che ridonda in inammissibilità della questione (cfr. ord. n. 202/1983), per quanto possa essere sanato qualora i soggetti interessati si siano comunque costituiti dinanzi alla Corte (si ricorda invece che, contraddittoriamente, il p.m., pur risultando necessario destinatario della notifica dell'ordinanza nei casi previsti dall'art. 23, non può costituirsi dinanzi alla Corte: su tale «ulteriore stranezza», cfr. G. SILVESTRI, *op. et loc. ult. cit.*, 110 s.). Tuttavia, siffatta "difesa", avente ad oggetto quantomeno la *possibilità di costituzione* delle parti del giudizio *a quo*, risulta infine funzionale anche alla necessità che, nello svolgimento di un sindacato sotteso da un interesse generale quale è in definitiva il sindacato in via incidentale, *alla Corte non risulti indebitamente preclusa la possibilità di valutare l'utilità degli apporti argomentativi eventualmente provenienti dalle parti*. Potrebbe dunque ritenersi, mutuando il linguaggio della scienza medica, che in tali casi l'effetto di "blocco" costituisca la risultante di una pluri-eziologia nella quale si riflette il binomio astratto/concreto che caratterizza tale tipologia di giudizio e che risulta conformato da un corrispondente quadro normativo composito e articolato. Analoga "complessità" presenta, del resto, la stessa formula sintetica che descrive come «facoltativi» (se si vuole: «eventuali»), ancorché «*potenzialmente necessari*» (cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 227) gli interventi svolti dalle parti nel sindacato in via incidentale.

(43) Per la definizione dell'etica pubblica costituzionale quale «meta-etica» (o etica *generale*) che «rende possibile e delimita tutte le altre etiche, individuali e collettive, nella società contemporanea multi-etnica, multi-religiosa e inter-culturale», cfr. A. SPADARO, da ultimo in *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino 2008, 160 ss. [nonché in *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in AA.VV., *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, V, Napoli 2009, 2007 ss.].

In realtà, mentre tali istituti per loro natura operano ovviamente in relazione alla singola causa, il vero pericolo per la funzionalità della Corte è da ricercare nei plurimi e notevoli ritardi che caratterizzano l'elezione parlamentare dei nuovi giudici costituzionali. Storicamente tale deprecabile prassi – che non costituisce invero un dato esclusivo dell'esperienza italiana – affievolisce innanzitutto quella “pienezza” di equilibrio e di collegialità cui risulta funzionale la diversa “estrazione” dei componenti il collegio e, infine, mette a rischio, nei casi-limite, lo stesso funzionamento della Corte (44).

Tali apprezzabili esigenze si rivelano dunque potenzialmente compromesse anche a prescindere dall'applicabilità nei giudizi costituzionali non penali degli istituti dell'astensione e della ricsuzione. Si tratta dunque di affrontare il problema di fondo ed eventualmente accertare se e quali correttivi introdurre per assicurare al meglio la funzionalità del collegio.

Si è proposta, ad esempio, una rivisitazione dei *quorum* (45), per quanto la questione richieda estrema prudenza. Non va dimenticato infatti che anche il rispetto di quello strutturale attualmente previsto consente appena di riprodurre l'equilibrio della composizione mista, assicurando la partecipazione alla decisione di giudici (o di almeno uno fra quelli) provenienti dalle tre diverse “estrazioni” (46). Tale garanzia fa corpo con la regola per cui le decisioni debbono essere adottate approvate dalla maggioranza assoluta dei votanti del collegio, nonché con l'obbligo di partecipazione dei giudici alla trattazione e decisione delle cause (salvo legittimo impedimento) e con la scelta di non istituire sezioni interne alla Corte.

Ma siamo complessivamente di fronte al *minimum* per non rinunciare definitivamente ad un *principio di collegialità inteso in senso forte*, attraverso il quale le decisioni adottate possano acquistare, almeno in teoria, una legittimazione più solida, fondata anche sulla forza del numero (oltre che, si spera, sulla correttezza del procedimento seguito e sulla persuasività delle argomentazioni utilizzate) (47).

(44) Sul tema, fra i contributi più recenti, cfr. R. PINARDI, *Prime osservazioni sul problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici costituzionali*, in AA.VV., *La composizione*, cit., 224 ss., e, da ultimo, A. PUGIOTTO, «Se non così, come? E se non ora, quando?». *Sulla persistente mancata elezione parlamentare di un giudice costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it* (22 ottobre 2008)].

(45) Si pensi alla proposta di abbassare il *quorum* strutturale alla maggioranza assoluta (dunque: da undici ad otto giudici), con la conseguenza che, in presenza del numero minimo, sarebbero comunque necessari cinque voti su otto (e non più sei su undici) per l'adozione della decisione: cfr. A. PERTICI, *Astensione*, cit., 3114, il quale peraltro guarda con favore all'ulteriore idea che tale maggioranza assoluta possa essere addirittura calcolata sul numero dei giudici effettivamente in carica. V. tuttavia le preoccupate riflessioni di A. RUGGERI-A.SPADARO, *op. cit.*, 55, i quali rilevano più in generale come già adesso il *quorum* funzionale minimo di sei giudici consenta di concentrare «un enorme potere (...) in un numero così esiguo di persone», tal che «in assenza di adeguati “pesi e contrappesi” (...) nessun sistema costituzionale reggerebbe di fronte a tale possibilità».

(46) Sul nesso di strumentalità fra il divieto di astensione o ricsuzione e la garanzia della composizione mista della Corte che richiede ed assicura un contributo di più esperienze alla formazione del giudizio, cfr. G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, *Il sindacato incidentale*, Napoli 1957, spec. 157 ss. In particolare, per l'A. anche attraverso tale divieto la costituzione del collegio sarebbe resa «del tutto indipendente dalle vicende e dalle iniziative personali dei giudici e delle parti». Di fondo, dunque, non vi sarebbe solo «la preoccupazione di non poter giudicare ove vengano ricsutati tanti giudici da far scendere al di sotto di undici il numero dei componenti disponibili, ma anche (...) l'esigenza di lasciare immutata la formazione dell'organo che giudica sulla legge e che, per la delicatezza delle sue funzioni, non deve essere mutato per effetto di iniziative, sia delle parti che dei giudici. Infatti, se si fosse voluto ovviare all'inconveniente della impossibilità di funzionare, la ricsuzione e l'astensione si sarebbero potute ammettere nei limiti del numero di quattro giudici in modo da garantire la presenza degli undici necessari».

(47) Si consideri peraltro che il *quorum* strutturale stabilito dall'art. 16 delle legge n. 87 del 1953 si giustifica, secondo i lavori preparatori della legge n. 87 del 1953, alla luce dell'esigenza pratica «di evitare la paralisi dell'organo nei casi di legittimo impedimento temporaneo dei giudici». Sulla base di tale premessa – e alla luce del principio costituzionale di precostituzione del giudice – ad esempio, si è ritenuta «non sufficientemente motivata l'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 16 l. n. 87 del 1953 che permette di applicare la disciplina prevista per i casi di impedimenti occasionali all'interno anche a casi di impedimenti non occasionali all'esterno», quali gli stessi ritardi nell'elezione dei nuovi giudici, «aprendo in questo modo una strada ad interferenze arbitrarie» (così J. LUTHER, *I giudici costituzionali sono giudici naturali?*, in questa *Rivista*, 3/1991, spec. 2490 ss., 2496:

Certo, nei casi estremi, *il principio di continuità* del funzionamento di un organo costituzionale – che verrebbe maggiormente garantito da un abbassamento del *quorum* [o da una *prorogatio in extremis* (48)] – è destinato infine a prevalere sull'esigenza della piena collegialità. Allo stesso modo, per il prestigio e l'autorevolezza della Corte può essere preferibile consentire l'adozione di una decisione ad un collegio più "ristretto" piuttosto che integrare quest'ultimo con i residui giudici sospettati di presumibile faziosità (49).

Si tratta tuttavia di capire se l'introduzione degli istituti dell'astensione e della ricusazione dei giudici costituzionali possa avvenire evitando di innescare una "tensione" sproporzionata fra le diverse esigenze in gioco.

Sul punto, al di là dell'eventuale "nuovo corso" del principio di immutabilità del collegio, non v'è dubbio che si debba in qualche modo intervenire sulla tempistica relativa alla elezione dei giudici costituzionali ad opera del Parlamento in seduta comune, sia pure con tutti i limiti che caratterizzano le soluzioni fin qui prospettate dalla dottrina.

Si potrebbe innanzitutto stabilire che l'elezione dei giudici costituzionali avvenga poco prima della scadenza di quelli da "sostituire" (sebbene non negli ultimi mesi della legislatura) e, al contempo, richiedere al Capo dello Stato un esercizio più deciso – ancorché non necessariamente risolutivo – dei suoi poteri "a difesa" della Corte costituzionale (50).

ivi utili approfondimenti sui valori procedurali e sostanziali che renderebbero normalmente necessaria la pronuncia da parte dell'intero *plenum*). La conseguenza di tale diversa posizione – disattesa peraltro dalla Corte con l'ordinanza del 12 ottobre 1971 – sarebbe tuttavia non già la possibilità di scendere al di sotto del *quorum* strutturale, quanto, piuttosto il blocco dell'attività della Corte pur laddove, in seguito al ritardo del Parlamento in seduta comune, venga a mancare uno solo dei quindici giudici.

Va considerato, tuttavia, che il congiunto operare della normativa sul processo costituzionale e della prassi consolidatasi nel tempo ha portato in diversi casi alla creazione di veri e propri cavalli di Troia capaci di esporre dinamiche teoricamente interne al collegio al rischio di interferenze esterne. E ciò vale anche, come si è visto, per il c.d. legittimo impedimento dei giudici costituzionali.

(48) Opportunamente si è notato che l'eventuale reintroduzione della c.d. *prorogatio* – attualmente prevista per i soli giudizi di accusa e comunque fino all'esaurimento del singolo giudizio (dunque, *ad acta* e non *ad munus*) – garantirebbe la Corte dal rischio di eventuali "blocchi" della sua attività (continuando il giudice "scaduto" ad integrare *ad interim* il collegio in attesa dell'elezione del nuovo), ma potrebbe addirittura costituire un alibi rassicurante per l'inerzia parlamentare, esibendo dunque un pericoloso effetto "di ritorno" (sul quale, v. R. PINARDI, *op. ult. cit.*, 230) e comunque sostanzialmente consentendo al singolo giudice di esercitare un mandato «che finirebbe con l'essere sottoposto ad un termine non più a disposizione della legge, ma a disposizione delle maggioranze richieste dall'attuale disciplina» (su tale ultimo aspetto, cfr. A. MANGIA, *La durata del mandato dei giudici costituzionali*, in AA.VV., *La composizione*, cit., spec. 138). Peraltro, quantunque tale "rimedio" possa consentire quantomeno di salvaguardare anche in via transitoria l'equilibrio e il pluralismo nella composizione della Corte, è chiaro che lo stesso appare insufficiente anche nella prospettiva di assicurare il ricambio necessario a far scorrere nuova linfa "sociale" nelle vene della Corte e di "aggiornarne" gli equilibri politici alla luce di quelli di volta in volta presenti in Parlamento. Di recente, poi, si è sottolineata la necessità di riportare il Parlamento in seduta comune nel solco del principio di leale collaborazione con la Corte facendo valere «l'obbligo gravante sul suo Presidente di "convocare il Parlamento riunito e di far ripetere ininterrottamente gli scrutini senza sospendersi e senza porre termine alla seduta fino a quando non si sia prodotta la maggioranza richiesta"» (cfr. A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*). La questione richiama alla mente le critiche rivolte dall'on. Sturzo nei confronti della scelta dell'on. Gronchi, allora Presidente del Parlamento in seduta comune, di non obbligare l'assemblea a votare fino al raggiungimento della nomina, «a costo di farla sedere giorno e notte». In particolare, il primo giudicava l'avvenuto *rinvio* delle sedute «un gesto umano verso novecento persone», ma «non un gesto legale»: su tale vicenda cfr. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano 1981, 204, nt. 23.

(49) Su tale considerazione, cfr. nuovamente A. PERTICI, *Astensione*, cit., 3113.

(50) La valorizzazione del ruolo del Presidente della Repubblica potrebbe muoversi in direzioni diverse. Considerando la buona prova di equilibrio fornita fin qui dal Capo dello Stato nella nomina dei "propri" giudici costituzionali, si è proposta, ad esempio, l'attribuzione a quest'ultimo, ovviamente *de iure condendo*, di un potere di *supplenza* – da esercitarsi evidentemente con estrema prudenza – nella nomina dei nuovi giudici la cui elezione spetterebbe teoricamente al Parlamento in seduta comune, qualora quest'ultimo non adempisse al suo preciso dovere costituzionale entro il termine previsto dalla legge (cfr. da R. PINARDI, *op. ult. cit.*). Ora, al di là della specificità di tali proposte, è comunque ineludibile l'esigenza che il Presidente della Repubblica *osi* di più nella difesa delle prerogative della Corte costituzionale: oltre una certa soglia, infatti, non sembra per nulla giustifica-

In secondo luogo, è chiaro che l'individuazione di ipotesi nelle quali il giudice costituzionale ha l'obbligo di astenersi e può essere ricusato da una delle parti deve avvenire con estrema prudenza ed in chiave di eccezionalità, assicurando comunque, quali esigenze insuperabili, il rispetto dell'equilibrio nell'anima composita della Corte e la partecipazione al giudizio di un numero comunque congruo di componenti. In tal senso, probabilmente l'eventuale abbassamento del *quorum* strutturale dovrebbe giustificarsi, quale *extrema ratio*, solo se circondato da una serie di cautele e strutturato quale "minimo mezzo".

In particolare, con una modifica delle norme sul processo costituzionale, potrebbe stabilirsi che il *quorum* strutturale scenda a dieci, ma solo *laddove sia già scaduto il mandato di almeno due giudici e comunque fino alla elezione dei nuovi componenti*, richiedendosi comunque un *quorum* funzionale minimo di sei giudici. Certo, anche tale "rimedio", evidentemente, non si sottrae al rischio di una strumentalizzazione da parte delle forze politiche, quantunque forse il pericolo risulti in tal caso minore rispetto a quanto potrebbe dirsi a proposito della *prorogatio*. In ogni caso, la soluzione qui proposta garantirebbe alla Consulta sufficienti *chances* di continuare a svolgere la sua attività anche nei casi-limite. Peraltro, l'approvazione delle decisioni richiederebbe proficuamente una maggiore compattazione del collegio effettivamente giudicante, in modo da garantire che le decisioni di un organo di chiusura del sistema risultino comunque fondate sulla scelta di un numero minimo congruo di componenti. E ciò, peraltro, senza la necessità di riconoscere all'inerzia parlamentare il privilegio di trasformare di fatto la carica a termine di un giudice costituzionale in un mandato *sine die ad quem*, come invece sostanzialmente accadrebbe nell'ipotesi di *prorogatio*.

ALESSIO RAUTI*

bile il fatto che agli eventuali messaggi del Capo dello Stato (magari sollecitati dalle preoccupazioni degli stessi giudici costituzionali manifestate per tramite del rispettivo Presidente) non segua un intervento più incisivo (si pensi alla stessa convocazione straordinaria delle Camere), fino all'*extrema ratio* costituita dallo scioglimento di queste ultime per violazione persistente di uno specifico ed essenziale dovere costituzionale gravante su di esse (ma sui poteri del Presidente della Repubblica e sui limiti che inevitabilmente incontra in tali situazioni v. già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 667; J. LUTHER, *I giudici costituzionali*, cit., 2498, nt. 49). Certo, ove ai moniti e poi agli insistiti richiami del Capo dello Stato seguisse effettivamente l'adozione di tale misura ultimativa è chiaro che in tal modo *la funzionalità della Corte non solo non verrebbe garantita nell'immediato, ma paradossalmente potrebbe risultare ulteriormente compromessa* (dovendosi attendere l'elezione delle nuove Camere e confidare nella celerità di queste ultime). È vero, tuttavia, che siamo di fronte ad uno di quei casi in cui taluni poteri devono prima o poi essere esercitati *proprio per non dover ritrovarsi in futuro e ciclicamente nelle stesse situazioni che ne richiederebbero attualmente l'utilizzo*. In breve, un uso più deciso di tale potere potrebbe alla lunga e una volta per tutte "raddrizzare" la prassi dei ritardi fin qui invalsa, senza necessariamente mettere a rischio la figura del Presidente più di quanto potrebbe invece dirsi per l'esercizio, di volta in volta, dei suoi eventuali poteri di *supplenza*. Insomma, il "dover essere" costituzionale non può cedere alla comoda (ancorché realistica) obiezione per cui il corpo elettorale potrebbe tranquillamente riconfermare al potere le stesse forze politiche dimostrate "inadempienti" in passato e capaci di perpetuare anche in futuro una palese violazione dei doveri posti dalla Carta in capo al Parlamento in seduta comune.

* Ricercatore di *Diritto costituzionale* nell'Università *Mediterranea* di Reggio Calabria.