CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Discipline giuridiche

CURRICULUM
Discipline pubblicistiche

CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO
XXXII

Titolo della tesi

I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale. Nuove tendenze sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale

Andrea Giubilei
Candidato

Chiar.mo Prof. Carlo Colapietro
Tutor

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi
Coordinatore

Anno accademico
2018-2019

INDICE

pag.

Introduzione IV

CAPITOLO I

CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE:
IL GRADUALE E INEVITABILE ALLONTANAMENTO
DALLE "IDEOLOGIE DEL COSTITUENTE"

1. Premessa. Il venir meno della supremazia della legge 1

2. Il "privilegio" di un giudice *ad hoc* a salvaguardia della discrezionalità legislativa 7

   2.1 Segue. L'originaria diffidenza verso la magistratura ordinaria e il ripudio del controllo diffuso di costituzionalità 11

   2.2 Segue. L'efficacia delle pronunce della Corte costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente e nella legislazione attuativa 20

3. L'allontanamento dal modello teorico: il potenziamento degli strumenti operativi quale prima e principale forma di ampliamento del vocabolario della Corte costituzionale, nella ricerca di un dialogo con il legislatore 26

   3.1 L'interpretazione 31

   3.2 La manipolazione 41

      3.2.1 La dottrina delle "rime obbligate" 48

   3.3 *In medio stat virtus*? L'ipotesi delle additive di principio 52

CAPITOLO II

L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE DI GARANZIA COSTITUZIONALE E IL RISPETTO DELLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA: L'INCIDENZA DEL FATTORE TEMPORALE SULLA SCELTA DELLE TECNICHE DECISORIE

1. Il rilievo dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 nel giudizio di legittimità costituzionale 59

2. La funzione teleologica della Costituzione e la validità della legge 63

   2.1 L'estensione del sindacato di legittimità sulla discrezionalità legislativa: l'erroneo o il mancato perseguimento dei fini costituzionali 70

3. L'omissione legislativa come scelta discrezionale: la tutela dei diritti negati e il riconoscimento di diritti nuovi 75

   3.1 La funzione integrativa della Corte costituzionale quale segno dell'attuale avvicinamento tra la funzione di garanzia e la funzione di direzione politica 82

4. Il peso dello scorrere del tempo nelle pronunce della Corte costituzionale 87

   4.1 L'incostituzionalità accertata ma non dichiarata 88

      4.1.1 Dalle pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa… 93

      4.1.2 … al successivo accoglimento della questione in caso di inerzia del legislatore 101

   4.2 La gradualità nel tempo dell'incostituzionalità 106

5. Quando l'epilogo è preannunciato: le potenzialità delle additive di principio e le cause del loro insuccesso 110

CAPITOLO III

LA CORTE COSTITUZIONALE E L'*EXTREMA RATIO*: IL DIFFICILE CONTEMPERAMENTO TRA IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE E IL SUPERAMENTO DEL LIMITE DELLE "RIME OBBLIGATE"

1. Principio di legalità penale, discrezionalità legislativa e Corte costituzionale 118

2. La proporzionalità della pena 126

   2.1 La sentenza n. 236 del 2016 e l'abbandono del *tertium comparationis* per dichiarare l'incostituzionalità della pena 132

   2.2 L'inerzia legislativa quale causa del graduale superamento delle "rime obbligate": la sentenza n. 222 del 2018 140

   2.3 Stupefacenti e anomalie sanzionatorie: la sentenza n. 40 del 2019 e il consolidamento delle "nuove tendenze" sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale 149

3. Rivoluzioni di metrica: verso un possibile superamento delle rime "obbligate", in favore delle più flessibili rime "adeguate" 157

4. Il reato di aiuto al suicidio e l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale 166

   4.1 Una nuova tecnica decisoria? La Corte accerta l'incostituzionalità, non la dichiara e rinvia l'udienza nell'attesa di un (auspicato) intervento legislativo 176

   4.2 La sentenza n. 242 del 2019 e l'asserita preminenza della legalità costituzionale sul rispetto della discrezionalità legislativa 184

5. Sui "nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale", alla luce delle potenzialità insite nella tecnica decisoria utilizzata per il c.d. "caso Cappato" 190

Bibliografia 194

Introduzione

Non vi è dubbio che le riflessioni su quali siano i possibili confini della funzione di garanzia costituzionale abbiano radici estremamente profonde, risalenti alle origini del diritto costituzionale e della sua giustizia. D'altronde, era proprio questo il cuore del dibattito politico all'interno dell'Assemblea costituente, quando vi fu necessità di delineare la conformazione della nascitura Corte costituzionale e di stabilire la posizione che essa avrebbe assunto nell'ordinamento, in particolare nel suo rapporto con il potere legislativo.

Questa considerazione, forse scontata, tuttavia è utile per sviluppare una premessa. Per quanto risalenti possano essere le prime teorizzazioni sui limiti di intervento della Corte, ogni periodo storico si caratterizza per un orientamento, una tendenza sulle modalità con cui la giurisprudenza costituzionale si rapporta con la discrezionalità legislativa. Ognuna di queste fasi rappresenta il perfezionamento di quella precedente, diventando, a sua volta, la base per quella successiva; per cui, ripercorrere questo immaginario *file rouge* consente di cogliere al meglio quale sia la posizione che la Corte occupa all'interno dell'architettura costituzionale.

Ebbene, dall'analisi della giurisprudenza più recente emerge come, al momento, la Corte costituzionale stia attraversando una fase inedita. O quantomeno mai come oggi sono emerse quelle potenzialità *innovative* che caratterizzano il sindacato di legittimità costituzionale e che richiedono di ripensare profondamente il suo ruolo nel rapporto con l'esercizio della funzione legislativa.

Le ragioni sono molteplici e richiedono il dovuto approfondimento.

Come per ogni analisi, è opportuno prendere le mosse dal passato. Così, nella prima parte del lavoro, si partirà dalle origini, dalle prime teorizzazioni sulla giustizia costituzionale e dai lavori dell'Assemblea costituente, al cui interno furono elaborate quelle fondamenta teoriche su cui poi verrà costruito il controllo di legittimità costituzionale. L'analisi riguarderà, in primo luogo, le ragioni che hanno portato a prediligere il sindacato *accentrato* di costituzionalità e, in secondo luogo, le scelte relative agli *effetti* da attribuire alle decisioni della

Corte e alle loro ripercussioni sull'attività legislativa. Entrambi gli elementi, infatti, delinearono un modello estremamente rigido, volto a garantire quel "privilegio" che si voleva riservare al legislatore nella scelta del giudice delle *sue* leggi, tenuto ad operare in un contesto immaginato per limitare il più possibile l'innegabile potenziale creativo insito nel giudizio di legittimità costituzionale. Com'è noto, ciò costrinse la Corte a distaccarsi dal modello teorico elaborato e allontanarsi dalle "ideologie del Costituente", dando vita a una prassi estremamente ricca e variegata, con inevitabili ripercussioni sulla natura delle proprie decisioni. Sfruttando l'intrinseca politicità delle norme costituzionali, la Corte è riuscita a svincolarsi dal ruolo meramente negativo che le era stato attribuito, cominciando, in maniera graduale ma costante, ad elaborare nuove e diverse tecniche decisorie.

Descrivere l'evoluzione di tali tecniche rappresenta un passaggio obbligato e fondamentale per comprendere in che modo essa abbia instaurato e condotto il suo dialogo con il legislatore, nella ricerca di un rapporto maggiormente collaborativo, i cui esiti non sempre sono stati fruttuosi. Un'analisi che non può prescindere, in particolare, da un opportuno approfondimento delle decisioni di natura *manipolativa*, con particolare attenzione alle c.d. "additive di principio", una tecnica decisoria che continua a destare interesse proprio poiché la sua ragion d'essere risiede nel tentare di preservare la discrezionalità legislativa, nell'ottica di un giusto compromesso tra la manipolazione e il rispetto degli equilibri istituzionali.

Con il secondo capitolo, si inizierà ad entrare nel cuore del lavoro in oggetto, approfondendo la relazione che intercorre tra la funzione di garanzia costituzionale e la funzione legislativa. Prendendo le mosse da un'analisi sul ruolo dell'art. 28 della l. n. 87/1953 nel giudizio di legittimità costituzionale, si passerà poi ad analizzare le modalità in cui la discrezionalità legislativa è entrata nei giudizi della Corte, spesso condizionando in maniera determinante la scelta in favore dell'accoglimento o dell'inammissibilità delle questioni sottoposte al suo sindacato.

L'obiettivo di tale analisi sarà quello di giungere a trattare una prassi ormai definitivamente consolidata nella giurisprudenza costituzionale. Con frequenza

sempre maggiore, si riscontra la combinazione tra due diverse pronunce che, sebbene relative alla medesima questione, si concludono con esiti profondamente differenti, la cui ragion d'essere sembrerebbe consistere, a ben vedere, nel tempo che trascorre tra l'una e l'altra nell'infruttuosa attesa di un intervento legislativo.

Difatti, spesso accade che un dubbio di costituzionalità si risolva – in un primo momento – con una decisione di inammissibilità dovuta al fatto che la soluzione della questione richiederebbe necessariamente un intervento da parte del legislatore. Trattasi dei casi in cui, anche a fronte di una rilevata incostituzionalità – per quanto embrionale – le soluzioni astrattamente idonee a rinstaurare la legittimità delle norme viziate sono più di una; in altri termini, quando manca una c.d. "rima obbligata" a giustificazione di una pronuncia di natura manipolativa. In tal caso, infatti, si è sempre ritenuto che la scelta tra le diverse soluzioni possibili rientrasse nell'ambito della discrezionalità legislativa. La conseguenza che si verifica in tale circostanza è che la Corte, escludendo la possibilità di un mero accoglimento, decida di dare precedenza all'esercizio concreto della discrezionalità del legislatore; accompagnando la propria decisione con un vero e proprio ammonimento nei confronti di quest'ultimo, volto a sollecitare un suo intervento per ripristinare la legittimità costituzionale violata. Si tratta di quelle ipotesi, da sempre ritenute problematiche, caratterizzate da un epilogo preannunciato, in cui la Corte costituzionale accerta l'incostituzionalità, ma non la dichiara, per il timore di sconfinare nell'ambito di scelte riservate alla discrezionalità legislativa.

Date queste premesse, sembrerebbe allora opportuno approfondire quelle recenti decisioni in cui la Corte sceglie di tornare sui propri passi ed accogliere questioni precedentemente dichiarate inammissibili per rispetto della discrezionalità legislativa, pur nella perdurante presenza di molteplici soluzioni astrattamente compatibili con la Costituzione, la cui scelta – che si è sempre ritenuta tradizionalmente riservata al legislatore – viene autonomamente effettuata dalla Corte, per scongiurare le ripercussioni più gravose della fatale combinazione tra il peso dello scorrere del tempo e l'inerzia legislativa.

Successivamente, il lavoro intende concentrarsi su quel ramo del diritto in cui i confini della discrezionalità legislativa dovrebbero risultare più difficili da valicare, essendo rigidamente governato dal principio di legalità e dalla presenza di una stringente riserva di legge: quello penale. Si tratta di un ambito in cui, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale più recente sembra mostrare la sua maggiore originalità. Difatti, complici le carenze e le sproporzioni del diritto penale contemporaneo, la Corte ha recentemente adottato numerose decisioni di estremo interesse, in alcuni casi di del tutto singolari.

Degno di nota è il ricco filone giurisprudenziale sulle anomalie sanzionatorie. Non vi è dubbio, infatti, che le scelte sui minimi e massimi edittali rientrino tradizionalmente nella piena discrezionalità del legislatore penale. Eppure, anche in tale ambito, la Corte mostra un interventismo sempre maggiore. Basti pensare all'orientamento avviato con la sentenza n. 236 del 2016 – in cui viene abbandonato l'elemento del *tertium comparationis* per dichiarare l'incostituzionalità di un trattamento sanzionatorio illegittimo – o alle innovazioni apportate dalle sentenze n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019.

Proprio queste ultime hanno segnato una sorta di "rivoluzione di metrica", alla luce della quale la Corte dichiaratamente ha deciso di poter prescindere dalla presenza di un'unica soluzione compatibile con la Costituzione ai fini di un accoglimento manipolativo della questione, con il conseguente superamento delle tradizionali "rime obbligate", in favore delle più flessibili "rime adeguate".

Nell'ultima parte del lavoro, si proveranno a sviluppare alcune considerazioni, sul solco delle riflessioni condotte nei capitoli precedenti e che non potranno prescindere – sempre per rimanere nell'ambito penale – dalla nota ordinanza n. 207 del 2018, sul c.d. "caso Cappato", che rappresenta un vero e proprio *unicum* negli oltre sessant'anni di attività della Corte costituzionale. Potrebbe parlarsi, a tal riguardo, di una nuova tecnica decisoria, caratterizzata da un inedito rinvio della decisione sulla questione di legittimità, la cui ragion d'essere risiede nell'intento di collaudare uno strumento di collaborazione con il legislatore, per garantire il rispetto della legittimità costituzionale e, al contempo, dell'esercizio della discrezionalità legislativa.

La necessità di un contingentamento dei tempi posta in essere con tale decisione – emersa però anche in altri casi analoghi – evidenzia come lo scorrere del tempo renda via via più gravosa la presenza nell'ordinamento di una illegittimità costituzionale già rilevata, in principio ritenuta *tollerabile*. Con il protrarsi dell'inerzia legislativa, la legalità costituzionale, che in un primo momento è risultata recessiva rispetto alla necessità di dare la precedenza al rispetto della discrezionalità del legislatore, con il tempo finisce per prevalere. In altri termini, la fattispecie che oggi non può essere dichiarata incostituzionale potrebbe essere dichiarata tale in futuro e non perché cambino i presupposti della questione, ma perché il mancato intervento legislativo ha reso non più tollerabile l'esistenza della disciplina illegittima nell'ordinamento, palesando, in questo modo, la natura graduale dell'incostituzionalità.

Pur nella difficoltà di poter individuare dei confini stabili a delimitazione degli ambiti riservati alla discrezionalità del legislatore, si ritiene che le limitazioni che il giudice delle leggi incontra nell'esercizio delle sue funzioni non possano essere ragione di inosservanza del principio di legittimità costituzionale, un *valore preminente* che deve governare il bilanciamento tra la funzione legislativa e la funzione di garanzia costituzionale, destinata necessariamente a prevalere sulla prima. Da questo punto di vista, l'opportunità che si cela nell'utilizzo di una tecnica come quella dell'ordinanza n. 207 del 2018 (o sarebbe meglio dire: nel suo consolidamento) consiste nella possibilità di indicare un termine oltre il quale l'incostituzionalità non è più tollerabile, arginando così i tempi dell'incertezza e garantendo che detta preminenza del principio di legittimità costituzionale non rimanga compromessa *sine die*.

CAPITOLO I

Corte costituzionale e legislatore: il graduale e inevitabile allontanamento dalle "ideologie del costituente"

1. *Premessa. Il venir meno della supremazia della legge*

Sin dagli albori della giustizia costituzionale, vi è stata la preoccupazione di individuare i confini operativi per l'organo chiamato a giudicare sulla legittimità delle leggi. Un timore che era forse comprensibile, se si considera che l'affermarsi delle costituzioni rigide nel sistema delle fonti ha rivoluzionato in maniera radicale gli equilibri istituzionali vigenti in precedenza, richiedendo la predisposizione, negli ordinamenti, di una funzione che veniva considerata potenzialmente antagonistica rispetto a quella legislativa[1].

Non vi è dubbio che il passaggio dalla flessibilità alla rigidità delle carte fondamentali abbia ridimensionato profondamente il ruolo della legge nel sistema. In regime di costituzione flessibile, infatti, benché esistesse formalmente un atto normativo ritenuto quale "legge fondamentale", quest'ultimo si trovava di fatto a concorrere con la legge ordinaria, essendo

[1] Sul punto, cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, 8 ss. Come nota l'Autore, tuttavia, anche in epoca precedente all'entrata in vigore della Costituzione non sono mancati opinioni favorevoli all'applicazione di un sindacato di legittimità delle leggi, come quella espressa da S. PANUNZIO, *Rivoluzione e Costituzione*, Milano, 1933, 206 ss., secondo cui «la stessa differenziazione giuridica fra leggi costituzionali e leggi ordinarie, porta con sé e di per sé la necessità di un giudizio e di un organo di giudizio per "accertare" se vi sono nella materia gli estremi o no della legge costituzionale». Individuava, così, nel Consiglio di Stato – da riformare in connessione con il Consiglio delle Corporazioni – il possibile organo deputato al controllo di costituzionalità. Un sintomo del successivo parallelismo tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, particolarmente in voga negli anni successivi all'approvazione della Costituzione, caratterizzati da una valorizzazione delle affinità tra i vizi della legge e i vizi dell'atto amministrativo, che porterà ad elaborare la figura del c.d. "eccesso di potere legislativo" (su cui si tornerà più approfonditamente *infra*, cap. II, § 2). Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 165 ss. e 183 ss. Per alcune considerazioni successive all'entrata in vigore della Costituzione, cfr. ID., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 41 ss.; più recentemente, cfr. G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387 ss.

quest'ultima collocata al medesimo rango normativo. Basti pensare al grado di vincolatività che, in età prerepubblicana, possedeva lo Statuto albertino del 1848, costituzione dalla natura notoriamente flessibile[2], la cui vigenza non riuscì a mettere in discussione la primarietà e l'assolutezza del potere legislativo, a cui lo stesso Statuto restava subordinato. Così, come osservava risolutamente la dottrina dell'epoca, «il potere legislativo ha facoltà piena ed intera di fare tutte le leggi che crede opportune, e che nessun limite gli può venire dallo Statuto»[3]; con l'evidente conseguenza per cui la contrarietà di una legge allo Statuto non era, di per sé, fonte di incostituzionalità[4].

---

[2] La ragione della natura flessibile dello Statuto albertino viene quasi unanimemente rinvenuta nella mancanza, tra le disposizioni statutarie, della previsione di un procedimento speciale di revisione costituzionale. Fra tutti, cfr. S.M. CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, 2 ss., il quale, tuttavia, evidenzia come la rigidità costituzionale sia più che altro una *conseguenza* della previsione di un procedimento aggravato di revisione della Costituzione, frutto di una scelta dei costituenti. Più recentemente, sulle ragioni della flessibilità (in particolare nel caso dello Statuto albertino), cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto Albertino e di qualche altra costituzione*, Padova, 1996, 10 ss. e 42 ss., secondo cui le norme che prevedono un procedimento *ad hoc* per la revisione costituzionale rappresenterebbero invece una mera *conferma* della rigidità di una costituzione scritta, la quale, in ogni caso, deve ritenersi in sé e per sé superiore alle leggi ordinarie. E ciò varrebbe, quindi, in particolare per lo Statuto albertino, un atto costituzionale unitario contenuto in un documento scritto, che si autoqualifica come "legge fondamentale" e "perpetua" ed è caratterizzato da disposizioni dalla portata prescrittiva, idonea a vincolare anche il legislatore.

[3] Così G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1871, 140 ss., che prosegue evidenziando che «quando si tratti di riformare lo Statuto medesimo, non essendovi disposizioni formali per regolare tale atto, il potere legislativo rimane pienamente libero di procedere a tutte le riforme statutarie che la nazione reclami». Si vedano, altresì, F. RACIOPPI – I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, I, 50 ss. che, riferendosi alla autoqualificazione dello Statuto quale legge «perpetua e irrevocabile» (presente nelle ultime parole del Preambolo), altrettanto risolutamente evidenziano che «a gran torto si è voluto da taluni scorgere in quelle parole il divieto giuridico di recare eventuali emendamenti nella suprema legge del Regno. Nulla è eterno nel mondo, e men che altre cose le costituzioni politiche». Gli Autori proseguono poi evidenziando che, «se è buon consiglio politico di toccarle […] con la lima e non con l'accetta, il vietarne le modificazioni equivarrebbe, in diritto a porre una *obligatio impossibilium*, nulla per sé stessa, ma in fatto a sbarrare imprudentemente le vie legali autorizzando e scusando l'appello alle illegalità e alle rivoluzioni».

[4] Sotto la vigenza dello Statuto Albertino, l'illegittimità della legge poteva derivare, al più, da vizi di natura procedimentale o in altre ipotesi particolari (ad esempio, qualora si trattasse di leggi adottate per un'occasione determinata e ormai superata). Ma in nessun caso – evidenzia sempre G. SAREDO, *op. ult. cit.*, 146 – i magistrati potevano «ergersi a censori del potere legislativo» e contestare la giustizia della legge. Motivo per cui, se anche con lo Statuo Albertino gradualmente si cominciò ad affermare una forma di controllo giurisdizionale sulla validità delle leggi, esso rimase comunque solo di natura formale, in quanto la magistratura poteva limitarsi a vagliare l'autenticità della legge o la regolarità della procedura seguita. Sul punto, cfr. O. RANELLETTI, *Istituzioni di Diritto pubblico. Il nuovo Diritto pubblico italiano*, Padova, 1931, 292 ss., che evidenziava come il giudice, nell'applicazione della legge, dovesse prescindere da valutazioni in merito alla sua giustizia o alla sua opportunità, ma al contempo si discostava da quanti ritenevano che la promulgazione del Re impedisse una valutazione dei giudici sul rispetto delle condizioni procedurali. Al contrario, egli riteneva necessario controllare se la promulgazione fosse avvenuta legalmente. Ciò quindi imponeva, secondo l'opinione

Tali posizioni risentivano, inevitabilmente, delle elaborazioni teoriche che avevano accompagnato l'affermazione dello Stato di diritto: esso segnò un'inversione nel rapporto tra *potere* e *norma*, tale per cui iniziò a non essere più il primo ad imporsi sulla seconda, ma il contrario. Con il passaggio dal *Machtsstaat* (quale "Stato sotto la forza") al *Rechtsstaat* (cioè lo "Stato sotto il diritto)[5], la legge diviene presupposto e fondamento di ogni attività dei pubblici poteri, portando all'affermazione del *principio di legalità* quale criterio ispiratore delle democrazie liberali sviluppatesi nel corso dell'Ottocento. Un principio che, in particolare, voleva garantire – e lo vuole tuttora – che l'amministrazione e il potere giudiziario si uniformino alla volontà generale, di cui la legge è espressione[6]. In tale contesto, quindi, quest'ultima svolge la funzione di «atto regolativo supremo e irresistibile al quale, in linea di massima, non è opponibile alcun diritto più forte, quale ne sia la forma e il fondamento»[7].

In tale contesto, la centralità istituzionale del Parlamento e quella normativa della legge ordinaria non potevano essere ostacolate dal rispetto di una regola giuridicamente superiore, in grado di condizionare la discrezionalità del primo e la validità della seconda.

Ben presto, tuttavia, la legge si rivelò non più idonea a funzionare esclusivamente come strumento attivo di regolazione, necessitando di diventare

---

dell'Autore, un controllo dei giudici sia sulla corrispondenza tra il testo approvato dalla Camera e quello approvato dal Senato, sia sulla regolarità delle procedure di promulgazione e pubblicazione.

[5] Su cui si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 20 ss. Secondo l'Autore, con l'avvento dello Stato di diritto, l'elemento dello sviluppo di un nuovo modello organizzativo si collocherebbe in secondo piano. Ad essere rivoluzionaria è, piuttosto, l'affermazione di un *valore*, cioè «l'eliminazione dell'arbitrio nell'ambito delle attività facenti capo allo Stato e incidenti sulle posizioni dei cittadini»; tipica connotazione dello Stato liberale di diritto.

[6] Con l'avvento dello Stato di diritto, infatti, la legge assume una portata centrale all'interno degli ordinamenti non solo per la funzione ordinatrice chiamata a svolgere, ma anche perché ritenuta diretta *espressione della volontà generale*. Non poteva più ammettersi che l'attività normativa fosse il frutto di una manifestazione di potere da parte di corpi particolari o semplicemente il mezzo per il perseguimento degli interessi individuali del Sovrano. La legge doveva avere, al contrario, una portata generale e una natura astratta, in modo da potersi rivolgere alla collettività. E allora, un simile atto non poteva che promanare dall'unico soggetto concretamente interessato a perseguire fini generali, cioè il popolo. Esso, in quanto sottoposto alle leggi, doveva esserne anche «il facitore», secondo il noto insegnamento di J.J. ROUSSEAU, *Du contract social*, 1762, II, VI.

[7] Così G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 24. In particolare, alla legge non sarebbe opponibile «né il potere di eccezione del Re e della sua amministrazione, in nome di una superiore "Ragion di Stato"; né la disapplicazione da parte dei giudici o la resistenza dei singoli in nome di un diritto più alto (il diritto naturale o il diritto tradizionale) o di diritti particolari (i privilegi locali o sociali)».

essa stessa un *atto passivo*, oggetto di regolazione. Un'esigenza sentita ancor più fortemente nell'Europa che si affacciava al secondo Novecento, ove si avvertiva l'esigenza di abbandonare i legami con il costituzionalismo del passato e con il mito liberale dell'onnipotenza parlamentare, che si esprimeva nella finzione di ritenere che «ogni imposizione legislativa si presentasse agli individui sotto l'aspetto dell'autoimposizione, ogni limite apportato per legge alla libertà e alla proprietà si risolvesse in un autolimitazione». La «sventurata "parentesi" totalitaria», infatti, palesò quanto fosse ingannevole tale ricostruzione, giacché l'onnipotenza parlamentare e la sovranità della legge «non valsero certo a garantire le libertà»[8]. Una costituzione rigida si presentava, allora, come la soluzione in grado di porre un limite alla stessa legge ordinaria.

Non solo. La rigidità costituzionale presentava anche l'evidente potenzialità di ricondurre ad unità i particolarismi che caratterizzano le società contemporanee e l'eterogeneità delle esigenze che esse sono chiamate a fronteggiare. E questo perché in un simile contesto, di riflesso, anche gli interventi legislativi sono sempre più mirati e particolari, supportati spesso da mere necessità contingenti e transitorie, che portano ad una moltiplicazione verticale e orizzontale delle fonti del diritto, dando vita ad un sistema potenzialmente, ma anche pericolosamente, incoerente[9].

Ebbene, sono state queste le esigenze – di ordine storico e giuridico – che hanno rappresentato il terreno fertile per l'affermarsi della rigidità costituzionale. Grazie ad essa, infatti, è stato possibile sintetizzare, in «principi e valori sostanzialmente unitari», quella molteplicità che l'affermarsi del *pluralismo* ha portato con sé[10], racchiudendola all'interno di un atto al riparo da

[8] Così C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, cit., 138 ss.
[9] Sulla necessaria tendenza verso la coerenza e l'unità del sistema, pur nella fisiologica presenza di una molteplicità di norme potenzialmente foriere di antinomie (e di disordine), cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova, 1961, I, 285 ss. Sul punto, l'Autore infatti afferma che sebbene, in linea di fatto, le antinomie siano inevitabili, «è pur vero che, in linea di logica giuridica, non ce ne dovrebbero essere: bisogna, cioè, che trovino composizione, affinché l'ordinamento sia veramente tale, come la parola esprime, ordine e non disordine, sistema coerente ed unitario, e non coacervo di norme contraddittorie».
[10] Così G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 34. Ogni costituzione, infatti, rappresenta «il luogo di definizione di opzioni assiologicamente connotate, anche (e forse soprattutto) laddove si ponga come momento di sintesi della pluralità sociale e abbia come fine l'integrazione inclusiva»; così F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sulla dimensione funzionale dei doveri pubblici*, in *federalismi.it*, n. 2/2015, 5.

possibili future aggressioni da parte del legislatore e delle mutevoli forze politiche di cui, di volta in volta, esso è espressione[11]. Dare una connotazione rigida, più solida, alle nuove costituzioni che sono state approvate in Europa durante il secolo scorso ha risposto ad un'esigenza di *coerenza* che le costituzioni flessibili ottocentesche non erano state in grado di perseguire in maniera adeguata. Un'esigenza che rappresenta una necessità deontologica, propria di ogni ordinamento, che si esprime nella tendenza all'unità e all'omogeneità delle fonti normative, affinché esse possano dare vita ad un ordine sistematico e non contraddittorio[12].

Per raggiungere un simile obiettivo è stato necessario – come si anticipava – che anche le fonti normative venissero, a loro volta, *ordinate*. E tale esigenza ha portato all'elaborazione di quei testi normativi fondamentali, superiori rispetto alla legge ordinaria, non solo per la solidità e la primarietà dei valori e dei principi racchiusi al loro interno, ma anche e soprattutto perché garantiti dal variare degli intenti del legislatore futuro, su due piani distinti: da una parte, con la presenza di un procedimento aggravato per la revisione costituzionale (quale garanzia di *conservazione*); dall'altra, con l'introduzione di un controllo sulla conformità dell'attività normativa ordinaria a quanto previsto dalle disposizioni costituzionali (quale garanzia di *osservanza*)[13].

Questa nuova conformazione ha stravolto radicalmente il sistema delle fonti e la sua gerarchia, ponendo al vertice una norma in grado di conformare a sé

---

[11] D'altronde, è questo il principale fine che persegue la rigidità costituzionale, soprattutto se intesa in senso *formale*, come evidenziato da C. LAVAGNA, *Le costituzioni rigide*, Roma, 1964, 88 ss. Secondo l'Autore, infatti, «scopo della rigidità è […] di far sì che ogni modifica della costituzione sia realmente rispondente alle mutate esigenze politiche, sociali o semplicemente tecnico-giuridiche e non frutto di avventate decisioni o di colpi di mano di momentanee maggioranze».

[12] Cfr. F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019, 32 ss. Sul passaggio dell'unità dell'ordinamento giuridico da sua condizione di esistenza ad obiettivo da raggiungere per assicurare eguaglianza e libertà nelle società pluraliste contemporanee, cfr. G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000, 52 ss.

[13] Sul punto, cfr. C. LAVAGNA, *op. ult. cit.*, 64 ss. Secondo l'Autore, le garanzie "di conservazione" «tendono a cristallizzare determinati principi e rappresentano quindi un aspetto statico della costituzione»; si tratta quindi di quelle disposizioni volte a vietare alcune modifiche del testo costituzionale o a regolare la forma del procedimento di revisione. Le garanzie "di osservanza" della costituzione, invece, rispondono «ad un principio dinamico, tendendo a far sì che ogni attività sia svolta conformemente a quei principi»; in particolare, trattasi sia dei mezzi volti ad assicurare l'*attuazione* delle norme costituzionale (nei casi in cui è richiesto), sia delle garanzie di *applicazione*, che consistono in quelle norme rivolte ad evitare la violazione della costituzione (come quelle sul sindacato delle leggi).

l'ordinamento e che si caratterizza per una connotazione che, nei secoli precedenti, si riteneva prerogativa esclusiva della legge ordinaria. Le nuove costituzioni pluralistiche, infatti, divengono *espressione della volontà generale*, quale risultato di un alto compromesso di natura politica e sociale[14].

In questo modo, è venuto meno il mito della supremazia della legge ordinaria, che aveva caratterizzato i secoli precedenti e l'originaria affermazione dello Stato di diritto. Da atto onnipotente e detentore del monopolio nella produzione giuridica, le legge diviene infatti un atto subordinato, tenuto al rispetto di un parametro *più alto*, in grado di condizionarne la validità[15]: la fonte superiore, che risponde alla sopra menzionata esigenza di indirizzare coerentemente le scelte normative – per loro natura molteplici e complesse – possiede inevitabilmente la valenza di *limite* per l'attività del legislatore, nel duplice senso di «limite da non oltrepassare» e di «limite da raggiungere»[16].

Di conseguenza, la funzione legislativa risulta condizionata positivamente (e teleologicamente) dalla Costituzione. Non vi è dubbio, infatti, che essa fissi dei

[14] Sul punto, si veda *supra*, nota n. 6. Si considerino anche le riflessioni di G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I: Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 47-48, secondo cui, in passato, i corpi sociali agivano ciascuno nel proprio interesse «e la costituzione era il risultato di tanti accomodamenti, di tanti *status* prodotti da storie particolari. La costituzione pluralistica è invece lo sforzo comune di dettare, attraverso un *compromesso*, un disegno sociale e politico generale» (corsivo aggiunto). Una simile differenza porta con sé delle conseguenze profonde. Nei secoli precedenti, ciascun corpo sociale agiva per la propria autotutela e per migliorare la propria posizione relativa. Invece, con l'avvento della costituzione e quindi del «patto generalizzato» in essa consacrato, viene meno «la tensione potenzialmente distruttiva legata alla lotta per la sovranità». La sfera costituzionale può così sorreggersi autonomamente. Ma ha bisogno di un organo imparziale che si occupi di farla vivere e rispettare. Proprio questo segnerà l'avvento della *giustizia costituzionale*.

[15] Cfr. R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, 20 ss.

[16] Così F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 1000. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, 177-179. Sui limiti del potere, l'Autore evidenzia che «se […] il diritto è sistema, se il criterio informatore del sistema, quello che lo fa tale, precede il complesso dei vari atti statali, perché li origina e ne condiziona la validità, se ancora, a garantire la connessione di essi al sistema e l'identità di questo, non è sufficiente il semplice rispetto di limiti esterni, ma occorre altresì la rispondenza positiva degli atti stessi con il criterio predetto, e quindi l'armonizzazione dei medesimi con questo e fra loro, non pare possa contestarsi il vincolo, di cui si parla, di convenienza e di adeguazione al sistema, dell'attività degli organi supremi»; tra cui anche quello legislativo. Si veda altresì P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000, 238 s., che evidenzia come «l'avvento del costituzionalismo contemporaneo si è tradotto in una diversa costruzione della gerarchia tra le fonti del diritto, che ha sottoposto il "libero" potere di normazione primaria non ad una superiore istanza politica, ma al diritto risultante dalla costituzione».

fini e dei principi volti ad orientare e limitare la funzione legislativa[17]. Se questo vale, forse in maniera più evidente, per le cosiddette norme costituzionali "programmatiche"[18], vale altresì per la Costituzione complessivamente considerata. Anzi, come sostenuto da autorevole dottrina, può dirsi che la natura stessa della funzione legislativa sia rivolta «al perseguimento del fine specifico di sviluppare, svolgere e realizzare i principi, i programmi e i fini disposti dalla costituzione»[19].

2. *Il "privilegio" di un giudice* ad hoc *a salvaguardia della discrezionalità legislativa*

La presenza nell'ordinamento di una norma in grado di limitare il libero svolgimento dell'attività normativa ha come implicazione logica, prima che giuridica, la necessaria predisposizione di un sistema per controllare che tale limite non venga oltrepassato. Questa esigenza ha segnato l'origine della *giustizia costituzionale*, funzione deputata alla protezione e alla garanzia della Carta fondamentale, quale corollario della rigidità costituzionale.

---

[17] Sul punto – su cui si tornerà più diffusamente nel secondo capitolo del presente lavoro – si vedano, *ex multis*, C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 263-266; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. ita.*, 1960, V, 1100 ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 29 ss., 65 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 71 ss.; G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 391 ss.

[18] Cioè quelle che esprimono «lo spirito di riforma» della Costituzione, poiché dettano il programma di riforma sociale la cui futura attuazione compete al legislatore; su cui cfr. P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 49 ss. Più in generale, sull'efficacia delle norme di programma presenti in Costituzione, si vedano M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, cit., 29 ss. e V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*, ma spec. 48 ss.

[19] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, II, 344. Secondo l'Autore, infatti, la legislazione rappresenta il contenuto necessario e imprescindibile della costituzione, che ne identifica il nucleo sostanziale o materiale (*ivi*, 158 ss.). Poiché, se è vero che la costituzione può ritenersi una forma di normazione istantanea, puntuale, irripetibile o difficilmente ripetibile, essa richiede necessariamente un elemento che ne garantisca la prosecuzione, l'estensione o, in altri termini, una «manifestazione continuativa». Risulta necessario, quindi, «prevedere una forma ordinaria di mantenimento e sviluppo della costituzione […]. In tal senso, nonostante l'apparente paradosso, può dirsi che sia piuttosto la legislazione ordinaria *ut sic*, che non la legislazione costituzionale, a costituire prosecuzione della volontà costituente» (*ivi*, 159 s.).

Difatti, in mancanza di una garanzia giurisdizionale della Costituzione, se cioè il suo rispetto fosse rimesso alla mera "buona volontà" del legislatore[20], senza la possibilità di garantire l'osservanza delle disposizioni costituzionali dall'esterno, difficilmente la Costituzione riuscirebbe ad esercitare la propria forza condizionante sull'ordinamento. D'altronde, come avvertiva già Kelsen, gettando le fondamenta teoriche sulla giustizia costituzionale per i secoli successivi, «una costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria»[21].

In Italia, dopo l'esperienza dello Statuto albertino – che, come già anticipato, non era stato in grado di evitare i sovvertimenti istituzionali e le politiche liberticide del periodo fascista – si ritenne opportuno porre al riparo i valori consacrati all'interno della nuova Costituzione, evitando che essi restassero nella piena disponibilità di maggioranze occasionali, anche se espressione del legislatore democraticamente eletto. Tuttavia, per perseguire tale obiettivo, vi era bisogno di un controllo che vertesse, non solo sul rispetto degli obblighi procedurali sulla normazione, ma anche sulla legittimità *sostanziale* della legge rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento[22]. Tale esigenza, riflesso della

[20] Come prospettava problematicamente J.-E. SIEYÈS, *Convenzione nazionale. Opinioni di Sieyès sulle attribuzioni e l'organizzazione del giurì costituzionale, proposta il 2 termidoro [20 luglio 1795] pronunciata alla Convenzione nazionale il 18 [5 agosto] dello stesso mese l'anno III della Repubblica* (1795), in G. TROISI SPAGNOLI (a cura di), *Opere e testimonianze politiche. Scritti editi,* Milano, 1993, 811 ss. In tali dichiarazioni, si evidenzia l'importanza di individuare un organo deputato ad assicurare l'obbligatorietà delle disposizioni costituzionali. Poiché, come osservava Sieyès, «una Costituzione, o è un corpo di leggi obbligatorie, o non è niente. Se si tratta di un corpo di leggi, ci si domanda dove sarà la magistratura di un tale codice» (*ivi*, 814). E prosegue ammonendo: «ci si nutre di illusioni se si spera sulla fedele osservanza di una legge che non ha altra garanzia che la buona volontà» (*ivi*, 819).

[21] Così H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, 1928, edizione italiana a cura di C. GERACI, Milano, 1981, 199. Nell'impostazione dell'Autore, l'annullamento degli atti incostituzionali non implica solamente il conferimento di una maggiore «forza obbligatoria» al testo costituzionale, in linea con quella rigidità che – da un punto di vista "formale" – è garantita da un procedimento aggravato di revisione. La previsione di una giurisdizione costituzionale deve essere apprezzata anche «in quanto assicura la formazione costituzionale delle leggi ed in particolare la loro *costituzionalità materiale*» (*ivi*, 202; corsivi aggiunti). In questo modo, essa rappresenta «un mezzo di protezione efficace della minoranza contro gli abusi della maggioranza. Il dominio di quest'ultima è sopportabile solo se viene esercitato in modo regolare. […] Se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare quest'idea».

[22] Cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 8 s., che evidenziano come *un vero* sistema di giustizia costituzionale non possa limitarsi ad accertare la regolarità della procedura seguita, «dovendo talvolta sanzionare *tout court* l'illegittimità

presenza di una norma gerarchicamente superiore nel sistema delle fonti, ha aperto una breccia nel muro dell'insindacabilità delle scelte parlamentari, superata dall'opposta *sindacabilità della legge*, quale «conseguenza dei timori per l'instabilità politica e i rischi connessi, che il pluralismo introduce nella vita politico-parlamentare»[23].

Alla luce di tali premesse, possono intuirsi facilmente le preoccupazioni che accompagnarono i costituenti sull'ampiezza dei poteri dell'organo chiamato a giudicare sulla legittimità delle leggi[24]. In particolare, quando si trattò di delineare i tratti principali dell'inedita funzione di garanzia costituzionale, l'Assemblea costituente tentò di salvaguardare il più possibile la centralità istituzionale del Parlamento. Il che portò, anzitutto, alla luce di una concezione "gerarchica" della separazione dei poteri, a scartare l'idea di attribuire diffusamente al potere giudiziario il compito di poter annullare gli atti del potere legislativo, facendo così prevalere la posizione di quanti vedevano nell'istituzione di un organo speciale di garanzia costituzionale la soluzione migliore per salvaguardare la discrezionalità del legislatore[25].

In secondo luogo, i costituenti agirono cercando di limitare e predeterminare gli *effetti delle pronunce* della nascitura Corte, per arginare quel potenziale creativo che si intuiva avrebbe manifestato, in futuro, il giudizio di legittimità

---

sostanziale della legge in relazione ai valori fondanti, e dunque "supremi", dell'ordinamento dato, quale che sia la procedura seguita, foss'anche quella aggravata di revisione».

[23] Così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I: Storia, principi, interpretazioni*, cit., 48. Secondo gli Autori, questa esigenza di predisporre un controllo sulla legittimità della legge non rappresenta l'effetto di una condizione critica in cui versa l'ordinamento. In altri termini, il fatto che sia presente, nell'ordinamento, una forma di protezione della Costituzione non vuol dire che essa sia costantemente in pericolo. Anzi, la giustizia costituzionale sarebbe espressione di «un ordinamento fondamentalmente stabile nelle sue linee portanti; un ordinamento nel quale, tuttavia, a causa dell'elevato numero di forze costitutive e dell'imprevedibilità delle loro coalizioni, possono sorgere rischi […] "dentro il sistema"». Questo vuol dire che la giustizia costituzionale non rappresenta una «garanzia "primaria"» della Costituzione, bensì una «garanzia "secondaria"»: non si tratta di difendere l'esistenza stessa della Costituzione, ma di preoccuparsi «della sua manutenzione, del suo funzionamento ordinario».

[24] Questo non vuol dire, tuttavia, che prima dell'avvio dei lavori dell'Assemblea costituente il problema relativo all'ampiezza di tali poteri fosse sconosciuto alla dottrina giuridica. Anzi, «l'idea di un supremo giudice delle leggi […] era andata mietendo simpatie sempre crescenti, e si trovava naturalmente associata, in quasi tutti i programmi dei partiti, negli scritti più o meno specialistici, a quella rigidità costituzionale, concepita a sua volta secondo un modo di sentire generalmente condiviso, come il fondamentale principio al quale si sarebbe dovuto informare il nuovo ordinamento»; così C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*. *Le ideologie del Costituente*, cit., 1 s.

[25] Su cui v. *infra*, § 2.1.

costituzionale[26]. Questo nuovo giudizio venne allora immaginato secondo uno schema logico di tipo "causa-effetto", come un'operazione quasi meccanica di compatibilità, di raffronto tra un parametro superiore (la Costituzione) e uno inferiore (la legge)[27]. L'art. 136 Cost., nella sua versione definitiva, rappresenta il frutto di questa esigenza di *prevedibilità* degli effetti derivanti dalle decisioni della Corte, dal momento che esso prevede solamente la possibilità di adottare una pronuncia di accoglimento della questione di costituzionalità; presupponendo, implicitamente, la pronuncia di rigetto nel caso in cui la Corte dovesse ritenere, al contrario, la questione infondata.

Entrambi gli elementi sopra brevemente illustrati – cioè la scelta per il sindacato accentrato di costituzionalità e la predeterminazione della secca alternativa tra accoglimento e rigetto della questione – delinearono un modello estremamente rigido, per garantire al legislatore il "privilegio" di vedere assicurate la *certezza* e la *stabilità* delle proprie statuizioni, al riparo da indebiti sconfinamenti da parte del nuovo organo chiamato a giudicare sulla legittimità delle leggi. Un intento "ingenuo" che, di lì a poco, avrebbe mostrato la sua irrealizzabilità[28].

Difatti, com'è noto, già con le sue prime decisioni, vi fu un allontanamento dal modello astratto e la Corte costituzionale iniziò a svincolarsi dalla possibilità di intervenire sull'oggetto del suo giudizio esclusivamente con decisioni di segno negativo, elaborando, in maniera graduale ma costante, nuove e diverse tecniche decisorie in grado di incidere in maniera pro-positiva sull'ordinamento.

[26] Su cui v. *infra*, § 2.2.
[27] Cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, Napoli, 2013, 36 ss. Sul punto, cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 337 ss.
[28] Così F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 48.

2.1. *Segue. L'originaria diffidenza verso la magistratura ordinaria e il ripudio del controllo diffuso di costituzionalità*

Partendo dal presupposto – alquanto condiviso – di dover individuare una forma di garanzia giurisdizionale della nascitura Costituzione, quale unica soluzione possibile per assicurare la rigidità che le si voleva conferire, l'Assemblea costituente si divise tra coloro che erano favorevoli all'istituzione di un Tribunale costituzionale e coloro che, al contrario, prediligevano una forma di controllo diffuso[29].

Com'è noto, nel primo caso si persegue un'esigenza centripeta, volta a centralizzare il controllo di costituzionalità in un organo istituito *ad hoc*, con il compito di annullare le leggi incostituzionali; nel secondo caso, invece, prevale un'esigenza centrifuga, giacché ogni giudice, nel momento in cui si trova a dover dare applicazione ad una legge nel corso di un giudizio, ha il potere di rilevarne i vizi di legittimità e disapplicarla in caso di contrasto con la Costituzione, con efficacia *inter partes*.

Nonostante le profonde divergenze applicative, tali modelli hanno una radice comune, poiché si svilupparono per fronteggiare la medesima esigenza, cioè quella di assicurare la natura fondamentale e obbligatoria delle costituzioni. Ciò valse senza dubbio per il modello diffuso, di matrice statunitense, come può riscontrarsi a partire dallo storico insegnamento del *Chief Justice* John Marshall, espresso tra le righe della sentenza *Marbury v. Madison* del 1803, laddove si afferma che la superiorità di una Costituzione scritta implica necessariamente che, in caso di contrasto con la legge, «sia la Costituzione, e non la legge ordinaria, ad essere applicata al caso in questione»[30]. Quindi, secondo tale

[29] *Ivi*, 20 ss. Sul punto, cfr. anche C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, cit., 3, secondo cui, il sindacato accentrato e quello diffuso costituirono «le due sponde ideali della contesa». Tuttavia, secondo l'Autore, negli studi di quel periodo non era chiaramente avvertita «la difficile problematica e le molteplici implicazioni di ordine teorico connesse alla scelta tra i vari modelli evocati, considerati addirittura, in più di un caso, alla stregua di semplici strumenti alternativi, relativamente fungibili, perché tutti univocamente convergenti verso il fine di garantire che il potere legislativo ordinario non avesse a travalicare i limiti ad esso imposti dalla Carta costituzionale».

[30] Il testo tradotto della sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) è reperibile sul sito *www.giurcost.org*. Tale decisione, che ha segnato l'avvento del *judical review of legislation* di matrice statunitense, è stata oggetto di numerose riflessioni da parte della dottrina – anche dell'epoca – giacché ha rappresentato una prima forma di controllo sulla legittimità

impostazione, la presenza di una legge fondamentale all'interno dell'ordinamento ha come conseguenza logica la necessaria disapplicazione delle norme subordinate per assicurare la prevalenza delle disposizioni costituzionali. Per tale ragione, il *judical review of legislation* si ritiene *implicito* nel sistema, quale naturale conseguenza della vigenza di una "norma superiore"[31].

La medesima esigenza, cioè quella di assicurare la superiorità delle disposizioni costituzionali, ha segnato anche la nascita e lo sviluppo del modello accentrato. In questo caso, però, la sua affermazione non è stata "naturale" ma – se così può dirsi – "artificiale". In particolare, con l'affermarsi del costituzionalismo, iniziò a diffondersi in Europa l'idea secondo cui fosse necessario predisporre un sistema di controllo sul rispetto dei limiti che le costituzioni pongono all'esercizio del potere pubblico, affinché essi non rimanessero solo "sulle Carte". Tuttavia, a differenza di quanto avvenne oltreoceano, si ritenne che tale inedita funzione necessitasse di un riconoscimento *positivo*[32]. Infatti, complice l'illuministica diffidenza verso la magistratura, nel continente europeo prevalse la posizione di chi immaginava di istituzionalizzare un tribunale o una corte in cui accentrare l'esercizio del controllo di costituzionalità, escludendo l'eventualità di attribuire tale funzione ai giudici comuni.

costituzionale delle leggi. Nel tempo, essa è stata presa come fondamento circa l'opportunità o meno del controllo sull'attività legislativa da parte del potere giudiziario; su cui si veda, in particolare, M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931, 44 ss., le cui posizioni riuscirono a trovare un'eco – per quanto rimasto essenzialmente inascoltato – anche nell'Assemblea costituente italiana (v. *infra*, nota n. 40).

[31] Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I: Storia, principi, interpretazioni*, cit., 26.

[32] Alcune interessanti conferme di questa impostazione, prevalsa nel Continente europeo e segnatamente diversa rispetto a quella che invece si era *diffusa* negli Stati Uniti, sono illustrate da M. BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957, 47 ss. L'Autore, pur rilevando che il progetto sul controllo costituzionale di Sieyès fosse quello più elaborato e completo, ne riporta uno di poco precedente, ovvero quello dell'Abate Brun de la Combe. Per quel che interessa maggiormente in questa sede, è interessante constatare che quest'ultimo – alla luce di quanto riporta Battaglini – vedeva nella costituzione dei popoli «un insieme di leggi e di organi in cui ogni parte ha il suo posto e il suo compito determinato». Per tale ragione – ed è questo il punto – «è proprio nella costituzione stessa che occorrerà trovare un organo che possa rimettere al proprio posto gli organi che siano sfuggiti ai confini ad essi assegnati». Trattasi di una funzione che, quindi, a ben vedere, non può ritenersi "implicita" nel sistema, ma richiede un'opportuna positivizzazione.

Possono prendersi in considerazione, a tal riguardo, le affermazioni dell'abate J.-E. Sieyès che, già sul finire del XVIII secolo, proponeva l'istituzione di un "*jurie constitutionnaire*" per svolgere il ruolo di guardiano della nuova Costituzione, a cui affidare tre differenti compiti: vegliare fedelmente sul mantenimento del lascito costituzionale; occuparsi, «al riparo da passioni funeste», delle proposte sul perfezionamento della Costituzione; infine, mettere a disposizione della libertà civile una risorsa di equità naturale, nelle occasioni gravi in cui la legge posta a tutela dei diritti abbia dimenticato la sua giusta garanzia[33]. A tal riguardo, in linea con le posizioni dottrinarie all'epoca prevalenti, egli escludeva l'ipotesi di affidare simili funzioni alla magistratura civile; fare altrimenti avrebbe voluto dire ridimensionare l'importanza della Costituzione, ridotta a un semplice «titolo di codice civile»[34].

Tale impostazione rappresentò il punto di partenza per la definizione di un modello che poi avrà fortuna nell'Europa continentale e nel resto del mondo[35]; un modello che prevede – a differenza di quanto avvenuto in negli Stati Uniti –

---

[33] Cfr. J.-E. SIEYÈS, *Convenzione nazionale. Opinioni di Sieyès sulle attribuzioni e l'organizzazione del giurì costituzionale*, cit., 813 ss. Alla luce di questi tre diversi compiti, Sieyès delinea la triplice natura del giurì costituzionale, che egli considera, allo stesso tempo: «tribunale di cassazione dell'ordinamento costituzionale»; «laboratorio di proposizione per gli emendamenti che il tempo potrebbe esigere per la Costituzione»; «supplemento di giurisdizione naturale, nei vuoti della giurisdizione positiva».

[34] *Ivi*, 814. Non è un caso che nella Costituzione dell'anno III (1795), approvata in Francia a poco più di un mese di distanza da tali dichiarazioni di Sieyès, viene rimarcata la rigida separazione tra la funzione legislativa e quella giurisdizionale. Di conseguenza – per ciò che rileva maggiormente in questa sede – si esclude la possibilità di una qualsiasi forma di sindacato da parte del potere giudiziario sulle leggi del Corpo legislativo, laddove viene stabilito che «i giudici non possono ingerirsi nell'esercizio del potere legislativo, né fare alcun regolamento. Essi non possono fermare o sospendere l'esecuzione di una legge, né citare davanti ad esse gli amministratori per ragioni inerenti alle loro funzioni» (art. 203). Il testo della *Constitution du 5 Fructidor An III* è consultabile sul sito internet del *Conseil constitutionnel*, *www.conseil-constitutionnel.fr*.

[35] Fu in particolare nell'Austria del 1920 – anche grazie agli insegnamenti di Kelsen (su cui v. *infra*, nota successiva) – che venne collaudata una delle prime manifestazioni del modello accentrato, con l'istituzione del *Verfassungsgerichtshof*. Con essa veniva centralizzato il controllo di costituzionalità. Non solo i giudici comuni venivano espressamente esclusi dal giudizio sulla validità delle leggi (cfr. art. 89 *B-VG*), ma inizialmente non potevano neanche adire la Corte, giacché la questione di costituzionalità poteva essere sollevata esclusivamente da organi di natura politica: il Governo federale e i Governi dei *Länder*. Solo con la revisione costituzionale del 1929 (in particolare con la modifica dell'art. 140 *B-VG*) vennero aggiunti, nel novero dei soggetti legittimati ad adire il *Verfassungsgerichtshof*, anche la Corte suprema di giustizia per le cause civili e penali e la Corte suprema per le cause amministrative. Per tale ricostruzione, cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 92 ss. Per la traduzione italiana del *Bundes-Verfassungsgesetz*, cfr. F. PALERMO (a cura di), *"Codice" di Diritto costituzionale austriaco*, Verona, 1998, 33.

l'istituzione di una giurisdizione esclusiva, deputata al controllo delle leggi e all'*annullamento dell'atto incostituzionale*[36].

Da queste posizioni partì anche l'Assemblea costituente che, come anticipato, si trovò a dover delineare le future conformazioni della funzione di garanzia costituzionale, dividendosi sui due modelli sopra brevemente illustrati.

In seno all'Assemblea, i (pochi) sostenitori del modello diffuso[37] vedevano nell'istituzione della Corte costituzionale – e più in generale nel controllo di costituzionalità – una compromissione del principio di *legittimazione popolare del potere*, dal momento che essa avrebbe avuto la possibilità di annullare gli atti

[36] Sul punto, fra tutti, cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 171 ss. Si tratta di una funzione che, secondo l'Autore, deve essere affidata – per l'appunto – ad un organo istituito *ad hoc*. A tal riguardo, egli evidenzia infatti che «l'organo legislativo si considera in realtà libero creatore del diritto e non organo che lo applica, vincolato dalla costituzione, mentre in teoria lo è, sia pure in misura relativamente limitata. Non è quindi possibile contare sullo stesso parlamento per realizzare la sua subordinazione alla costituzione. Il compito di annullare i suoi atti incostituzionali va affidato ad un organo diverso, indipendente da esso, e da qualunque altra autorità statale, cioè ad una giurisdizione o tribunale costituzionale». L'uso di simili termini non è casuale, poiché per Kelsen quello dell'annullamento delle leggi è un compito prettamente *giuridico*, riguardante la corretta interpretazione della Costituzione. Egli ritiene che tale funzione sia solo in misura esigua creazione del diritto: «annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di *segno negativo*, e quindi una funzione legislativa» (*ivi*, 173). Ma la differenza con l'attività del legislatore è evidente: la Corte annulla una legge in applicazione della Costituzione, mentre il legislatore agisce liberamente. Manca, secondo l'Autore, quella matrice creativa e discrezionale che contraddistingue l'attività legislativa: la Corte non "*crea*" ma "*applica*" il diritto – in particolare la Costituzione – esattamente come fa qualsiasi altro tribunale. A tal riguardo, si ritiene opportuno anticipare che è sulla base di queste stesse argomentazioni che, successivamente Crisafulli elaborerà la sua fortunata dottrina delle "rime obbligate" per giustificare gli interventi di natura manipolativa della Corte costituzionale; specificando infatti che essa, per colmare una lacuna legislativa, non crea liberamente la norma (come il legislatore), ma si limita a ricavare ed esplicitare quella già implicita nel sistema, ricavabile dalle disposizioni costituzionali di cui fa applicazione; cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, II, 1984, 402 ss., spec. 406. Sul punto, v. più approfonditamente *infra*, § 3.2.1, in particolare nota n. 130.

[37] Si trattava, quantomeno nella fase iniziale del dibattito, sia delle forze di sinistra, che ponevano l'accento sulla mancanza di legittimazione democratica del futuro organo di garanzia; sia degli esponenti del precedente regime liberale che, immaginando la Costituzione come insieme di poche e precise regole sull'organizzazione e il funzionamento dello Stato, prediligevano l'istituzione del modello diffuso, che invece mal si sarebbe adattato ad una Costituzione lunga e ricca di contenuti ideologici e programmatici (quale, tuttavia, può ritenersi la Costituzione repubblicana del 1948, poi approvata dall'Assemblea costituente). Per tali considerazioni, v. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 22. Cfr. anche C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, cit., 123 ss. che evidenzia quanto, tuttavia, fosse particolarmente esiguo il numero dei sostenitori del modello diffuso. Più in generale, per una ricostruzione delle diverse posizioni degli schieramenti politici presenti nell'Assemblea costituente, cfr. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, 73 ss.

tipici della supremazia parlamentare e della democrazia rappresentativa, cioè le leggi[38].

Tuttavia, come constatato da autorevole dottrina, particolarmente attenta alla fase costituente, «l'ipotesi di un sindacato giurisdizionale sulle leggi rimesso al giudice ordinario, […] nel clima ideologico che si andò rapidamente diffondendo alla Costituente s'era fatta così remota da apparire irrealistica ai suoi stessi sostenitori»[39]. Si può dire, quindi, che non furono convincenti le voci isolate di chi guardava con positività all'esempio degli Stati Uniti d'America – come quella di Luigi Einaudi[40] – tanto era radicato il timore di riporre nelle mani dei giudici un nuovo strumento così potente come la Costituzione. Il suo ingresso diretto in ogni singolo giudizio e l'immediata applicabilità dei suoi precetti,

[38] Può prendersi, tra i diversi interventi in tale direzione, quello di P. Nenni, tenuto durante la seduta dell'Assemblea costituente del 10 marzo 1947, in *www.camera.it*, 1944 ss. A suo avviso, l'idea stessa di una Corte costituzionale contrastava con la conformazione unitaria, democratica, laica e sociale che si volle dare allo Stato con il *referendum* del 2 giugno. Nel suo discorso dinnanzi agli altri Costituenti, egli infatti affermò che «sulla costituzionalità delle leggi non può deliberare che l'Assemblea nazionale, il Parlamento, non potendo accettarsi altro controllo che quello del popolo. La progettata Corte potrà essere formata degli uomini più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale, ma per non essere essi gli eletti del popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento» (*ivi*, 1947). Tuttavia, come evidenzia anche G. D'ORAZIO, *op. ult. cit.*, 91 ss., gli altri rappresentanti del Partito socialista riuscirono a superare le perplessità inizialmente espresse da Nenni, contribuendo in maniera proficua all'elaborazione delle disposizioni costituzionale sul futuro Giudice delle leggi.

[39] Così C. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 92 ss., che analizza – evidenziandone la contraddittorietà – in particolare il progetto del Partito d'Azione, presentato da Calamandrei. Secondo quest'ultimo, il controllo di costituzionalità doveva essere delineato sulla falsariga del *judical review* statunitense, ma con la previsione di alcuni correttivi, elaborati proprio per la consapevolezza delle profonde differenze tra il sistema giudiziario italiano e quello dei paesi di *common law*. Egli ipotizzava, in questo modo, una sorta di "doppio controllo" con elementi di accentramento e di diffusione, per perseguire le due finalità a cui tali sistemi sono rispettivamente rivolti: la coerenza dell'ordinamento e la tutela dei diritti individuali. Una versione dettagliata della proposta di Calamandrei è riporta da M. BATTAGLINI – M. MININNI (a cura di), *Codice della Corte costituzionale*, Padova, 1964, 137 ss. Sul punto, v. anche *infra*, § 2.2, nota n. 55.

[40] Come riportato da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 15-17, Einaudi conosceva a fondo il ruolo dei giudici nel sistema americano di *checks and balances*, poiché il figlio fu l'unico accademico italiano ad aver studiato in America il controllo di costituzionalità diffuso fin dalle sue origini; per le cui posizioni si veda il già citato M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*. Luigi Einaudi provò a convincere il resto dell'Assemblea Costituente che negli Stati Uniti il controllo della Corte Suprema non possedesse quel temuto carattere politico che in Europa gli veniva attribuito, dato che la sua attività era limitata alla soluzione di controversie individuali. Tuttavia, egli non riuscì in questa sua opera di convincimento, tanto era forte e radicato il timore della possibile instaurazione di un *governo dei giudici* (su cui v. *infra*, nota n. 42). Per la proposta di Einaudi, il suo intervento e la discussione che ne seguì nella Commissione per la Costituzione, v. M. BATTAGLINI – M. MININNI (a cura di), *op. ult. cit.*, 163 ss.

infatti, rischiavano di consentire alla magistratura di porre nel nulla la volontà parlamentare in maniera troppo agevole e potenzialmente disomogenea. Uno scenario che i costituenti volevano scongiurare, per due diversi ordini di ragioni.

Da un punto di vista strettamente giuridico, il modello diffuso rischiava di minare uno dei principi cardine che si era formato nel precedente regime liberale e che non si voleva compromettere: il principio della *certezza del diritto*. La forza centrifuga connaturata al modello diffuso rischiava di dar vita ad una "polverizzazione" del dettato legislativo, che sarebbe diventato vulnerabile all'instaurazione di ogni giudizio. Per tale ragione, in quel periodo, negli ordinamenti europei, era radicato il convincimento secondo cui il giudice non dovesse giudicare *de legibus*, ma solo *secundum leges*[41]. E questo perché – specialmente alla luce delle opinioni dottrinarie formatesi a cavallo tra il XIX e il XX secolo[42] – l'istituzione di un sindacato di costituzionalità poteva dar vita alla diffusione di orientamenti giurisprudenziali difformi che, se pur tollerabili nella quotidiana risoluzione delle controversie giuridiche, non lo erano affatto se in gioco vi era la validità della produzione normativa parlamentare. In altri termini, non si voleva predisporre nell'ordinamento un «*motivo legittimo per scusare la disubbidienza alla legge*»[43], che sarebbe stato causa di incertezza nei rapporti giuridici.

---

[41] Cfr. V.E. ORLANDO, *Principi di Diritto costituzionale*, Firenze, 1912, 257 ss. Come già visto in precedenza (v. *supra*, nota n. 4), si accettava invece che il magistrato svolgesse un controllo sulla presenza dei requisiti *formali* della legge, idonei a conferirle costituzionalmente esistenza. Come evidenzia l'Autore, infatti, «se il magistrato ha l'obbligo di applicare la legge, ha altresì l'obbligo di accertare che *una legge vi sia*; e, se mancano le forme costituzionali, non si può dire che vi sia legge» (*ivi*, 260).

[42] Fra tutti, si veda E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Parigi, 1921, edizione italiana a cura di R. D'ORAZIO, Milano, 1996, 7 ss. L'Autore rappresenta uno dei principali oppositori del modello diffuso americano (non a caso, a sua volta aspramente criticato da chi, al contrario, guardava con ammirazione all'esempio degli Stati Uniti; si veda, *ex multis*, M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, cit., 14 ss.) e riuscì a far consolidare in Europa, nei decenni precedenti all'approvazione della Costituzione repubblicana, il timore nei confronti di un possibile "governo dei giudici", già avveratosi – a suo avviso – oltreoceano. Secondo l'Autore, ciò che risultava particolarmente insidioso era la libertà con cui i giudici americani si relazionavano con i testi legislativi, portandoli ad ergersi «arbitri supremi della politica sociale ed economica degli Stati» (*ivi*, 1).

[43] Così V.E. ORLANDO, *op. ult. cit.* 259. Una disubbidienza che, anche secondo P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 347 s., mal si addice al giurista, che non può ragionare da "politico", ma deve rispettar e far rispettare la legge «quale essa è, anche se iniqua»; poiché, così facendo, «si afferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidezza del sistema di legalità». Sul punto, v. anche P. GRIPPO, *Il potere giudiziario in rapporto alla*

Tali considerazioni, inizialmente utilizzate per esprimere perplessità sul giudizio di legittimità in sé, rappresentarono poi uno degli argomenti principali per contrastare l'istituzione del sindacato diffuso. Non vi è dubbio, infatti, che il modello accentrato presentasse il vantaggio di scongiurare il rischio della disomogeneità degli indirizzi giurisprudenziali; un risultato che nel sistema americano veniva (e viene) raggiunto grazie all'utilizzo del principio dello *stare decisis* – regola che impone il vincolo del precedente – che però, com'è noto, non trova applicazione negli ordinamenti di *civil law*[44].

Ecco allora che la scelta per il modello accentrato, con la conseguente istituzione di una Corte *ad hoc* a cui affidare il sindacato di legittimità, apparve ai costituenti la soluzione più efficace per garantire al legislatore il *privilegio* di avere un proprio giudice[45]. Una soluzione che – si pensava – avrebbe portato a un importante risultato: quello di contenere, entro argini saldamente individuati, i possibili "straripamenti" interpretativi della giurisprudenza, che difficilmente potevano essere controllati affidando ai giudici comuni la diretta applicabilità di una Costituzione così politica, programmatica ed elastica come quella che è stata poi approvata dall'Assemblea costituente[46]. In questo modo, rendendo più ardua la possibilità di mettere in discussione l'efficacia delle scelte parlamentari, la volontà del legislatore ne esce senza dubbio rafforzata, giacché la legge, una

Costituzione dello Stato, Napoli, 1881, 66 ss. che già evidenziava che «non può essere consentito al potere giudiziario lo esame della costituzionalità delle singole leggi quanto al loro contenuto, tranne il caso che la costituzione non abbia stabilito un organo speciale, la cui unica funzione fosse quella di modificare le leggi fondamentali dello Stato». L'Autore ammoniva, per l'appunto, circa le insidie di affidare ad un altro dei poteri dello Stato la funzione di "disfare" l'opera incostituzionale del legislatore: ciò avrebbe implicato una proclamazione dell'impotenza del potere legislativo, con il rischio di legalizzare «la resistenza alle leggi» (*ivi*, 76). Sul punto, cfr. anche V.E. ORLANDO, *Principi di Diritto costituzionale*, cit., 259.

[44] Come notava C. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 96 s., nel nostro ordinamento, la Corte di cassazione avrebbe potuto garantire una certa stabilità, ma non l'assoluta omogeneità dell'interpretazione costituzionale. «Soprattutto non garantiva contro il pericolo di aperte ribellioni da parte delle magistrature inferiori, o peggio, dell'insorgere di frizioni e contrasti più o meno istituzionalizzati tra giudice di diritto e magistratura di merito».

[45] Un giudice «*della* legislazione», come lo definiscono G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 89.

[46] Cfr. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 25 ss. Tuttavia, furono proprio tali caratteristiche, vale a dire l'alto tasso di politicità delle disposizioni costituzionali, la loro elasticità e la presenza di norme programmatiche e di principio nella Costituzione che contribuirono a minare alcuni dei dogmi del modello accentrato del controllo di costituzionalità, consentendo sia la sua contaminazione con *elementi di diffusione*, sia (per ciò che in questa sede maggiormente interessa) l'elaborazione di nuove tecniche decisorie da parte della stessa Corte costituzionale.

volta entrata in vigore, si ritiene valida e rimane obbligatoria fino ad una unitaria e autoritativa (oltre che eventuale) decisione della Corte costituzionale. Solo così – si pensava – sarebbe stato possibile contemperare la supremazia formale della Costituzione e l'antico assioma dell'obbligatorietà della legge per tutti i soggetti dell'ordinamento (tra cui, *in primis*, i giudici), che al contrario il sistema diffuso rischiava di compromettere[47].

Tuttavia, vi è stato anche un secondo ordine di ragioni – di natura più che altro istituzionale e storica (o si potrebbe dire "culturale") – che determinò il rifiuto di assegnare alla magistratura l'inedita funzione di garantire il rispetto della Costituzione, sebbene si sia trattato di un riflesso delle ragioni giuridiche sopra illustrate. Ci si riferisce al fatto che, nella fase di transizione costituzionale, era ancora vivo e ben radicato quel principio, diffusosi nei secoli precedenti, che vedeva nella *separazione dei poteri* l'unica via per impedire o quantomeno limitare il loro esercizio illegittimo e arbitrario. Di conseguenza, risultava particolarmente difficoltosa l'idea di affidare al potere giudiziario la possibilità di sovvertire – sia pure per il singolo giudizio[48] – le decisioni assunte dalla maggioranza parlamentare. Facendo altrimenti, vi era il rischio di dar vita a quel "*governo dei giudici*"[49] che tanto intimoriva l'immaginario collettivo giuridico dell'Europa continentale, quale pericolosa commistione in grado di «tenere in

[47] Per tali considerazioni, cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 14.

[48] Difatti, tra le principali implicazioni dell'adozione del modello diffuso, vi è quella di dar vita ad un controllo di costituzionalità dove al centro vi sono i singoli rapporti giuridici. Un sindacato, quindi, "di diritto soggettivo", che vive nel corso di ogni singolo giudizio tramite una diretta prevalenza delle disposizioni costituzionali volte a tutelare i soggetti dall'applicazione di una legge illegittima. Questa forma di sindacato, quindi, si differenzia profondamente da quello "di diritto oggettivo", espressione del modello accentrato: in questo secondo caso, infatti, prevale l'esigenza di assicurare la coerenza del sistema normativo, più che le pretese individuali; un'impostazione che richiede inevitabilmente «una tutela obiettiva, sistematica e non casuale, della Costituzione», come quella offerta da una Corte costituzionale; così E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 14. Sul punto cfr. anche G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 89 s.

[49] Come lo definì E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, cit., 7. Sul punto deve, però, considerarsi quanto messo in luce sul controllo giurisdizionale sulle leggi da C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964, 19 ss., spec. 21, secondo cui «l'accertamento della validità della legge non implica nessun esercizio di attività legislativa, ma consiste in un mero accertamento e non determina nessuna invasione del giudice in campo altrui e nessuna esplicazione di funzione non sua, ma è mero svolgimento di una attività che, se pure non vuole dirsi giurisdizionale, è senza dubbio per suo contenuto quanto mai vicina a quella che si considera normale esplicazione di attività giurisdizionale, ed al cui esercizio il giudice è quanto mai adatto oltre che giuridicamente qualificato».

scacco l'attività normativa del parlamento e del governo e, in definitiva, di esercitare un potere di controllo sulla classe politica e di partecipare a pieno titolo alla funzione di indirizzo politico»[50].

Anche queste convinzioni portarono l'Assemblea costituente ad escludere che del sindacato di costituzionalità delle leggi dovesse occuparsi la magistratura ordinaria[51], facendo così prevalere la posizione di quanti vedevano nell'istituzione di una Corte costituzionale la soluzione migliore per salvaguardare la discrezionalità del legislatore. Vi era la consapevolezza che se, al contrario, si fosse attribuito al giudice ordinario il potere di annullare le leggi, ciò «avrebbe comportato l'"esplosione" della forza normativa della Costituzione, applicabile direttamente ai rapporti giuridici, senza necessità di alcuna mediazione legislativa»[52]. Era preferibile, allora, istituire una nuova Corte che si occupasse del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: una funzione inedita per *l'esperienza costituzionale precedente* e che, quindi, necessitava di un organo inedito per *la vita istituzionale futura*.

In questo modo, l'Assemblea costituente avrebbe potuto disegnare *ex novo* i lineamenti principali della nuova Corte costituzionale: non solo disciplinando dal principio un apposito procedimento per il giudizio di costituzionalità, ma anche e soprattutto stabilendo quali potessero essere i suoi possibili esiti. Ed è proprio cercando di *pre-determinare* rigidamente gli effetti delle possibili pronunce della Corte che i costituenti tentarono di arginare ulteriormente il potenziale creativo insito nel giudizio di costituzionalità, per porre la discrezionalità del legislatore al riparo da indebiti sconfinamenti da parte del nuovo Giudice delle leggi[53].

---

[50] Così E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, cit., 16.

[51] Tra le altre cause che hanno portato alla scelta del sindacato accentrato, deve anche darsi conto di una certa «sfiducia nella "sensibilità politica" dei giudici», su cui v. C. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 188-189. Secondo l'Autore, infatti, il conclamato carattere *politico* di molte disposizioni costituzionali, rendeva difficile immaginare che il loro controllo fosse affidato ad una magistratura «incapace di recepire i nuovi valori di una Costituzione socialmente avanzata» come quella che era in corso di approvazione.

[52] Così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, 88 s.

[53] Cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 36 ss.

2.2. *Segue. L'efficacia delle pronunce della Corte costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente e nella legislazione attuativa*

Come visto nel paragrafo precedente, la scelta per il modello accentrato venne dettata soprattutto dall'esigenza di evitare di porre la Costituzione nelle mani della magistratura, scongiurando così il rischio che essa ne facesse un uso incontrollato. Ma si trattò comunque di una soluzione preliminare, poiché all'Assemblea costituente spettò poi il compito di delineare i tratti principali della funzione di garanzia costituzionale che, fino a quel momento, rappresentava un'assoluta novità nel panorama istituzionale italiano[54].

Si trattava di un'ulteriore *chance* che, nella diffusa diffidenza verso il controllo di costituzionalità delle leggi, i costituenti si trovarono davanti per salvaguardare la discrezionalità del legislatore e porla al riparo da indebiti sconfinamenti non dei giudici ma, questa volta, della stessa Corte costituzionale. Così, i lavori dell'Assemblea costituente proseguirono incentrandosi sulle modalità di attivazione del controllo e sugli *effetti* delle decisioni che chiudono il controllo di costituzionalità, due profili intimamente connessi. L'obiettivo era garantire un alto tasso di *prevedibilità* delle future pronunce della Corte, per ridurre la possibilità che essa agisse in maniera discrezionale sul dettato legislativo.

Le diverse posizioni emerse nel corso delle relazioni e nelle proposte presentate sul tema[55] – che inizialmente confluirono nell'art. 128, comma 3, del

[54] Salvo – come visto nei paragrafi precedenti – alcune embrionali forme di controllo della magistratura sulle leggi, relative soprattutto ai requisiti formali che lo Statuto prevedeva per la produzione legislativa; in particolare, v. *supra*, § 1, specialmente nota n. 4.

[55] Riportate in maniera dettagliata da M. BATTAGLINI – M. MININNI (a cura di), *Codice della Corte costituzionale*, cit., 137 ss. Tra le proposte principali, viene dato conto, anzitutto, di quella avanzata da Calamandrei. Essa si presentava con una struttura essenzialmente "ibrida", ove la dichiarazione di illegittimità poteva avere: efficacia *inter partes* nel caso di sindacato incidentale, per il quale ogni giudice era legittimato dichiarare l'incostituzionalità degli atti legislativi, sebbene si prevedesse che le "Sezioni unite" della Suprema Corte costituzionale potessero pronunciarsi sulla questione quale organo di ultima istanza; oppure, poteva avere efficacia *erga omnes* nel caso di ricorso diretto presentato da un procuratore generale o da ogni elettore, ma, nel caso di ricorso diretto, la legge illegittima poteva essere emendata solo dalle Camere. Tra le proposte che maggiormente anticiparono quanto poi confluito nella formulazione definitiva dell'art. 136 Cost., si aggiunse anche quella di Leone. Nella sua relazione, egli ribadì anzitutto la necessità di affidare la vigilanza sul rispetto del limite costituzionale ad un'apposita Corte, «al

Progetto di Costituzione[56] – portarono all'approvazione dell'attuale art. 136 della Costituzione che, al primo comma, stabilisce che «quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

Nonostante l'intesa raggiunta su questa disposizione, erano ancora molti i nodi da sciogliere e la sua formulazione, lungi dal rappresentare una soluzione definitiva, non fece che acuire i dubbi che erano sorti tra i costituenti circa gli effetti delle pronunce di incostituzionalità. Difatti, dalla lettura dell'art. 136 Cost. non emerge la complessità delle riflessioni che accompagnarono la sua elaborazione: esse sono sfumate all'interno di una disposizione di «estremo rigore»[57], che mal si addice a un giudizio incentrato sulla legalità costituzionale e che, in ogni caso, cela qualcosa di non detto.

Anzitutto, sebbene fosse ormai fuori discussione la valenza *erga omnes* della dichiarazione di incostituzionalità nel caso dell'accoglimento, restava in piedi il problema dell'*estensione temporale* della cessazione di efficacia della legge. Difatti, se già la questione della *retroattività* della dichiarazione di incostituzionalità aveva diviso l'Assemblea costituente, la formulazione definitiva dell'art. 136 Cost.[58] rese comunque necessari successivi interventi del

---

di fuori di ciascuno dei tre tradizionali poteri; e, naturalmente, al di sopra»; v. M. BATTAGLINI – M. MININNI (a cura di), *op. ult. cit.*, 140 s. Per quanto riguarda il tema dell'efficacia delle pronunce della Corte, Leone chiarì che la sentenza che dichiara l'incostituzionalità di una norma doveva comportare il suo *annullamento*: tale decisione, dalla natura dichiarativa, avrebbe dovuto avere, allora, efficacia retroattiva. Per un interessante schema sinottico delle diverse proposte relative all'efficacia delle decisioni della Corte, presentate in Assemblea costituente, si veda anche C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 31.

[56] L'art. 128 del Progetto della Costituzione prevedeva rispettivamente, nei primi due commi, una sintetica disciplina del giudizio in via incidentale e di quello in via principale. Al terzo comma – a riprova della stretta connessione tra modalità di accesso al giudizio ed effetti della pronuncia di incostituzionalità – era previsto che «se la Corte, nell'uno e nell'altro caso, dichiara l'incostituzionalità della norma questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali». Tuttavia, solo tale comma rimase in piedi e confluì – con evidenti modificazioni – nell'attuale testo dell'art. 136 Cost.

[57] Come la definì L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 7.

[58] Emblematica, a tal riguardo, è la differenza tra l'art. 128, comma 3, del Progetto di Costituzione e il testo dell'art. 136 presente nella Costituzione approvata definitivamente dall'Assemblea costituente. Infatti, nel Progetto era previsto solamente che la norma dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia». Nell'art. 136 Cost., invece, si aggiunse che la norma «cessa di avere efficacia *dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*» (corsivi

Parlamento, nel corso della prima legislatura della Repubblica, per chiarire la portata della disposizione[59].

Il primo intervento in tal senso si ebbe a distanza di poco tempo dall'entrata in vigore della Costituzione, con l'approvazione della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 («Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale»). All'art. 1, essa eleva la via incidentale a mezzo ordinario per instaurare il giudizio davanti alla Corte costituzionale, stabilendo che la questione di legittimità può essere rilevata d'ufficio o sollevata dalle parti nel corso di un giudizio.

Ecco, allora, una prima (indiretta) forma di delimitazione dell'efficacia temporale delle decisioni di accoglimento: se il controllo di costituzionalità si instaura grazie all'impulso di un giudice, l'efficacia di un'eventuale sentenza di accoglimento della Corte costituzionale non può che retroagire, quantomeno per il giudizio *a quo*. Sarebbe senza dubbio incoerente – oltre che costituzionalmente illegittimo[60] – un sistema in cui l'annullamento della norma incostituzionale non

---

aggiunti). Il differente tenore letterale delle due disposizioni sembrerebbe paradossalmente celare l'intento di dar vita a un sistema in cui la perdita di efficacia della norma dichiarata incostituzionale è *ex nunc*, o quantomeno ciò potrebbe emergere dalla mera lettura dell'art. 136 Cost., come evidenziato, fra gli altri, da P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 72 ss. (sulla cui posizione v. anche *infra*, nota n. 65); C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, cit., 269; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 61. Anche per questo, per garantire la portata retroattiva delle sentenze di accoglimento, sono risultate indispensabili le precisazioni intervenute con la legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1 (prima) e con la legge 11 marzo 1953, n. 87 (dopo). Sul punto si vedano, *ex multis*, F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, X, 968 s.; F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 13 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997, 1 ss.; M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 61 ss.

[59] Tuttavia, secondo quanto osservato da A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 56 ss., la natura retroattiva delle decisioni di incostituzionalità potrebbe ricondursi comunque al solo art. 136 Cost., prescindendo dai successivi interventi normativi. Seguendo un'interpretazione differente da quella dei primi commentatori, l'Autore ritiene che il venire meno dell'efficacia della norma incostituzionale *ex* art. 136 Cost. «"libera" il giudice dall'obbligo di valutare alla stregua di essa i rapporti pendenti, corrispondentemente obbligandolo ad applicare, anche in quei rapporti, la normativa risultante dalla decisione di accoglimento». A ciò si aggiunge – secondo l'Autore – il fatto che, pur prescindendo da tale ricostruzione, «in un sistema costituzionale rigido che impone a tutti di applicare la Costituzione, una legge incostituzionale non può, per definizione, dirsi obbligatoria».

[60] Come evidenzia M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 64, secondo cui «un'aprioristica negazione della retroattività delle decisioni di incostituzionalità determinerebbe una grave violazione degli artt.

dispiegasse i propri effetti proprio nei confronti di quei soggetti e di quella controversia da cui è originato il controllo di costituzionalità. È stato poi necessario un ulteriore intervento normativo da cui si evincesse in maniera chiara l'estensione temporale della decisione di accoglimento, dal momento che l'astratta possibilità di far retroagire l'incostituzionalità "solo" al giudizio *a quo* rischiava di creare uno squilibrio rispetto agli altri rapporti ancora pendenti.

Tale precisazione è venuta dalla legge 11 marzo 1953, n. 87 («Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale») che, all'art. 30, comma 3, statuisce: «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»[61]. La «cessazione di efficacia» di cui parla l'art. 136 Cost. viene quindi tradotta come «*divieto di applicazione* della norma dichiarata illegittima a tutte le situazioni ancora pendenti»[62]. Di conseguenza, tale declaratoria ha non solo effetti per il futuro (*ex nunc*), ma anche effetti per il passato (*ex tunc*): dopo la pubblicazione della decisione, la legge dichiarata incostituzionale non può essere applicata ad alcuna fattispecie e, quindi, gli effetti della sentenza retroagiscono. Sono implicitamente fatti salvi solo i rapporti esauriti, ma con la necessaria eccezione del giudicato penale[63].

---

24 e 113 Cost., nonché dell'art. 3 Cost. ove la retroattività fosse limitata al giudizio *a quo*» (come si vedrà subito *infra*, nel testo).

[61] Sulle criticità generate dall'utilizzo di una legge ordinaria – quale è la legge n. 87 del 1953 – per specificare il regime delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale, si vedano, *ex multis*, F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, 1966, 7 ss. e successivamente ID., *Considerazioni sul tema*, cit., 13 ss.; sul punto, v. anche F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 12 ss.;

[62] Così C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 33.

[63] Il giudicato penale è espressamente incluso nella portata della dichiarazione di incostituzionalità dall'ultimo comma dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953, secondo cui: «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali». D'altronde, com'è noto, alla luce del principio del *favor libertatis* non potrebbe accettarsi che un soggetto continui a restare punito in virtù di una legge dichiarata incostituzionale. Si vedano, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 91 ss. (che vede nell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 una norma di interpretazione autentica dell'art. 136 Cost.) e G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, 142 ss.

Si tratta quindi di annullamento[64], non di abrogazione[65]. Se così non fosse, se cioè gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità fossero esclusivamente *ex nunc*, le parti di una controversia non avrebbero alcun interesse a proporre l'eccezione di incostituzionalità, poiché il risultato del giudizio non le riguarderebbe; in questo modo la natura stessa del procedimento in via incidentale, come strumento di controllo "dal basso", verrebbe vanificata[66].

Se, nella disciplina sull'efficacia temporale delle pronunce della Corte, la Costituzione risulta ambigua o quantomeno concisa, la stessa critica potrebbe esserle mossa sul fronte dei possibili *esiti* previsti quale epilogo del sindacato di

[64] Trattasi di una soluzione in linea con la nota posizione di H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 171 ss. Interessante notare come già nella relazione della legge n. 87 del 1953, presentata alla Camera il 17 aprile 1950, venne chiarito come fosse da escludere la possibilità di assimilare la dichiarazione di incostituzionalità all'abrogazione. Infatti, secondo quanto esposto dal relatore A. Tesauro (la cui relazione è consultabile sul sito *www.camera.it*), l'attività della Corte non poteva considerarsi *paralegislativa*, ma esclusivamente *giurisdizionale*. Gli esiti del suo giudizio non si potevano quindi equiparare a quelli dell'abrogazione: «abrogare una legge significa esercitare in modo positivo l'attività legislativa, eliminando la disciplina che di alcuni rapporti della vita umana e sociale fa una legge e disciplinandoli in modo diverso. La Corte costituzionale, invece, […] si limita a dichiarare che la manifestazione di volontà di cui la legge è espressione non ha valore perché contraria ad una norma costituzionale». Alla base di tale distinzione, egli pone la *diversa natura* dell'attività da cui esse scaturiscono: per l'abrogazione, quella legislativa (attività di tipo *positivo*); per la dichiarazione di incostituzionalità, quella giurisdizionale (attività di tipo *negativo*). Ciò che qui preme sottolineare, è quanto ancora una volta – anche in sede di relazione – il legislatore abbia voluto tenere nettamente separate le attribuzioni del Parlamento, a cui compete abrogare leggi, da quelle della Corte costituzionale, a cui, invece, compete dichiararle illegittime.

[65] A sostenere la tesi dell'identificazione tra gli effetti dell'abrogazione e della dichiarazione di incostituzionalità è stato invece P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., 59 ss., 92 ss. Egli espressamente afferma che «la decisione della Corte avrà efficacia costitutiva di annullamento *ex nunc*: avverrà per la causa rimasta in sospeso, come se nel giorno successivo a quello in cui la Corte si è pronunciata, fosse entrata in vigore una legge abrogativa di quella dichiarata illegittima» (*ivi*, 92). L'Autore giunge a simili conclusioni poiché vede nella Corte un organo «paralegislativo o superlegislativo» (*ivi*, 60), ritenendo assenti, nel sindacato di costituzionalità, i sintomi tipici della funzione giurisdizionale (in particolare quello della composizione di una lite e quello dell'attuazione della legge nelle sue volontà concrete) e giunge alla conclusione che, quindi, la pronuncia della Corte colpisce la legge, non nel suo momento giurisdizionale, ma nel suo momento normativo. L'Autore, tuttavia, non manca di sottolineare quanto le due funzioni siano profondamente differenti: «mentre gli organi legislativi agiscono liberamente, sotto la spinta della sola opportunità politica, che li induce ad abrogare una legge vecchia per sostituirla con una legge nuova ritenuta migliore, la Corte costituzionale annulla la legge non allo scopo di sostituirla con una ritenuta politicamente più conveniente, ma unicamente perché essa è in contrasto con una norma costituzionale che deve essere fatta rispettare: cioè, in principio, per un motivo puramente giuridico» (*ibidem*). Per tali ragioni, l'Autore conclude tale riflessione evidenziando che la funzione della Corte, «pur essendo nel suo effetto legislativa (abrogante), somiglia nelle sue premesse a quella di un tribunale: toglie vigore alle leggi con efficacia generale e astratta (e in questo senso la sua funzione è legislativa), ma fa ciò in applicazione di una legge preesistente e superiore, che deve prevalere sulle leggi contrastanti con essa (e in ciò la sua funzione somiglia alla giurisdizione)» (*ibidem*).

[66] Cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 32 ss.

legittimità costituzionale. Un aspetto che, tra l'altro, interesserà maggiormente il presente lavoro.

Nella formulazione dell'art. 136 Cost., infatti, è stata contemplata solamente la possibilità di accogliere la questione di legittimità costituzionale, con una pronuncia che può avere, quindi, quale unico esito, il mero annullamento della disposizione sindacata. Da ciò si ricava – ma solo implicitamente – la possibilità di adottare una pronuncia di rigetto qualora la questione dovesse risultare infondata. Inoltre, in merito ai possibili epiloghi del giudizio di legittimità costituzionale, dalla legislazione ordinaria successiva non sono pervenute specificazioni di sorta, dal momento che né la legge cost. n. 1 del 1948 né la legge n. 87 del 1953 contemplano un'eventualità diversa dalla *dichiarazione dell'illegittimità costituzionale* – purché l'ordinanza di remissione abbia superato positivamente il vaglio dei controlli di rilevanza e non manifesta infondatezza. In altri termini, una volta che la Corte si ritrovi ad affrontare il merito della questione, il modello astratto delineato dai costituenti e dal legislatore ordinario non prevede sfumature di alcun genere: la questione di legittimità costituzionale può solo essere accolta o rigettata.

Non vi è dubbio che anche tale *aut-aut* tra accoglimento e rigetto imposto alla Corte costituzionale venne pensato per salvaguardare il più possibile il potere discrezionale che si voleva riservare al legislatore e scongiurare, così, il rischio di una subordinazione del Parlamento (democraticamente eletto) al Giudice delle leggi. Per tali ragioni, il giudizio costituzionale venne immaginato come semplice sindacato sulla conformità o disformità della legislazione alle disposizioni costituzionali, operato alla luce di un'attività meramente logico-deduttiva di raffronto tra una norma parametro (la Costituzione) e una norma oggetto (la legge). In questo modo, «la perdita di efficacia della legge non sarebbe stata imputabile ad una volontà della Corte contrapposta a quella del legislatore […], ma sarebbe piuttosto discesa "meccanicamente" dallo stesso art. 136: *ope Constitutionis*»[67].

[67] Così M. BATTAGLINI – M. MININNI (a cura di), *Codice della Corte costituzionale*, cit., 144.

Con la formulazione dell'art. 136 Cost., che assicurava un elevato tasso di prevedibilità alle pronunce della Corte, l'Assemblea costituente[68] tentò di garantire quella *certezza* alle statuizioni del legislatore futuro che l'introduzione di margini di flessibilità negli strumenti processuali a disposizione della Corte costituzionale avrebbe certamente ostacolato[69]. Una *flessibilità* che, allora, la Corte cercò altrove[70].

3. *L'allontanamento dal modello teorico: il potenziamento degli strumenti operativi quale prima e principale forma di ampliamento del vocabolario della Corte costituzionale, nella ricerca di un dialogo con il legislatore*

Nonostante la rigida formulazione astratta del controllo di costituzionalità, ben presto il suo esercizio concreto palesò che avere a disposizione solo la secca alternativa tra accoglimento e rigetto era insufficiente: la realtà ha dimostrato che «le soluzioni possibili sono più di due, nella gran parte se non addirittura

[68] La ricerca di tale *prevedibilità* sui possibili esiti del giudizio di legittimità costituzionale venne perseguita anche dallo stesso legislatore ordinario, che ha tentato di salvaguardare la propria sfera di discrezionalità (o meglio: quella del legislatore futuro) con la formulazione dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, cap. II, § 1.

[69] Altre vie, però, erano senz'altro percorribili. Alcuni costituenti, infatti, si erano resi conto dei possibili "squilibri nella vita nazionale" che potevano derivare dal mero annullamento di una disposizione legislativa, soprattutto se in grado di dispiegare i propri effetti retroattivamente, travolgendo i rapporti giuridici passati. Una connotazione che avrebbe richiesto forse un maggiore tasso di flessibilità o quantomeno la previsione di alcuni meccanismi di gestione del processo costituzionale. Ci si riferisce in particolare a Leone, che nel suo progetto auspicava anche l'introduzione del potere della Corte «di stabilire un regolamento delle situazioni disciplinate dalla legge o dall'atto dichiarato nullo»; così M. BATTAGLINI – M. MININNI (a cura di), *op. loc. ult. cit*.

[70] A tal riguardo, non possono non riportarsi (per esteso) le profetiche parole di Esposito: «con il passaggio degli anni, le fredde parole e le formule del testo costituzionale potranno animarsi, ed entrare nella viva storia del popolo italiano. In quel momento, all'interprete non spetterà più solo di dare una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione, ma, ispirandosi alla storia e agli svolgimenti degli istituti, di dare una viva ricostruzione della *vivente* Costituzione italiana. In quel momento anche il controllo giurisdizionale della legittimità costituzionale delle leggi, quale esso è stato organizzato in Italia, non potrà più essere considerato come un meccanismo, un artificio, attraverso cui una legge, una determinata legge, cerca di imporre la propria superiorità sulle altre leggi, ma assurgerà ad organo di tutela di alcuni principi fondamentali di vita del popolo italiano»; così C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, cit., 266 (corsivo aggiunto).

nella totalità dei casi»[71]. In altri termini, tra i due estremi dell'accoglimento e del rigetto, si collocano delle sfumature, delle soluzioni intermedie, che la Corte è riuscita a sfruttare anche grazie alla natura elastica e programmatica di molti principi contenuti in Costituzione, tramite cui molto spesso è riuscita, più che a eliminare la legge, a «piegarla alla Costituzione»[72].

Ciò risultò di importanza cruciale per assicurare lo sviluppo evolutivo del nostro ordinamento[73]. Soprattutto per esigenze di ordine storico che, nei primi anni di attività del giudice delle leggi, erano senza dubbio particolarmente pressanti. Agli inizi, infatti, la Corte dovette operare confrontandosi con la legislazione previgente all'entrata in vigore della Costituzione, i cui valori fortemente autoritari per la maggior parte contrastavano con quelli espressi dalla nuova Carta e che, anche per questo, venne strutturata in modo da lasciare al legislatore un programma di riforme (prima di tutto sociali) da attuare gradualmente[74]. Per questo motivo si può dire che «la nostra non è una Costituzione conservatrice»[75], pensata per dar vita ad una realtà perfetta, da

[71] Così L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti Costituzionali europee: spunti comparatistici*, in *Scritti in memoria di Antonio De Stefano*, Milano, 1990, 124-125.

[72] Così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 174.

[73] Come affermato da E. CHELI, *Introduzione*, in Corte *costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 16, la Corte doveva, «sviluppare una lettura non solo formalistica e difensiva, ma anche evolutiva e creativa del disegno costituzionale» e, a tal riguardo, la secca alternativa tra accoglimento e rigetto si rivelava senza dubbio insufficiente.

[74] Che la Corte costituzionale potesse sindacare anche le leggi emanate prima che entrasse in vigore la Costituzione venne chiarito subito dalla Corte stessa. Nella sua prima storica sentenza (5 giugno 1956, n. 1), la Corte negò fermamente l'assunto secondo cui il nuovo istituto della "illegittimità costituzionale" dovesse riferirsi solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori. Sia perché – evidenzia la Corte nella decisione in esame – «dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria».

[75] Così P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 49 ss. Secondo l'Autore, è proprio questa peculiare natura della Costituzione a richiedere alla Corte costituzionale un ruolo diverso da quello semplicemente *negativo* ed una funzione ulteriore rispetto a quella del mero annullamento della legge. Questo lo porta a criticare chi ritiene che il compito della Corte sia «nettamente giurisdizionale», limitato ad un ragionamento di pura logica giuridica, basato sul mero raffronto tra Costituzione e legge ordinaria nella ricerca di un possibile vizio di legittimità. «Per vedere se una legge sia viziata da illegittimità costituzionale il raffronto si dovrà fare assai spesso, più che con una norma costituzionale precettiva, con una norma

lasciare immutata. Al contrario, essa «nacque come una Costituzione *inattuata ma attuabile*, *imperfetta ma perfettibile*, punto di avvio di un lungo lavoro di revisione sociale»[76].

Tuttavia, come si vedrà a breve, nell'inerzia del legislatore e della magistratura, toccò alla Corte costituzionale intraprendere un'opera «di smantellamento della vecchia legislazione e dei vecchi principi», dando avvio a quella funzione di «*supplenza*»[77] che ha condotto ad un profondo ripensamento del ruolo della Corte costituzionale all'interno dell'ordinamento[78]. Difatti, non trovando un adeguato sostegno da parte dei suoi interlocutori istituzionali principali (il legislatore e la magistratura), la Corte cominciò a sprigionare l'innegabile potenziale creativo connaturato alle sue funzioni, cercando così di

programmatica; più che colla lettera di una precisa disposizione della Costituzione, collo spirito di riforma di cui essa è carica». In un giudizio come quello della Corte non si possono quindi escludere valutazioni di tipo politico. Tanto che l'Autore ritiene che tra gli aspetti costituzionali e gli aspetti politici di certe questioni che si svolgono «"ad alto livello", […] la linea di confine non è facilmente tracciabile. Ai sommi vertici, in quell'atmosfera rarefatta in cui dovrà abituarsi a respirare la Corte costituzionale, diritto e politica sono spesso una cosa sola». Cfr. anche F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 566, dove l'Autore pone l'accento su come, nell'attuazione del disegno costituente, alla funzione garantistica della Corte avrebbe dovuto accompagnarsi la funzione del Parlamento di attuazione dei principi e programmi costituzionali; rispetto alla quale, tuttavia, è rimasto troppo spesso inerte.

[76] Così P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 50. Per analoghe considerazioni, si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, II, 305. Sul punto si consideri altresì quanto affermato da F. RIMOLI, *L'interpretazione "morale" della Costituzione: brevi considerazioni critiche*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, 16 ss., secondo cui, all'interno di un dato ordinamento-struttura, la costituzione rappresenta «il luogo della stabilità e del mutamento di quell'ordinamento medesimo». A tal riguardo, l'Autore evidenzia l'attuale tendenza a scambiare «ciò che – e rimane – determinazione politica solenne ma contingente, sempre sottoposta ai poco prevedibili mutamenti della storia […] con una posizione di opzioni in sé immutabili, espressive di alcunché di metagiuridico che è, una volta per tutte, positivizzato nella Carta fondamentale di un ordinamento».

[77] Così F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 35. Sul punto, si veda anche quanto già espresso da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 337 ss., che analizza detto periodo mettendo in luce il «generalizzato disinteresse» degli interlocutori della Corte, «derivante dal tipo di questioni, non direttamente incidenti sull'indirizzo politico delle forze di governo, che la corte per lo più si trovava ad affrontare, in quei primi anni. L'assenza di una tensione politica apriva alla corte larghi spazi di intervento nei quali poteva operare senza temere reazioni contrarie alle sue decisioni». Va detto, tuttavia, che nel primo decennio di attività della Corte, la supplenza venne esercitata soprattutto nei confronti de la magistratura ordinaria, che inizialmente rimase alquanto insensibile rispetto ai mutamenti intervenuti grazie all'avvento della funzione di garanzia costituzionale.

[78] Sul punto, cfr. E. CHELI, *Introduzione*, cit., 11 ss.

attenuare la persistente e consistente frattura tra Costituzione formale e società civile, tra norma giuridica e realtà sociale[79].

Nel tentativo di perseguire un simile obiettivo, però, già dalle prime decisioni emerse la presenza di un cortocircuito. Perché se in tutti i casi di contrasto con la Costituzione le vecchie leggi fossero state eliminate dall'ordinamento *sic et simpliciter*, senza possibilità di intervenire con un ragionevole margine di flessibilità, la Corte avrebbe rischiato di creare delle lacune paradossalmente ancor più gravose o comunque "più incostituzionali". Ed è stato proprio la paura di questi vuoti legislativi, questo *horror vacui*, che ha portato la Corte a ricercare diverse soluzioni rispetto a quelle costituzionalmente e normativamente previste[80]. In altri termini, si è rivelato pressoché impossibile per i giudici costituzionali effettuare un controllo di mera conformità-disformità tra legge e Costituzione, come invece avrebbe dovuto alla luce del modello astratto delineato per il sindacato di legittimità.

Ben presto, infatti, numerose questioni hanno posto la Corte in un'*impasse* o – sarebbe meglio dire – davanti a un bivio: dichiarare l'incostituzionalità con una sentenza di accoglimento "semplice", con conseguente creazione del vuoto di disciplina, determinando una situazione di maggiore incostituzionalità; oppure, per scongiurare tale eventualità, scegliere di salvare la legislazione censurata (ad esempio con una pronuncia di inammissibilità o di rigetto), pur

[79] Cfr. N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in ID. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, 26, che mette in luce una vera e proprio «"forza" politica» della Corte costituzionale che, come nota l'Autore, emerse da subito, con la già citata sentenza n. 1 del 1956. Con essa, infatti, la Corte affermò la propria competenza a giudicare della legittimità delle leggi anteriori alla Carta repubblicana, annullando anche la "fatale distinzione" tra norme costituzionali precettive e programmatiche che avrebbe potuto consentire la sopravvivenza di leggi ed istituti propri del precedente regime.

[80] Cfr. R. PINARDI, *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, *passim*, ma spec. 106 ss. Sul punto si veda anche C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990, 3 ss., che mette in luce come sarà proprio tale «preoccupazione di non creare vuoti legislativi» che, aggravata dall'inerzia del legislatore, porterà la Corte «ad imboccare la via dell'adeguazione e correzione delle norme impugnate, rispetto alla Costituzione, attraverso quelle che sono definite *sentenze interpretative di rigetto*». Si veda altresì P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., 253 ss. che evidenzia come l'*horror vacui* rappresenti il frutto di un'attenzione alle ripercussioni dei propri interventi, legati alla propria originaria configurazione di "legislatore negativo". Un'attenzione che spesso, secondo l'Autore, renderebbe l'*horror vacui* un vero e proprio «parametro occulto di legittimità».

nella più o meno evidente violazione della Costituzione[81]. Due strade insidiose e difficilmente percorribili per un organo la cui ragion d'essere consiste nel garantire la superiorità della Costituzione rispetto alla legge ordinaria.

L'impossibilità di propendere per l'una o l'altra alternativa deriva da un problema di fondo – che verrà trattato in maniera più approfondita nel corso della presente trattazione, ma che può essere a questo punto sommariamente anticipato – che potrebbe considerarsi come un problema di *prospettiva istituzionale*. Non vi è dubbio, infatti, che tra le due soluzioni poc'anzi prospettate, sia la prima – cioè quella dell'accoglimento della questione – la più aderente ad un corretto esercizio della funzione di garanzia costituzionale. Tale eventualità, però, richiederebbe necessariamente una pronta risposta da parte del legislatore che, nel dare seguito alla pronuncia della Corte, si occupi di colmare quella lacuna normativa derivante dall'annullamento della disciplina incostituzionale.

Una risposta che, com'è noto, raramente è arrivata in maniera tempestiva o, più frequentemente, non è proprio arrivata[82].

---

[81] Sul punto, cfr. F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 117 s., che evidenzia come il raffronto tra la disciplina legislativa e quella costituzionale «non esime la Corte dal valutare se l'eliminazione (l'annullamento) della prima, pur se costituzionalmente insoddisfacente, non determini una situazione normativamente deteriore, ancor più insoddisfacente». Prima ancora, cfr. ID., *Considerazioni sul tema*, cit., 15, ove l'Autore individua il compito istituzionale del giudice delle leggi nell'«*eliminare bensì le leggi incostituzionali dall'ordinamento, ma senza produrre situazioni di maggiore incostituzionalità*». Più recentemente, si veda A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 2007, 49 s., ove l'Autore evidenzia come la Corte debba necessariamente soppesare le diversa «situazione normativa» che si determinerebbe con un intervento ablativo rispetto a quella che, invece, determina la vigenza della disposizione censurata. A tal fine, è necessario che il Giudice delle leggi raffronti «una situazione *reale* con una *ideale* ed interrogandosi al riguardo di quella che meglio possa servire, alle condizioni storico-positive date, l'*intera* tavola dei valori costituzionali, riguardata dal peculiare angolo di osservazione della questione giudicata».

[82] Interessante notare come, sin dai primi anni di attività della Corte, venne avvertito il peso della carenza di un intervento legislativo celere ed adeguato in risposta alle pronunce del giudice delle leggi. Può prendersi ad esempio il discorso tenuto dall'allora Presidente della Corte G. Azzariti che, commentando il primo triennio di esercizio del sindacato di legittimità costituzionale, già metteva in luce le non lievi difficoltà derivanti dalla mancata comprensione e dall'assenza di cooperazione da parte degli altri organi dello Stato. Cfr. G. AZZARITI (SR.), *Il primo triennio di attività della Corte costituzionale in discorsi e dichiarazioni del Presidente Azzariti* e *Parole pronunciate dal Presidente Azzariti alla stampa il 28 luglio 1959*, in *Giur. cost.*, 1959, 946 ss. Già allora, infatti, veniva evidenziata la mancanza di cooperazione da parte degli organi legislativi e governativi, sebbene essa fosse indispensabile per raggiungere appieno le finalità introdotte con la Costituzione.

Quanto astrattamente previsto dall'art. 136 Cost. rappresenta il frutto di una malriposta fiducia del legislatore costituente nel legislatore futuro, alla luce della quale la Corte costituzionale non dovrebbe avere altro potere oltre alla dichiarazione d'incostituzionalità. È evidente, infatti, che tale disposizione non attribuisce alla Corte «il potere né di determinare l'interpretazione dell'ordinamento, quale risulta dall'eliminazione della legge incostituzionale, né di elaborare le linee di una eventuale nuova disciplina della materia conforme alla Costituzione che si renda necessaria al posto di quella dichiarata incostituzionale»[83]. Ed è stata proprio questa rigida delimitazione del sindacato di legittimità costituzionale, nella perdurante inerzia del legislatore, che ha portato la Corte «a giuocare un ruolo di supplenza diretta del Parlamento, dal momento che la debolezza di quest'ultimo esalta la già notevole competenza creativa implicita nell'attività dei giudici costituzionali»[84].

3.1 *L'interpretazione*

L'astratta possibilità di utilizzare il solo annullamento e l'insensibilità istituzionale del legislatore hanno condotto la Corte a dotarsi, in maniera

[83] Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 260, che evidenzia come, poiché il modello astratto prevede un giudizio di natura meramente eliminativa, «la Corte costituzionale tramite le sue decisioni d'incostituzionalità, di solito […] non chiude il problema costituzionale, ma lo apre». Per questo, sempre rimanendo a quanto previsto astrattamente, tali pronunce dovrebbero rappresentare l'impulso per consentire, poi, al legislatore e alla magistratura di risolvere in maniera compiuta la questione di costituzionalità: il primo ponendo leggi, il secondo interpretandole adeguatamente. Scenario che, com'è noto, raramente ha trovato una piena realizzazione. Ragion per cui, è stata la Corte stessa a dover svolgere, in autonomia, compiti di «integrazione normativa» o di «ricomposizione interpretativa».

[84] Così S. RODOTÀ, *La svolta «politica» della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1970, I, 41. Tuttavia, secondo l'Autore, questa funzione di "supplenza" esercitata dalla Corte nei confronti del Parlamento, non determinerebbe un vero e proprio contrasto tra le due istituzioni. Se si sollevasse un conflitto al riguardo, quale che ne sia l'esito, verrebbero messe «in drammatica luce le reali, se pur circoscritte, possibilità d'azione della Corte e la sostanziale impotenza delle Camere, a dispetto dei loro infiniti poteri». Per questo, come è stato osservato, «non è dunque la Corte a dover dare spiegazioni della funzione di supplenza, di cui si è data carico, bensì il Parlamento a dover giustificare la propria latitanza»; così C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, cit., 36.

autonoma, di strumenti di intervento non previsti dall'ordinamento costituzionale positivo.

La risposta più immediata fu quella di utilizzare lo strumento tipico dell'attività giurisdizionale: l'*interpretazione*. Solo in questo modo si poteva pervenire ad una «conservazione *formale* della legge al prezzo di una sua trasformazione *sostanziale*»[85]. Interpretare la Costituzione era quindi necessario per ottenere due risultati a prima vista inconciliabili: evitare vuoti normativi e tenere in vita una legge potenzialmente incostituzionale.

In questo processo di auto-dotazione di tecniche decisorie, l'utilizzo delle decisioni interpretative subì l'impulso delle ricostruzioni dottrinali, che contribuirono in maniera fondamentale ad inquadrare correttamente l'oggetto del controllo di costituzionalità tra *disposizione*, quale enunciato normativo dotato di autonomia, e *norma*, quale significato attribuito alla disposizione a seguito del processo interpretativo. In particolare, la disposizione deve considerarsi «la formulazione che precede e condiziona la norma, ponendosi come dichiarazione vincolante ed insostituibile (ed in questo senso costitutiva) della norma»: è cioè la formula che allo stesso tempo pone e rivela la norma[86].

Com'è noto, nonostante la loro intima connessione, non sempre vi è un parallelismo perfetto tra i due elementi in esame. Ben può darsi il caso in cui una norma sia il frutto della combinazione di più disposizioni; o quello in cui da una singola disposizione si possano ricavare più norme alternative; o ancora quello in cui lo scorrere del tempo alteri il significato originario di una medesima disposizione, che finirà per esprimere norme anche molto diverse rispetto al passato[87]. Simili condizioni dimostrano come non vi sia «una corrispondenza

---

[85] C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 94. L'Autore vede proprio nell'*interpretazione* lo strumento idoneo per garantire alla Corte di manifestare la propria "sensibilità politica". Ciò rappresenta il frutto «di una visione complessiva e sistematica degli obiettivi del sindacato di costituzionalità, piuttosto che di una mera applicazione sillogistica e meccanica dei suoi postulati fondamentali (confronto tra norme, accertamento del vizio, sanzione)».

[86] Sul punto deve considerarsi, in primo luogo, la ricostruzione effettuata da V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, 195. Sul punto, si veda anche M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 79 ss.; ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 15 ss.

[87] Una simile eventualità non costituirebbe una forma di patologia del sistema, considerando che, una volta «ammessa (come deve ammettersi) la dimensione temporale dell'ordinamento nel suo incessante sviluppo storico, essenziale è la univocità della norma ad un momento dato, e non anche il permanere invariato del significato originario della rispettiva disposizione»; così V.

biunivoca tra norma ed enunciato sicché non si può dire che ogni norma è sempre espressa in un enunciato del legislatore. Le norme *possono* – e anzi forse *debbono* – essere sempre espresse in un enunciato ricostruttivo del giurista in quanto esse non sono altro che i significati normativi che le disposizioni esprimono, o meglio, tendono ad esprimere (principio di esprimibilità)»[88].

L'interpretazione rappresenta quindi la via per individuare (*rectius*: ricavare) l'esatto significato da attribuire ad un enunciato normativo.

È evidente, allora, che la scelta tra disposizione o norma, quali possibili oggetti del giudizio di incostituzionalità, comporti conseguenze profondamente differenti. Scegliendo la disposizione sarebbe l'intera proposizione normativa a cadere una volta riscontrato il contrasto con la Costituzione; in questo modo la Corte rischierebbe di eliminare dall'ordinamento un enunciato che rechi contemporaneamente norme conformi e non conformi alla Costituzione. Invece, incentrandosi sulla norma, il Giudice delle leggi può intervenire *solo sui significati illegittimi*, eliminando esclusivamente questi ultimi; mentre la disposizione, nella sua accezione costituzionalmente legittima, rimarrebbe in piedi. Per questo «la giurisprudenza costituzionale si è stabilmente orientata in questo secondo senso, anche perché in questo modo si rende il controllo più incisivo e flessibile e si può applicare il principio della massima conservazione degli atti legislativi ovvero della scelta della soluzione costituzionalmente meno dirompente (con detto latino: *utile per inutile non vitiatur*)»[89].

CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 207 ss. Sul tema si tornerà più approfonditamente nel secondo capitolo del presente lavoro.

[88] Così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 87.

[89] Per questa ricostruzione, cfr. A. CELOTTO – F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019, 791 s. Già nelle sue prime sentenze, la Corte affermerò in maniera chiara il proprio ruolo di interprete dell'ordinamento costituzionale; come avvenuto nel caso della sentenza 15 giugno 1956, n. 3, sulla compatibilità tra l'art. 57, comma 1, c.p. («Reati commessi col mezzo della stampa periodica») e l'art. 27 Cost. Una decisione in cui la Corte affermò, enfaticamente, «di *potere* e di *dovere* interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione» (punto n. 6 del *Considerato in diritto*). Sul punto, si veda anche V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 929 ss., secondo cui «l'accertamento del vizio di legittimità costituzionale implica *necessariamente* l'interpretazione della norma di grado superiore, che si assuma violata, ed eventualmente delle norme di legge ordinaria, cui dovrebbe darsi applicazione» (corsivo aggiunto). Un passaggio che l'Autore ritiene indispensabile per pervenire ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, dal momento che la possibilità o meno di interpretare un certo testo «in modo "costituzionale", ossia di trarre dalla disposizione impugnata una norma che, in connessione con le altre concorrenti a formare

La portata determinante di tale ricostruzione, di paternità *crisafulliana* – e che costituirà uno dei principali fondamenti su cui verranno poi elaborate le teorie dell'interpretazione costituzionale – consiste nel fatto che solo nell'assoluta impossibilità di dare al testo un'interpretazione in linea con la Costituzione, quando cioè «la formulazione della disposizione offre una resistenza insuperabile»[90] e vi è identificazione tra norma e disposizione, la Corte potrà *solamente annullare* la previsione legislativa oggetto del suo controllo. Se questa piena identificazione manca, la Corte dovrebbe essere tenuta ad interpretare detta previsione in modo da lasciare in vigore la norma legittima e dichiarare l'incostituzionalità di quella illegittima[91].

È su queste basi teoriche che la Corte costituzionale inizierà il suo graduale allontanamento dal modello teorico prospettato per il controllo di costituzionalità delle leggi, elaborando la sua "prima", inedita tecnica decisoria: la *sentenza interpretativa di rigetto*.

La Corte cominciò ad utilizzare simili pronunce per separare le norme costituzionali da quelle incostituzionali nel caso di disposizioni alle quali fosse possibile attribuire significati diversi. Tali sentenze si fondano, infatti, «sopra una interpretazione della disposizione impugnata, che non è quella prospettata dal giudice *a quo* […], ma giudicata dalla Corte (anche alla stregua dei principi più generali dell'ordinamento) la più esatta e tale da renderne il contenuto normativo non incompatibile con la costituzione»[92]. In tal caso, quindi, i dubbi di legittimità costituzionale vengono dichiarati infondati. Ma non in assoluto, come nelle sentenze di rigetto "semplici", bensì alla luce della precisa

il sistema in atto, sia costituzionalmente legittima» (*ivi*, 948), rappresenta una precondizione logica necessaria per rigettare o accogliere la questione. Le medesime considerazioni verranno poi riprese e sviluppate in ID., *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1974, II, 2, 164 s.

[90] Così V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, cit., 948.

[91] *Ibidem*.

[92] Per questa definizione cfr. V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, I, 2. L'Autore richiama proprio la distinzione tra «disposizione» e «norma» come punto di partenza per la formulazione di una sentenza interpretativa di rigetto. La questione di legittimità costituzionale viene infatti dichiarata non fondata alla luce della norma dedotta nell'ordinanza o nel ricorso; ma allo stesso tempo la Corte indica quale sia la norma, scaturente dalla stesa disposizione, che ritiene correttamente in linea con la Costituzione.

interpretazione fornita dalla Corte stessa[93]. La disposizione viene tenuta in vita (effetto tipico della pronuncia di *rigetto*) solo perché le si attribuisce un significato diverso da quello prospettato nell'ordinanza di remissione del giudice *a quo* e individuato dalla Corte, quale frutto della sua *interpretazione*. Segno distintivo delle decisioni interpretative sarà, allora, il dispositivo della sentenza: «il rapporto di conformità o non-conformità della disposizione legislativa alla Costituzione è dichiarato non in assoluto, ma *in quanto* alla disposizione si dia un certo significato, ovvero *nei sensi e nei modi* interpretativi chiariti nella motivazione»[94].

Sin dalle primissime decisioni, la Corte ha fatto propria la facoltà di interpretare le norme sottoposte al proprio controllo. Ciò avvenne, anzitutto, con la citata sentenza 15 giugno 1956, n. 3 in cui, come già anticipato, la Corte affermò il proprio «*dovere* e *potere*» di interpretare «la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione»[95]. Tra le prime decisioni interpretative, deve annoverarsi anche la sentenza 20 giugno 1956, n. 8, in cui – se così si può dire – il potere interpretativo della Corte viene dato per presupposto, come momento logico implicito del controllo di costituzionalità[96].

---

[93] In altri termini, la questione verrà dichiarata infondata «"in quanto" dalla disposizione o dalle disposizioni censurate non si trae la norma X, ma la norma Y, e quest'ultima non è in contrasto con le norme costituzionali invocate nell'ordinanza o nel ricorso». Così sempre V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 4.

[94] G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 221. Gli Autori sottolineano come, nel caso in cui ci si trovi dinnanzi a simili dispositivi (sia che venga palesata la formula «nei sensi di cui in motivazione», sia che essa manchi), occorra guardare *all'intera decisione*. Bisogna cioè guardare all'unità dispositivo-motivazione, da cui può trarsi l'effettivo significato interpretativo della pronuncia.

[95] Corte cost., sentenza 15 giugno 1956, n. 3; punto n. 6 del *Considerato in diritto* (su cui v. *supra*, nota n. 89).

[96] Tale decisione riguardava l'art. 2 del t.u. delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773). Esso stabiliva che «il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Contro i provvedimenti del Prefetto chi vi ha interesse può presentare ricorso al Ministro per l'Interno». Al riguardo venne quindi prospettato un possibile contrasto con gli artt. 76, 77 e 21 Cost. Nella sentenza, la Corte: da un lato esclude il contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost., ritenendo che la norma in questione «non appare in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto […] non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti», motivo per cui i provvedimenti del Prefetto sono considerati «nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale»; dall'altro lato, esclude anche il contrasto con l'art. 21 Cost., in quanto «i provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantititi dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religione, di circolazione, ecc.). Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice,

Tuttavia, solo con la sentenza 16 gennaio 1957, n. 1, per la prima volta, il dispositivo di una sentenza di rigetto presentò l'esplicito rinvio al contenuto della motivazione[97].

L'utilizzo sempre più frequente di simili pronunce da parte della Corte costituzionale non servì comunque a sopire le perplessità che, in quegli anni, animavano dottrina e giurisprudenza sui margini operativi del Giudice delle leggi. In particolare, ci si chiedeva su chi incombesse l'obbligo di adeguarsi all'interpretazione fornita della Corte. Trattandosi di sentenze di rigetto, l'evidente mancanza di efficacia *erga omnes* portava ad escludere che tali decisioni potessero vincolare tutti i giudici; dovevano però quantomeno imporsi sull'autorità remittente. Iniziò così a ritenersi che il giudice *a quo* fosse il solo tenuto a non insistere con l'interpretazione scartata dalla Corte costituzionale e che lo aveva portato a sollevare la questione di legittimità (non a caso dichiarata "infondata"). Per gli altri giudici la decisione avrebbe potuto avere tutt'al più un valore persuasivo, ma non al punto da limitare il loro libero apprezzamento.

Queste caratteristiche, legate alla loro natura di pronunce di rigetto, rappresentarono la fragilità delle prime sentenze interpretative. Pensate per evitare gli effetti dirompenti dell'accoglimento, nella ricerca (o forse nell'auspicio) di una pronta collaborazione da parte della magistratura, tali decisioni non trovarono il seguito sperato. Così, l'utilizzo di tali decisioni, prive di quella efficacia vincolante propria dell'accoglimento, rischiava di

ordinario o amministrativo, competente» (punto n. 3 del *Considerato in diritto*). La Corte dichiarò quindi la questione di legittimità infondata. Per un'analisi sulla portata interpretativa di tale decisione, in connessione con la già citata sentenza n. 3 del 1956, si veda V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, cit., 944 ss.

[97] Con tale pronuncia, la Corte si occupò della questione di costituzionalità sollevata in relazione alla legge 20 giugno 1952, n. 645, contenente le «Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione». Si ipotizzava, in particolare, un possibile contrasto con gli artt. 138 e 21 Cost. La Corte anzitutto escluse la violazione dell'art. 138, ritenendo che la legge n. 645 del 1952 non introducesse un procedimento di revisione della Costituzione o di altre leggi costituzionali. In secondo luogo, i giudici esclusero anche il contrasto con l'art. 21 Cost. Secondo la Corte, infatti, l'apologia del fascismo, per costituire reato (*ex* art. 4 della legge n. 645 del 1952), «deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Ciò significa che deve essere considerata non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla XII disposizione». Ecco, quindi, la giustificazione del rinvio alla motivazione contenuto nel dispositivo della sentenza n. 1 del 1957: il contrasto con l'art. 21 Cost. può escludersi solo nel momento in cui all'art. 4 della legge n. 645 del 1952 venga data suddetta interpretazione.

compromettere l'esigenza di certezza del diritto[98]. Questo perché, qualora una sentenza interpretativa di rigetto non venga fatta propria dai giudici, consolidandosi all'interno del diritto vivente, il seguito dell'interpretazione in essa racchiusa viene lasciato alla mercé di orientamenti giurisprudenziali che sono, per loro natura, potenzialmente difformi.

Dal canto suo, la magistratura tenne una posizione di sostanziale diffidenza nei confronti del sindacato di costituzionalità nei primi anni dalla sua attivazione[99]. I giudici comuni vedevano, in particolare nell'utilizzo delle sentenze interpretative, «una scorretta invasione di campo»[100] da parte della Corte costituzionale nell'ambito del potere giudiziario, che – com'è noto – agli inizi oppose una notevole resistenza alle iniziative del Giudice delle leggi. Ciò avvenne proprio lasciando cadere nel vuoto molti di quei richiami contenuti nelle sentenze interpretative di rigetto che, per andare nel segno, avrebbero invece richiesto un effettivo seguito da parte dei giudici.

Per ovviare a tale inconveniente, le decisioni della Corte dovevano potersi imporre non solo sul giudice *a quo*, ma su tutti gli operatori del diritto. Era quindi necessario coniare un nuovo tipo di pronuncia, un nuovo mezzo più drastico che consentisse alla Corte di imporre *erga omnes* la propria decisione, superando le "ribellioni" della magistratura ordinaria, in particolare delle giurisdizioni superiori[101]. I giudici costituzionali intuirono che l'unico modo per garantire un

---

[98] Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Interpretare*, cit., 77 s., secondo cui il rischio insito in un utilizzo eccessivo delle sentenze interpretative di rigetto consiste, per l'appunto, nel «sacrificare sull'altare della *collaborazione* le esigenze di *certezza* del diritto che dovrebbero indurre in molti casi la Corte a preferire il ricorso alla decisione di accoglimento».

[99] Sul punto, cfr. C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale,* cit., 7. A tal riguardo, anche A.M. Sandulli, in veste di Presidente della Corte costituzionale, manifestò le sue perplessità in relazione a simili resistenze della magistratura ordinaria, nel suo discorso tenuto il 3 dicembre 1968, presso il Palazzo della Consulta, per celebrare il dodicennio dell'inizio dell'attività della Corte costituzionale. Egli infatti affermò come la Corte si sia trovata dinnanzi all'ostacolo «del geloso e inflessibile attaccamento dei giudici comuni […] alle loro interpretazioni», che li portò a respingere le ricostruzioni interpretative della Corte costituzionale. Il discorso di A.M. Sandulli è reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, *www.cortecostituzionale.it*.

[100] Così C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 100.

[101] Un'analisi sulle ripercussioni dell'avvento del controllo di legittimità costituzionale sulla magistratura esula parzialmente da un lavoro incentrato sul rapporto tra Corte costituzionale e legislatore e non può essere approfondita adeguatamente in questa sede. Tuttavia, a parziale completezza del quadro sopra brevemente illustrato, non può non dar conto del fatto che, nei primi anni dell'entrata in funzione della Corte, la separazione tra ordine legale ed ordine costituzionale era così sentita che la magistratura ordinaria – specialmente i giudici di legittimità più anziani, dotati ancora «di scarsa sensibilità costituzionale», come osserva E. LAMARQUE, *Il*

effettivo seguito alle proprie decisioni interpretative era quello di agire sulla loro *vincolatività*. E dato che nelle decisioni di rigetto il vincolo incombe solo sul giudice *a quo*, allora era necessario trovare un tipo di pronuncia con effetti vincolanti *erga omnes*.

È stata questa esigenza a spingere la Corte costituzionale sul fronte delle sentenze interpretative *di accoglimento*. Com'è noto, tali decisioni implicano l'eliminazione dell'interpretazione incostituzionale che può essere data ad una disposizione, con l'efficacia *erga omnes* ed *ex tunc* propria delle decisioni di accoglimento. Il pregio di queste pronunce è di consentire una maggiore «penetrazione dei valori costituzionali nell'ordinamento legale, perché è più

seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (2000-2005), 2007, in *www.cortecostituzionale.it*, 12 – decise di mantenere un atteggiamento decisamente poco collaborativo nei confronti del neo-istituito Giudice delle leggi. Questo perché, quando la Corte entrò in funzione, nella primavera del 1956, l'opinione prevalente vedeva nella Costituzione «una *legge fondamentale ma rivolta a destinatari ben determinati*: non ai cittadini, non agli organi amministrativi, non ai giudici; ma alle sole assemblee legislative e, *pro futuro*, alla Corte costituzionale»; così F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 20 ss. L'entrata in vigore della Costituzione avrebbe così dato luogo a due sfere di competenza nettamente distinte: da un lato quella del nuovo ordine *costituzionale* e dall'altro quella dell'ordine *legale*; da un lato la *Costituzione*, dall'altro la *legge*, «ognuna con un proprio unico devoto custode e interprete, e senza possibilità d'interferenze tra l'una e l'altra, salva la necessità di metterle a confronto, come si confrontano due elementi estranei tra loro»; così E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, 45. Come anticipato, nel periodo preso in esame, le opposizioni più forti vennero dalle giurisdizioni superiori, in particolare dalla Corte di Cassazione, con cui lo scontro toccò il suo apice nel 1965, tanto da far parlare della nota "guerra tra le due Corti", la cui scintilla è scoppiata quando la Cassazione penale si rifiutò di dar seguito all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza 4 febbraio 1965, n. 11, riguardante le garanzie di difesa nel processo sommario (sul cui contenuto si tornerà più approfonditamente *infra*, nota n. 105). Com'è noto, tuttavia, dopo gli attriti iniziali, il rapporto con la magistratura proseguì verso la più stretta collaborazione. Inizialmente, la Corte costituzionale cercò di far superare ai giudici comuni il dogma della loro esclusiva sottomissione alla legge, favorendo così l'ingresso della Costituzione fra gli strumenti ermeneutici a loro disposizione. L'*interpretazione* rappresentò il *trait d'union* su cui venne costruito questo rapporto di fiducia, il cui obiettivo – comunemente condiviso dalla Corte e dai giudici comuni – è stato quello di adeguare il tessuto legislativo a quello costituzionale. L'esito di questa convergenza tra l'autorità giudiziaria e il Giudice delle leggi è di aver messo in seria discussione i canoni classici del modello accentrato di controllo di legittimità costituzionale. Tanto da far vedere oggi, nell'ambito di tale mutamento, una sorta di sindacato "*accentrato-collaboratvo*"; su cui, fra tutti, E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, III, 1843 ss. e F. MODUGNO, *Inammissibilità della* quaestio legitimitatis *per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, IV, 2412.

difficile che gli operatori e i giudici disattendano decisioni il cui dispositivo è di annullamento»[102].

Rispetto alle interpretative di rigetto, quindi, quelle di accoglimento si presentano come la seconda faccia della medesima medaglia, giacché «una questione di legittimità costituzionale potrebbe […] essere dichiarata *non fondata*, "solo in quanto" la disposizione impugnata significa Y, anziché X, come viceversa *fondata* "in quanto" significhi X»[103]. Questa possibile fungibilità tra le sentenze interpretative di rigetto e quelle di accoglimento[104] ha spesso consentito alla Corte di agire in maniera *graduale* su una determinata questione di costituzionalità. In diversi casi, infatti, la Corte ha utilizzato anzitutto una sentenza interpretativa di rigetto e, in seguito, a fronte del mancato recepimento del suo indirizzo interpretativo da parte dei giudici, ha deciso la medesima questione con una sentenza interpretativa di accoglimento[105], imponendo in

[102] Così F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 38 ss. L'Autore, tuttavia, individua in questa nuova tipologia decisoria una «pericolosa potenzialità pratica». Infatti, se nelle interpretative di rigetto vi era l'implicito invito rivolto ai giudici di collaborare nell'opera di correzione della legislazione alla luce della Costituzione, con l'obiettivo di superare la netta separazione tra ordine legale ed ordine costituzionale, con le sentenze interpretative di accoglimento questa separazione viene ulteriormente marcata. «L'interpretazione conforme alla Costituzione è abbandonata per far luogo, all'opposto, all'interpretazione contrastante, al fine di colpirla e di renderla d'ora in avanti impraticabile». Di conseguenza, le sentenze interpretative di accoglimento – come saranno in seguito anche le sentenze *manipolative* – rappresentano l'«espressione di un tendenziale monopolio della Corte per quel che riguarda l'interpretazione e l'applicazione delle norme costituzionali, dal momento che presuppongono mancata o addirittura impossibile l'opera diretta dei giudici di adeguazione della legislazione a principi e valori costituzionali» (*ivi*, 44).

[103] Così V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, cit., 9 (corsivi aggiunti).

[104] Una fungibilità che, tuttavia, non vale in assoluto. Difatti, la strada della sentenza interpretativa di accoglimento sembrerebbe percorribile solo allorché vi sia una soluzione contraria a Costituzione radicata nella giurisprudenza, come osserva M. RUOTOLO, *Interpretare*, cit., 74 ss.,

[105] Già nel primo periodo di attività, la Corte costituzionale ha agito diverse volte emanando, in serie, prima una sentenza interpretativa di rigetto e, in seguito, una di accoglimento. È quanto avvenuto riguardo alla legittimità costituzionale art. 392 c.p.p., che rappresentò il *casus belli* nel braccio di ferro con la Corte di Cassazione. In particolare, la Cassazione penale si rifiutò di dar seguito all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza 4 febbraio 1965, n. 11, riguardante le garanzie di difesa nel processo sommario (in particolare la questione riguardava un possibile contrasto tra l'art. 392, comma 1, c.p.p. e l'art. 24 Cost.). Anche in questo caso, infatti, la Corte costituzionale aveva dichiarato la questione infondata «nei sensi di cui in motivazione», dando quella che, a suo avviso, era l'unica interpretazione idonea ad evitare un contrasto con la Costituzione (nel caso di specie, la Corte riteneva estendibili al processo sommario le garanzie difensive previste dagli artt. 302 *bis*, *ter* e *quater* c.p.p.). All'interpretazione della Corte non venne però dato seguito e ciò portò alla sentenza 16 giugno 1965, n. 52. Alla base, vi era sempre il rapporto tra l'art. 392, comma 1, c.p.p. e l'art. 24 Cost.; ma questa volta l'esito fu opposto. Infatti, nella sentenza da ultimo citata, la Corte costituzionale

questo modo la propria interpretazione su tutti gli operatori giuridici dell'ordinamento (c.d. "doppia pronuncia")[106]. Nelle sentenze interpretative, l'elemento che difatti distingue l'accoglimento dal rigetto sta nel loro diverso grado di vincolatività: solo le sentenze interpretative di accoglimento sono in grado di far cadere determinati significati normativi con effetti *erga omnes*.

Con il passaggio dal rigetto all'accoglimento, la Corte costituzionale non solo è riuscita a superare le resistenze inizialmente dimostrate dalla magistratura ordinaria nel dare seguito alle proprie interpretazioni, ma ha dato un'adeguata risposta anche all'insensibilità mostrata dal legislatore alle richieste di modifica del testo legislativo, per ottemperare all'esigenza di evitare quei vuoti a cui avrebbero condotto decisioni di natura meramente caducatoria[107].

Tuttavia, mentre il rapporto in origine conflittuale con i giudici ordinari iniziò a mostrare i segni di una prossima soluzione – che condurrà ad una proficua collaborazione[108] – la Corte dovette iniziare a confrontarsi con l'operato

---

evidenziò come la magistratura ordinaria continuasse a dare all'art. 392, comma 1, c.p.p. un'interpretazione *incompatibile con la Costituzione*, escludendo che, nell'ambito del processo penale, all'istruzione sommaria potessero essere estese le garanzie del diritto di difesa introdotte con gli artt. 302 *bis*, *ter* e *quater* c.p.p. Secondo la Corte, «interpretata e applicata in tal modo, la disposizione del primo comma dell'art. 392 continua perciò a vivere nella realtà concreta in modo incompatibile con la Costituzione, come questa Corte ha già diffusamente spiegato nella ricordata sentenza n. 11». Tale situazione portò la Corte costituzionale ad invertire il segno fino ad allora tenuto con le sentenze interpretative di rigetto e ad accogliere la questione di costituzionalità. Tuttavia, un esempio di "doppia pronuncia" si ebbe anche in precedenza, quando la Corte affrontò la questione della legittimità costituzionale dell'art. 2 del t.u. di Pubblica sicurezza per la prima volta con la sentenza n. 8 del 1956 (interpretativa di rigetto), cui seguì in un secondo momento la sentenza n. 26 del 1961 (interpretativa di accoglimento).

[106] Sul meccanismo della "doppia pronuncia", cfr. V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, cit., 944 ss. In particolare, l'Autore evidenzia la possibilità per la Corte di adottare una pronuncia che sia «esplicitamente di rigetto ed implicitamente, ovvero risultante dai soli motivi, di illegittimità dell'altra norma ipotetica». Si tratta di decisioni che problematicamente si concludono con un rigetto e, quindi, non dichiarano nel dispositivo l'incostituzionalità della norma indicata dal giudice *a quo*, la cui illegittimità tuttavia emerge dalla parte motiva. Per cui, anticipando l'orientamento della Corte e l'avvento delle sentenze interpretative di accoglimento, l'Autore sembrerebbe auspicare la possibilità, per il Giudice delle leggi, di sindacare la norma incostituzionale ipotetica e di dare atto della sua incostituzionalità nel dispositivo. Una soluzione che deriverebbe, in particolare, dalla necessità che la Corte non si limiti «a giudicare *in astratto*, risolvendo questioni da essa stessa poste in linea teorica, ma concrete e determinate "controversie", come dice l'art. 136 C., che le vengono di volta in volta rimesse, nelle forme e nei modi prescritti». Se così non fosse – evidenzia l'Autore – la decisione sarebbe *inutiliter data* proprio rispetto a quella controversia sorta nel giudizio da cui è originata la questione, la cui soluzione è pregiudiziale per giungere alla sua definizione.

[107] Cfr. C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale,* cit., 9-10.

[108] Su cui, *ex multis*, cfr. E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, cit., 1843 ss.

del legislatore (*rectius*: il mancato operato), la cui inerzia condurrà la Corte dalla mera interpretazione della disposizione alla sua *manipolazione*.

3.2 *La manipolazione*

Con il tempo, la possibilità di agire *solo* sui significati incostituzionali, lasciando inalterata la disposizione, si è rivelata insufficiente. La Corte ha dovuto conquistare quegli spazi che le potevano consentire di svolgere un ruolo attivo e propositivo all'interno dell'ordinamento, per rimuovere l'incostituzionalità di una legge e, allo stesso tempo, evitare di creare dei vuoti di maggiore illegittimità costituzionale. A tal fine, la disposizione diventa un oggetto su cui la Corte può agire *positivamente*, tramite – per l'appunto – la sua "manipolazione"[109].

Si tratta di decisioni con cui la Corte, una volta riscontrata l'illegittimità dell'enunciato legislativo, non si limita ad annullarlo, con la sua espunzione dall'ordinamento, ma lo "*tras-forma*": rimuovendo *solo quella parte* della disposizione che la rende incostituzionale (sentenze di accoglimento parziale), *aggiungendo qualcosa* che manca per rendere la disciplina conforme alla Costituzione (sentenze additive) o, infine, *sostituendo* la parte illegittima della disposizione con una sua nuova formulazione (sentenze sostitutive). Con tali operazioni "chirurgiche", la Corte costituzionale ha iniziato a sindacare non solo ciò che la legge prevede, ma anche ciò che la legge *non* prevede (e dovrebbe prevedere), alterando il significato degli enunciati normativi rispetto a quanto prospettato dal legislatore.

Proprio per questo le sentenze manipolative sono state accolte come strumenti di indebita normazione, un'attività che dovrebbe ritenersi teoricamente preclusa all'organo della giustizia costituzionale[110]. Parte della

[109] Tra i primi a parlare di effetti "manipolativi", vi fu L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 562.

[110] Fra tutti, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 145-147, che evidenziava come l'unico effetto conseguente ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale fosse quello

dottrina, infatti, non ha tardato a mettere in luce il carattere "creativo" e "normativo" di simili pronunce, considerate alla stregua di vere e proprie «*sentenze-legge*», in grado di creare immediatamente diritto e consentendo così alla Corte di usurpare la funzione propria del legislatore[111].

Ben presto, tuttavia, queste tecniche decisorie hanno rivelato la loro natura *fisiologica* all'interno della funzione di garanzia costituzionale, dimostrata d'altronde anche dalla loro presenza costante nell'evolversi della giurisprudenza del Giudice delle leggi. Esse, infatti, consentono di poter rendere il testo legislativo conforme a Costituzione operando solo su quelle parti che ne compromettono la legittimità. In questo modo, la Corte costituzionale ho potuto scongiurare il pericolo di creare quei vuoti normativi che conseguirebbero all'adozione di un dispositivo di accoglimento semplice e che rischierebbero di dar vita a situazioni di *maggiore incostituzionalità*[112].

Quindi il successo e, in fin dei conti, l'inevitabilità dell'utilizzo delle decisioni manipolative sono dovuti al fatto che esse consentono il raggiungimento di un duplice risultato. Da un lato, quello di garantire il pieno

della cessazione di efficacia della legge illegittima. Nell'originaria visione dell'Autore, alle decisioni della Corte non potevano attribuirsi altri effetti che quello contemplato dall'art. 136 Cost. In particolare, alla Corte non poteva spettare il potere di «determinare le linee di una eventuale nuova disciplina della materia né tanto meno stabilire direttamente quale è la disciplina (conforme alla costituzione) che prende il posto di quella dichiarata incostituzionale», in linea con la funzione meramente negativa del controllo di costituzionalità della legge. La legittimità – oltre che l'opportunità – di tali decisioni venne invece sostenuta da V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, cit., 164 che, già al diffondersi delle prime sentenze manipolative, metteva in luce come tutte le sentenze di accoglimento – e non solo quelle che venivano accusate di avere una portata indebitamente "creativa" – avessero in fin dei conti la capacità di *modificare* l'ordinamento giuridico. In particolare, secondo l'Autore, «le differenze tra sentenze di accoglimento parziale rispetto al testo e sentenze di accoglimento parziale rispetto alla norma, sino a quelle aggiuntive o sostitutive, sono […] differenze quantitative e non – come taluno asserisce – qualitative».

[111] Così G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 103 ss., secondo cui, data la loro peculiare conformazione, le decisioni di natura manipolativa attribuirebbero alla Corte costituzionale un improprio ruolo di «Corte-legislatore».

[112] Sulla necessità per la Corte di valutare le ripercussioni delle proprie decisioni, in particolare quella di una situazione normativa di maggiore incostituzionalità determinata dall'annullamento della disciplina legislativa incostituzionale, cfr. F. MODUGNO, *La "supplenza della Corte costituzionale*, cit., 114 ss. Sul punto, v. anche A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro it.*, 2000, V, 21, che mette in luce come «queste pronunzie, a tutta prima dotate di una formidabile capacità innovativa, in realtà costituiscono piuttosto strumenti di (parziale) "conservazione", a fronte dell'alternativa, francamente odiosa ed insopportabile, della caducazione pura e semplice di una legge comunque non in tutto compatibile con la Costituzione».

rispetto della legalità costituzionale, rendendo il testo legislativo conforme a Costituzione grazie alla rimozione delle sole parti illegittime (in ossequio al già citato principio di massima conservazione degli atti legislativi)[113]; dall'altro, manipolando e non eliminando l'enunciato normativo, la Corte evita di creare quei pericolosi vuoti di disciplina che sono invece la conseguenza tipica delle sentenze di accoglimento "semplici"[114]. Difatti, a differenza di queste ultime, nel caso delle sentenze manipolative, una volta «accertata la fondatezza della questione di legittimità costituzionale, la Corte *dichiara l'illegittimità della legge* ridefinendone in vario modo la portata normativa. […] Formalmente la pronuncia cade sul testo, ma non con scopi distruttivi e nemmeno interpretativi, bensì con scopi […] ricostruttivi»[115].

Una "ricostruzione" che la Corte ha messo in atto con diverse modalità, a seconda delle esigenze. Com'è noto, infatti, del *genus* "sentenze manipolative" fanno parte diverse tipologie di pronunce. Anzitutto vi sono le cosiddette *sentenze di accoglimento parziale*, con cui la Corte elimina – per l'appunto – una parte, anche solo un inciso, del testo normativo impugnato. Simile intervento è reso possibile nel caso in cui la disposizione risulti suddivisibile in più parti di cui solo alcune in contrasto con la Costituzione; di conseguenza, solo queste ultime verranno annullate dalla Corte, mentre il resto rimarrà in vita. Un risultato che si ottiene principalmente operando su frazioni materiali della disposizione, come singole parole o proposizioni[116].

---

[113] Come evidenziato in particolare anche da V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 164.

[114] Per tali considerazioni, cfr. R. PINARDI, *op. ult. cit.*, 106-109. L'Autore considera le sentenze di tipo manipolativo tra le tecniche di giudizio con cui la Corte tenta di prevenire il proprio *horror vacui*. Infatti, grazie a simili decisioni, la Corte s'incarica «non soltanto di accogliere la *quaestio* esaminata, ma anche di individuare, nella parte dispositiva della sua pronuncia, la norma che dovrà aggiungersi (o prendere il posto di) quella censurata, allo scopo, evidente, di evitare il prodursi del "vuoto" normativo che conseguirebbe, viceversa, all'adozione di un dispositivo di (puro) accoglimento».

[115] Per questa definizione v. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 230. Per quanto riguarda l'ultimo punto, per gli Autori oggi sarebbe più appropriato parlare di "ricostruzione" anziché di "manipolazione". Quest'ultima definizione avrebbe infatti un'accezione negativa; il che, se pur poteva giustificarsi nei tempi in cui tale tecnica si diffuse (considerate le perplessità che, agli inizi, suscitò l'adozione di pronunce di natura manipolativa), sembrerebbe oggi inappropriata, soprattutto considerando che tale definizione è affiancata ad una funzione di giustizia, dove il concetto di manipolazione dovrebbe essere escluso.

[116] Secondo alcuni, tale risultato potrebbe ottenersi anche scorporando la disposizione in frazioni ideali, cui corrispondono diverse norme o significati; per cui, in questo caso, si avrà incostituzionalità «nella parte in cui…» alla disposizione viene dato un certo significato.

Tuttavia, nell'ambito delle decisioni di stampo manipolativo, il prodotto più originale, sofisticato e controverso dell'armamentario decisionale della Corte costituzionale consiste nelle sentenze *additive* e *sostitutive*.

Com'è noto, le sentenze additive (o "aggiuntive") dichiarano la legge incostituzionale in quanto *omette* qualcosa. Ad essere illegittima non è la disposizione in sé, ma la mancanza di una previsione che, se vi fosse, renderebbe la disposizione compatibile con la Costituzione. Così, nel dispositivo di una sentenza additiva, la Corte dichiara l'incostituzionalità della legge «nella parte in cui non…» contempla qualcosa che, invece, dovrebbe contemplare[117]. Ed è proprio questo l'aspetto centrale: il vero oggetto delle pronunce additive non è

Tuttavia, parte della dottrina ha ritenuto che questa seconda tipologia di decisioni della Corte non faccia parte del *genus* delle manipolative, bensì di quello delle interpretative. In particolare, secondo V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale,* cit., 16, farebbero parte delle sentenze di accoglimento parziale (e quindi delle sentenze manipolative) solo quelle pronunce che agiscono sui frammenti materiali della disposizione. Le pronunce che invece colpiscono le norme, o parti di esse, sarebbero più propriamente interpretative di accoglimento, rappresentando il risultato di un'interpretazione. In questo caso non si colpirebbe il testo nella sua «dizione», ma esso verrebbe modificato per la necessità di darne una «diversa lettura». Sul punto si vedano anche G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. ult. cit*., 231 e C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 105, secondo cui «se la disposizione esprime due o più norme *che si escludono reciprocamente* (sì che solo una, alla fine, è ricavabile dall'intero testo), allora si tratterà di una sentenza interpretativa; se invece la disposizione esprime due o più norme fra loro *cumulabili* (sì che l'una non escluda l'altra), allora la sentenza sarà di accoglimento parziale».

[117] Tra le prime decisioni con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità di un'omissione, vi è la sentenza 21 gennaio 1957, n. 24. La sentenza, relativa ai limiti della competenza legislativa della Regione autonoma della Sardegna in materia di controlli sui comuni e sulle provincie, fu infatti la prima a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge presentando il sintagma «in quanto sono state omesse…»; un'omissione che, nel caso di specie, riguardava le regole sull'ineleggibilità e sull'incompatibilità dei membri degli organi di controllo che si desumono dai principi della legislazione nazionale in materia di enti locali. Con il tempo le sentenze additive cominciarono ad aumentare, entrando così a far parte in maniera stabile dell'armamentario decisionale della Corte costituzionale. Possono considerarsi, a tal proposito, tra le prime e più rilevanti decisioni con portata additiva: la sentenza 12 dicembre 1963, n. 168 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 11, comma 1, della legge 24 marzo 1958, n. 195 che escludeva l'iniziativa del Consiglio superiore della Magistratura a deliberare autonomamente sulle ipotesi di assunzione, trasferimento, assegnazioni di sedi e ad ogni altro provvedimento relativo allo stato dei magistrati (mentre prima ciò poteva avvenire su richiesta del Ministro della Giustizia); la sentenza 5 febbraio 1964, n. 9 che, nel caso di sottrazione di persone incapaci, ha esteso il diritto di presentare la querela a chiunque eserciti la potestà genitoriale (un diritto che prima spettava solo al padre); la sentenza 28 febbraio 1967, n. 22 che ha esteso le ipotesi di responsabilità civile del datore di lavoro, nel caso di infortunio sul luogo lavoro derivante da reato, ai casi in cui quest'ultimo sia stato commesso da qualsiasi dipendente (mentre prima il datore di lavoro era responsabile solo se il reato fosse stato commesso dagli incaricati della direzione e della sorveglianza); o ancora la sentenza 10 dicembre 1970, n. 190, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 304 *bis*, primo comma, del codice di procedura penale, «limitatamente alla parte in cui esclude il diritto del difensore dell'imputato di assistere all'interrogatorio».

il testo della legge, ma una «norma implicita di esclusione»[118], un'*omissione* la cui presenza implicitamente si deduce dalla lettura della previsione legislativa, rendendola illegittima. Per cui, «con la dichiarazione d'incostituzionalità dell'implicita esclusione, l'escluso viene a essere incluso»[119] ed è per questo motivo che si parla di sentenze "additive": dal momento che ad essere incostituzionale è l'omissione in sé, tali pronunce vanno ad aggiungere qualcosa che per la Costituzione è essenziale ma che nella legge manca. In questi casi, una sua integrazione è costituzionalmente necessaria: «l'"indifferenza legislativa" è "non qualificazione deontica". Per questa ragione, la carenza legislativa lascia aperto lo spazio alla Corte per "salvare" la costituzionalità dell'enunciato attraverso un'operazione di integrazione di quest'ultimo»[120].

Alle decisioni di natura prettamente additiva, si affiancano poi le sentenze *sostitutive*. La struttura delle tue tipologie decisorie è senza dubbio analoga: anche le sostitutive, in fin dei conti, dichiarano l'incostituzionalità di una norma assente dall'enunciato legislativo, che viene dichiarato illegittimo nella parte in cui prevede qualcosa *anziché* qualcos'altro[121]. Quindi, all'interno di un'unica

---

[118] Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 – luglio '85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 302 ss. Per tale ricostruzione, si vedano anche C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro. It*, 1970, V, 157 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 1082; F. MODUGNO – A.S. AGRÒ – A. CERRI, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 281-283; V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 2000, II, 1985 ss., spec. 1988 ss. Si veda, ancora, C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, cit., 23, che sottolinea come l'individuazione della «norma implicita di esclusione» sia momento fondamentale ed essenziale della sentenza additiva. Trattandosi di un'omissione, se comunque non si individuasse la norma implicita di esclusione, non si potrebbe attivare il meccanismo previsto dall'art. 136 Cost. e non si potrebbe pervenire ad una sentenza di illegittimità costituzionale. Così, «una volta configuratasi la disposizione normativa assente e che invece avrebbe dovuto essere presente, la Corte […] annulla la norma di esclusione, introducendo così la disposizione stessa nell'ordinamento».

[119] Così ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 237. Secondo gli Autori, le ipotesi principali di omissione sarebbero due. Da un lato vi è il caso in cui l'omissione comporti una "discriminazione", motivo per cui ad essere violato sarebbe il principio di uguaglianza; in simile ipotesi «le omissioni del legislatore divengono controllabili senza che si possa invocare, in contrario, la "discrezionalità del legislatore"». Dall'altro lato vi è il caso in cui il giudizio di costituzionalità riguarda ipotesi diverse dal tema dell'uguaglianza, in cui quindi ad essere coinvolti sono altri principi costituzionali invocati per colmare l'omissione; in questa ipotesi, a differenza di quella precedente, a venire in gioco è la dottrina delle «rime obbligate».

[120] F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 122.

[121] La prima decisione di natura sostitutiva emanata dalla Corte costituzionale fu la sentenza 12 febbraio 1969, n. 15. Essa riguardava in particolare l'art. 313, comma 3, c.p. relativo

decisione, sono strutturalmente distinguibili due momenti logici: l'*annullamento* del frammento incostituzionale presente nella disposizione legislativa e l'*aggiunta* di una norma che – per l'appunto – "sostituisce" quella espunta[122]. Una *pars destruens* per ciò che la legge prevede e una *pars construens* per ciò che la legge non prevede.

Ed è proprio in questa astratta scomponibilità delle sentenze sostitutive che si cela la differenza fondamentale con le sentenze additive[123]. Infatti, solo nelle prime si ha un effetto caducatorio della norma che, una volta eliminata, porta alla creazione di un vuoto che viene poi necessariamente colmato dalla Corte costituzionale nel momento ricostruttivo della sostituzione[124]. Nelle sentenze additive, invece, «il vuoto (omissione o semplice assenza di disciplina) c'è già prima della sentenza e la pronuncia […] ha appunto lo scopo di rimediare alla carenza o insufficienza di disciplina, ritenuta costituzionalmente illegittima»[125].

---

all'autorizzazione a procedere nel caso di vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze armate (cioè per i delitti previsti dall'art. 290 c.p.). Tale disposizione prevedeva testualmente che, fuori dal caso di vilipendio alle Assemblee legislative, negli altri casi – e quindi anche per il vilipendio della Corte costituzionale – «non si può procedere senza l'autorizzazione del Ministro per la giustizia». Allora, con la sentenza in questione, venne dichiarata «la illegittimità costituzionale dell'art. 313, terzo comma, del Codice penale, nei limiti in cui attribuisce il potere di dare l'autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte costituzionale al Ministro di grazia e giustizia *anziché* alla Corte stessa» (corsivo aggiunto). Tra i primi ad inquadrare tale decisione nel novero delle sentenze sostitutive, mettendo in luce come il loro utilizzo si andasse a consolidare in quegli anni, vi fu V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, 1974, cit., 163, che evidenziava come tale meccanismo decisorio ricorresse altresì nella sentenza n. 38 del 1969 e nelle sentenze nn. 19 e 34 del 1970.

[122] Cfr. A. CELOTTO – F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, cit., 808 s.

[123] Differenza non sempre colta adeguatamente dalla dottrina, che spesso ha ritenuto le sentenze sostitutive assorbite nel più ampio fenomeno delle decisioni additive. Per simili considerazioni cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., nota n. 246.

[124] Sul punto si vedano N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 37 ss. e A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, 3672 ss., spec. 3679 ss. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia che alle pronunce dalla portata additiva, che incidono sulle omissioni del legislatore, devono senz'altro riconoscersi effetti caducatori (con efficacia *erga omnes ex* art. 136 Cost.). Tuttavia, secondo l'Autore, questa tipologia di pronuncia esaurirebbe la sua portata nel profilo ablatorio, «senza poter pretendere di imporre con effetti generali l'integrazione normativa contenuta nel suo dispositivo additivo». Di conseguenza, l'integrazione normativa indicata dalla Corte costituzionale avrebbe «*un valore solo persuasivo*: esso si imporrà se verrà fatta propria dalla giurisprudenza prevalente e consolidata».

[125] Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 – luglio '85)*, cit., 302-303. Per l'Autore, nelle sentenze additive, il profilo ablatorio è assente e «viene in evidenza solo quello ricostruttivo o, *rectius*, aggiuntivo». Non a caso egli poi sottolinea come, questo *quid pluris* che nelle sentenze additive si aggiunge andando a modificare la posizione di partenza, renda la scelta della Corte costituzionale italiana lontana

A differenza delle sostitutive, quindi, non vi è nulla da eliminare, è anzi l'omissione in sé ad essere incostituzionale e per questo va colmata.

Resta il fatto che, tanto con la mera addizione quanto con la sostituzione, viene corretta la portata normativa delle disposizioni oggetto del sindacato di costituzionalità, cui consegue l'immissione all'interno dell'ordinamento di un *quid pluris*, di «un effetto normativo più ampio» rispetto a quello che la disposizione possedeva originariamente, prima della decisione della Corte[126].

Come anticipato, l'indiscutibile funzione integrativa di tali decisioni sembrerebbe porsi in contrasto con la funzione meramente negativo-eliminativa che, in base alla formulazione dell'art. 136 Cost., si voleva assegnare al sindacato di costituzionalità. In altri termini, con le sentenze manipolative, il Giudice delle leggi realizza un rilevante passo avanti nel cammino avviato con le decisioni interpretative: non si limita ad annullare le norme sottoposte al suo controllo, ma rivendica il potere di individuare autonomamente la norma legittima[127]. Un mutamento giurisprudenziale che, in principio, suscitò numerose perplessità in dottrina e necessitava, quindi, di un'opportuna giustificazione sul piano giuridico.

---

dalla soluzione tedesca di limitarsi, in casi analoghi, alla semplice *Unvereinbarkeit*, cioè alla mera dichiarazione di "incompatibilità" tra legge e Costituzione.

[126] Sul punto, cfr. C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, II, 1133, 1137 ss. È proprio in base all'analisi dei risultati normativi che, secondo l'Autore, può individuarsi la reale portata delle sentenze additive. Egli, infatti, nota come un mero raffronto tra il testo originario e il testo per come risulta a seguito della pronuncia della Corte non è sufficiente. Il semplice raffronto lessicale potrebbe condurre a risultati relativi e quindi, nella pratica, irrilevanti. Questo perché «la decisione della Corte, infatti, potrà essere additiva o meno *sul piano lessicale*, pur producendo le medesime conseguenze normative» (corsivo aggiunto): una diversa struttura lessicale potrebbe essere, in astratto, idonea a produrre la stessa norma che risulterebbe, quindi, comunque incostituzionale. Essenziale è invece un raffronto sul piano normativo; nel senso, cioè, che si avrà una sentenza additiva solo nel caso in cui venga determinata un'estensione degli effetti normativi.

[127] Cfr. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 764.

3.2.1 *La dottrina delle "rime obbligate"*

La possibilità per i giudici costituzionali di "aggiungere", "sostituire" o – *lato sensu* – "manipolare" gli enunciati legislativi sottoposti al loro sindacato segnò un chiaro distacco dal modello astratto elaborato dai costituenti e con i primi interventi legislativi, portando a un netto superamento dell'immagine *kelseniana* del tribunale costituzionale quale "legislatore negativo"[128]. Con tale mutamento, si diffuse inevitabilmente il timore che la Corte si andasse ad insinuare nel terreno della discrezionalità del legislatore, esercitando una funzione essenzialmente "paralegislativa", in indebita sostituzione del Parlamento.

Se sul piano "istituzionale" ciò venne giustificato dalla necessità di fronteggiare l'inerzia del legislatore nell'attuazione del programma di riforme avviato con la Costituzione[129], era tuttavia necessario individuare un'adeguata copertura alla manipolazione dal punto di vista giuridico.

Così tale copertura venne trovata nella fortunata dottrina delle "*rime obbligate*", secondo la nota immagine proposta da Crisafulli[130]. Sulla base di tale

---

[128] Cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., 171 ss., spec. 173, secondo cui – come già visto più diffusamente *supra*, § nota n. 36 – il potere di annullamento delle leggi equivarrebbe ad una forma di esercizio della funziona legislativa, ma di *segno negativo*. I tribunali costituzionali, infatti, si limitano all'*applicazione* della costituzione, per cui nella loro attività sarebbe del tutto assente quella componente *creativa* che invece caratterizza l'operato del legislatore.

[129] Su cui v. *infra*, cap. II, § 3 e § 3.1.

[130] Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, 1984, cit., 402 ss., spec. 407 s. e ID., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, 84-85. In particolare, ad avviso dell'Autore, nelle manipolative la Corte costituzionale opera – come si vedrà anche più avanti – una sorta di «procedimento di integrazione per ricorso ai principi: la norma destinata a colmare la lacuna venendo fatta derivare da un principio generale, o addirittura dalla stessa norma costituzionale violata dall'omissione legislativa». In questo modo, il Giudice delle leggi si limita ad estendere o specificare qualcosa che, allo stato latente, è già virtualmente contenuto nel sistema normativo. Il che porta ad escludere che la norma introdotta a seguito di detto procedimento esegetico possa ritenersi frutto dell'inventiva – e quindi in buona misura dell'arbitrio – della Corte. Ancor prima di tali considerazioni, cfr. ID., *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, 1974, cit., 164, ove l'Autore afferma che nelle sentenze aggiuntive la Corte non crea liberamente la norma che andrà ad integrare la disciplina, «ma si limita ad individuare quella – già presente nell'ordinamento, o ricavabile dalle stesse norme costituzionali di cui ha fatto applicazione con la sua sentenza – mediante la quale colmare il "vuoto", che altrimenti deriverebbe dalla stessa sentenza».

intuizione, le decisioni manipolative della Corte costituzionale non avrebbero effetti propriamente "creativi", perché nella creazione viene data origine alle cose dal nulla e ciò non è quanto accade con la manipolazione. Con essa, la Corte non introduce nuove norme basandosi sulla propria libera inventiva. Al contrario, esse sono il risultato di un'opera di *ricerca* e *interpretazione* delle altre norme e principi contenuti nel sistema. Non si tratterebbe quindi di un'inammissibile opera di legislazione o di vera e propria "creazione", ma di "*esplicitazione*"[131].

Si tratterebbe, quindi, di una sorta di «procedimento di integrazione per ricorso ai principi»[132]. Il punto di partenza è l'esistenza di un vuoto di disciplina che deve essere colmato dalla Corte per riallineare la legge con la Costituzione. Tuttavia, le norme mancanti individuate nella decisione manipolativa non sono il frutto della «fantasia della Corte»[133], ma di un'attenta opera di interpretazione svolta sull'ordinamento costituzionale nel suo complesso, al cui interno è già *potenzialmente* contenuta la regola necessaria. In altri termini, l'intervento della Corte altro non sarebbe che il frutto dell'esplicitazione di quanto già virtualmente presente nel sistema costituzionale, per cui l'opera di manipolazione in realtà non è libera, non è creazione, ma rappresenta l'*unica* possibile soluzione normativa per fronteggiare l'incostituzionalità. Se così non

---

[131] Al più si potrebbe parlare di "creatività strumentale", non certo di "creatività *ex nihilo*", proprio perché si tratta di un'attività strumentale all'adeguamento del diritto legislativo alla Costituzione. Per simili considerazioni, cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 21.

[132] Così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 84. Non condivide tale ricostruzione G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 106 ss., secondo cui, anche a ritenere la norma "aggiunta" già presente implicitamente nell'ordinamento, la Corte si sarebbe appropriata – secondo l'Autore – del potere «di *indicarla vincolativamente*». E al riguardo egli prosegue sostenendo che «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c'è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla. Intervenendo invece la Corte, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore». Sul punto, cfr. anche G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., 763-768, secondo cui la trasformazione del testo da illegittimo a legittimo, operata dalla Corte costituzionale, è solo apparente. In realtà, l'illegittimità apparirebbe tale solo al giudice *a quo* nel momento in cui ritiene non manifestamente infondata la questione: così facendo, il remittente omette di confrontare debitamente la legge ordinaria con la Costituzione, il che lo porta a non accorgersi della possibilità di *autointegrare* il testo (o comunque sceglie di non seguire tale strada). Di conseguenza, in caso di omissione legislativa, con le decisioni di natura additiva la Corte «aggiunge alla norma un *quid novi*, che è concepito in via del tutto astratta, per conversione del negativo in positivo, con effetto di legittimazione *a posteriori* del testo di legge».

[133] Come chiarisce sempre V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, 1984, cit., 404.

fosse, se cioè alla Corte si presentasse un'alternativa data dalla presenza di plurime opzioni normative per superare l'incostituzionalità, la scelta dovrebbe spettare al legislatore ed essere il frutto di sue valutazioni discrezionali.

Allora – ed ecco la felice intuizione *crisafulliana* – «se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione *a rime obbligate*. La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»[134].

Anche la stessa Corte costituzionale iniziò a "giustificare" l'emanazione di pronunce manipolative basandosi sulla dottrina delle rime obbligate; una giurisprudenza cui venne dato avvio in particolare con la sentenza 22 aprile 1986, n. 109. Sebbene la necessità di rispettare tale limite si evincesse, in maniera implicita, già da precedenti decisioni[135], è con tale sentenza che la stessa Corte – ribadendo il proprio orientamento ormai consolidato – afferma espressamente che una decisione manipolativa è consentita «soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata».

---

[134] Così V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 84-85. L'Autore, tuttavia, è consapevole che alla sua tesi possano essere mosse alcune critiche di maggiore consistenza ed individua in particolare due fronti problematici relativi alle sentenze additive. Il primo è quello dell'art. 81 Cost. e riguarda quelle sentenze manipolative che hanno come conseguenza nuove spese a carico del bilancio dello Stato. Il secondo è quello dell'art. 25 Cost. e riguarda le sentenze manipolative in materia penale. Partendo da quest'ultima ipotesi, egli si chiede, però, se veramente con una sentenza manipolativa si ponga in essere una violazione della riserva di legge in materia penale *ex* art. 25 Cost. L'Autore, infatti, sostiene che «togliendo qualcosa che era potenzialmente compreso nella norma (e nella relativa disposizione), la Corte non crea, perciò, una nuova fattispecie penale, ma restringe la portata di una fattispecie legislativa già presente nell'ordinamento». L'ostacolo dell'art. 81 Cost. sembra invece più difficile da superare, motivo per cui l'Autore auspica l'introduzione di un congegno normativo *ad hoc* che consenti di superare i limiti derivanti dalla necessaria previsione legislativa per l'introduzione di nuove spese.

[135] Si può fare l'esempio della sentenza 25 giugno 1981, n. 137, una delle prime manifestazioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Già in tale decisione, infatti, la Corte costituzionale riteneva che, in caso di plurime opzioni normative idonee ad integrare la disciplina censurata in senso conforme a Costituzione, la scelta tra di esse eccedesse i poteri della Corte, rientrando nella discrezionalità legislativa. Una soluzione che portò il Giudice delle leggi a decidere nel senso dell'inammissibilità (cfr. punto n. 5 del *Considerato in diritto*).

La Corte poi prosegue con una necessaria puntualizzazione che rappresenta – se così si può dire – il contraltare delle "rime obbligate". Se è vero che l'intervento manipolativo del Giudice delle leggi è consentito quando la norma individuata rappresenta l'unica soluzione costituzionalmente obbligata, «quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore»[136]. È sulla scorta di tale impostazione che i giudici di Palazzo della Consulta – come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo del presente lavoro – hanno cominciato ad adottare decisioni di inammissibilità (e in origine di rigetto) per rispetto della discrezionalità legislativa: se l'intervento manipolativo deve considerarsi ammissibile nel caso in cui vi sia una "rima obbligata", in tutti i casi in cui l'incostituzionalità è superabile solo scegliendo una delle possibili opzioni normative compatibili con la Costituzione, la scelta deve essere effettuata dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità[137].

Non vi è dubbio che la giustificazione individuata nelle rime obbligate consentì agli interventi manipolativi di entrare stabilmente nell'armamentario decisionale a disposizione della Corte, per garantire il pieno rispetto del principio di legittimità costituzionale. Una sorta di «*favor Constitutionis*» che porta sì a privilegiare gli interventi del legislatore, ma che, in loro mancanza, non esclude e anzi richiede l'integrazione-adeguazione da parte della Corte, con pronunce

[136] Corte cost., sentenza 22 aprile 1986, n. 109 (punto n. 3 del *Considerato in diritto*). Ma si veda anche, successivamente, la sentenza 11 maggio 1994, n. 190. In questa decisione la Corte sottolinea come, al di là dei motivi di stretta costituzionalità della legge, la questione sia «comunque inammissibile, sotto il diverso profilo dei limiti del potere decisorio di questa Corte, rispetto alla discrezionalità del legislatore, in relazione al tipo di intervento additivo richiesto. In principio, il risultato cui il giudice *a quo* tende sarebbe infatti astrattamente realizzabile attraverso una pluralità di interventi normativi variamente articolati». Così, dopo aver elencato tutte le soluzioni normative astrattamente possibili, la Corte conclude sottolineando che «mai, dunque, potrebbe configurarsi una soluzione obbligata, ma sarebbe per contro ipotizzabile una pluralità di interventi, variamente articolati, sicché destinatario della richiesta avanzata dal giudice *a quo* non potrebbe essere altri che il legislatore, non certo questa Corte». Entrambi i passaggi richiamati sono al punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

[137] Una sorta di "dogma" che il Giudice delle leggi ha rispettato a lungo ma che, nella giurisprudenza costituzionale più recente, è stato messo fortemente in discussione, principalmente a causa del perdurante protrarsi dell'inerzia legislativa a fronte dei richiami – anche stringenti – della Corte costituzionale. A tale mutamento in atto verrà dedicata la parte finale di tale lavoro, per cui si veda più approfonditamente *infra*, cap. III, spec. § 3.

non necessariamente caducatorie[138]. Un *favor* che, quindi, deve essere assicurato anche a fronte di disposizioni legislative su cui è necessario agire in maniera positiva per superare l'incostituzionalità, tramite un'opera *inventiva* della Corte. Da intendere, però, mutuando alcune acute osservazioni della dottrina, «nel significato che hanno i vocaboli originari latini *invenire* e *inventio*, i quali mettono a fuoco un'attività consistente nel *cercare* e nel *trovare*»[139]: proprio perché la Corte *cerca* e *trova*, nel tessuto costituzionale, la soluzione obbligata per rimuovere l'illegittimità.

3.3 In medio stat virtus? *L'ipotesi delle additive di principio*

Nonostante il valido fondamento offerto dalla dottrina delle "rime obbligate", non vi è dubbio che esse possiedano un limite ontologico (o sarebbe più meglio dire tautologico): non possono giustificare gli interventi manipolativi della Corte in tutti quei casi in cui manchi una soluzione costituzionalmente obbligata. Come visto nel paragrafo precedente, infatti, in presenza di una pluralità di opzioni normative per superare l'incostituzionalità, la scelta non spetta ai giudici costituzionali, ma rientra appieno nella discrezionalità del legislatore. E non vi è dubbio che si tratti di una soluzione necessitata: pur rappresentando una giustificazione elaborata *ex post* dalla dottrina e fatta propria dalla Corte, non può certo immaginarsi l'esercizio di un sindacato sulle leggi privo di limitazioni e che non sia volto al perseguimento di una ragionevole ponderazione tra il corretto esercizio della funzione di garanzia costituzionale e il rispetto di quella legislativa. D'altronde, evitare di invadere la sfera riservata

[138] Cfr. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 – luglio '85)*, cit., 305 ss.

[139] Così P. GROSSI, *L'*invenzione *del diritto*, Bari-Roma, 2017, 81-83, che tuttavia attribuisce il ruolo di «*invenzione* del giuridico» più in generale al giurista contemporaneo, in particolare al giudice. Osserva infatti l'Autore che oggi si deve rifuggire dall'idea che il diritto sia *voluto* o comunque *creato* da un'autorità potestativa, anche dallo stesso legislatore. Al contrario, «il diritto va cercato e trovato, intendendo questi verbi sottolineare un'operazione intellettuale più attinente al *leggere*, *conoscere*, *decifrare*». Un senso valido oggi ancor di più rispetto al passato, stanti le incertezze, le stratificazioni e le interrelazioni tra tali strati che connotano le società contemporanee.

al legislatore è stata una preoccupazione che, in maniera più o meno incisiva, ha sempre animato la stessa Corte costituzionale.

Tuttavia, come poc'anzi anticipato, la dottrina delle rime obbligate ha un limite che, con il tempo, si è rivelato sempre più gravoso: cosa fare in tutti quei casi in cui, a fronte di una prospettata incostituzionalità, manchi una soluzione costituzionalmente obbligata? Detto altrimenti, ci si chiede se il rispetto della discrezionalità legislativa possa rappresentare, sempre e comunque, un limite alle esigenze del controllo di costituzionalità, in particolare quando dal controllo della Corte emerga una violazione della Costituzione a cui, però, può essere posto rimedio con una molteplicità di soluzioni tra cui scegliere alla luce di valutazioni politico-discrezionali[140].

Proprio per fronteggiare simili eventualità, la Corte costituzionale ha fatto un ulteriore passo in avanti nell'elaborazione dei suoi strumenti decisionali, con un tipo di pronuncia che – come l'additiva – è idonea a colmare illegittimi vuoti di disciplina, ma che – a differenza dell'additiva – si mantiene a maggiore distanza dall'invalicabile confine della discrezionalità politica del legislatore. Si tratta delle *sentenze additive di principio* o, più in generale, delle sentenze additive con dispositivo generico. Una tecnica decisoria che continua a destare interesse, poiché la sua ragion d'essere sta proprio nel tentare di preservare la discrezionalità legislativa, nell'ottica di un giusto compromesso tra la manipolazione e il rispetto degli equilibri istituzionali. Tale tecnica decisoria, infatti, «non invade la competenza parlamentare, lasciando alle Camere il compito di scegliere fra una pluralità di soluzioni possibili; […] è più efficace delle sentenze monitorie che l'hanno preceduta essendo accompagnata dalla vincolatività delle sentenze di accoglimento; e, comunque, in attesa dell'intervento legislativo, abilità il giudice comune a rinvenire interpretativamente la regola del caso concreto, svolgendo il principio individuato dalla Corte»[141].

Anche in questo caso, come per le già analizzate sentenze additive "semplici", viene dichiarata l'incostituzionalità di una omissione legislativa.

[140] Cfr. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, III, 3203 ss.
[141] Così CELOTTO – F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, cit., 810.

Tuttavia, per farvi fronte, la Corte non individua – e quindi non aggiunge – una regola determinata, ma un più ampio *principio*. In altri termini, nella decisione non viene indicata in maniera puntuale la norma considerata come l'unica in grado di colmare immediatamente ed autonomamente la lacuna, ma viene immesso nell'ordinamento un principio «*generale* o *generalissimo*»[142]. In quanto tale, esso sarà declinabile in più e diversi modi, per cui se ne potrà trarre una pluralità di norme, tutte astrattamente compatibili con la Costituzione. Ciò non toglie, tuttavia, che si dovrà trattare comunque di un principio "a rime obbligate", vale a dire, anche in tal caso, frutto di una *doverosa* esplicitazione di quanto racchiuso nel sistema costituzionale e non di un'arbitraria individuazione della Corte[143].

[142] Così A. CELOTTO – F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, cit., 810. Per capirne al meglio il meccanismo operativo di tali decisioni, può essere opportuno riportarne uno dei primi – e più emblematici – esempi di additive di principio, quello della sentenza 3 giugno 1987, n. 215, sull'accesso dei portatori di handicap all'istruzione superiore. La questione venne sollevata in relazione all'art. 28 della legge 30 marzo 1971, n. 118, che ha convertito il decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5 sulle provvidenze a favore dei mutilati ed invalidi civili. Ebbene, l'art. 28, al comma 3, prevedeva: «sarà facilitata, inoltre, la frequenza degli invalidi e mutilati civili alle scuole medie superiori ed universitarie». La Corte decise di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione «nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicaps, prevede che "*Sarà facilitata*", anziché disporre che "*È assicurata*" la frequenza alle scuole medie superiori» (punto n. 9 del *Considerato in diritto*; corsivi aggiunti). Si capisce allora come la Corte abbia voluto garantire l'effettività del diritto all'educazione di minorati ed invalidi, passando dalla mera "facilitazione" alla concreta "assicurazione". Con tale mutamento, la disposizione acquista un valore immediatamente precettivo, imponendo agli organi scolastici di dare subito attuazione alle misure necessarie senza frapporre impedimenti non consentiti. Così, dinnanzi ad una disciplina costituzionalmente carente, la Corte è intervenuta dichiarandone l'illegittimità, "aggiungendo", allo stesso tempo, un nuovo principio tale da rendere la disposizione conforme alla Costituzione. Tuttavia, consapevole degli ampi margini di scelta su *come* assicurare la frequenza delle scuole medie superiori ai portatori di handicap, conclude affermando: «spetta ovviamente al legislatore il compito […] di dettare nell'ambito della propria discrezionalità una compiuta disciplina idonea a dare organica soluzione a tale rilevante problema umano e sociale» (punto n. 9 del *Considerato in diritto*).

[143] Per tali considerazioni, si veda A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 2007, 1 ss. spec. 44 ss. Su questo punto cfr. anche A. ANZON, *op. ult. cit.*, 3211. L'Autrice sottolinea come, anche in questi casi, si tratti di dispositivi dalla portata additiva. Tuttavia, quest'ultima «non consiste, come nelle additive classiche, nell'introduzione di una regola compiuta immediatamente applicabile […], ma nell'immissione soltanto di *un principio* generalissimo, visto a torto o a ragione – come l'unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema». Per analoghe conclusioni, si vedano anche R. PINARDI, *Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale di fronte all'inerzia del legislatore quale causa di una maggior "diffusione" del giudizio sulle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 625 e G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 244.

Così, «mentre le additive tradizionali si basano sulla premessa che l'innesto normativo operato dalla Corte rappresenti l'unica via di superamento dell'incostituzionalità, le pronunce additive caratterizzate da dispositivi generici si basano sulla premessa, esplicita in motivazione, dell'assenza di una soluzione "a rime obbligate" e dell'infungibilità dell'intervento del legislatore»[144]. Si tratta quindi di decisioni complesse, poiché, dinnanzi ad un illegittimo vuoto di disciplina, suscettibile di essere colmato in più e diversi modi per essere compatibile con la Costituzione, saranno necessari due momenti per superare l'incostituzionalità: il primo di competenza della Corte, a cui spetta dichiarare l'incostituzionalità della legge così per come essa è ed individuare il principio generale compatibile con la Costituzione; il secondo di competenza del legislatore, a cui spetta invece elaborare discrezionalmente la disciplina concreta della materia[145]. Ed è proprio qui che sta l'innovazione delle sentenze additive

[144] Così G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 167. L'Autore sembra riconoscere efficacia vincolante alla sola parte caducatoria della sentenza. Il che comporta il permanere di più soluzioni per eliminare la situazione di incostituzionalità e ciò segnerà il margine di manovra dell'organo che si troverà a dover applicare la decisione. Sul punto cfr. anche A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 202 quando afferma che la Corte non può precisare gli elementi necessari per integrare la disciplina; proprio perché «le "rime" non sono "obbligate"». Sul punto, si consideri, tuttavia, anche la ricostruzione di A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, IV, 3435 ss., spec. 3444 ss. che – più che sul fronte del necessario rispetto della discrezionalità legislativa – individua il fondamento delle additive di principio sia nella possibilità «di ripartire con i giudici la responsabilità per la "creatività" dei propri interventi additivi» sia nel tentativo «di ridurre l'impatto complessivo di tali interventi». Ad avviso dell'Autore, infatti, le addizioni di principi generali equivalgono a "direttive interpretative" con cui la Corte indirettamente riesce a orientare la successiva attività ermeneutica dei giudici, «per impedire che puntuali norme autoapplicative diano vita, per induzione, a principi in grado di vincolare le future scelte del legislatore (ma anche di scardinare progressivamente interi complessi di scelte già compiute)» (*ivi*, 3450).

[145] Così, mentre nelle additive "semplici" vi è un unico soggetto – la Corte costituzionale – che dichiara l'incostituzionalità dell'omissione e allo stesso tempo colma quel vuoto per rendere la legge conforme a Costituzione, nelle additive "di principio" «la parte demolitoria e la parte costruttiva finiscono in qualche modo con il separarsi»; così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, 247. Sul punto, si veda anche G.M. SALERNO, *Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria*, in *Giur. it.*, 1989, I, 771 ss., spec. 776-778. Nel ricostruire la portata della decisione commentata (la sentenza 27 aprile 1988, n. 497), l'Autore mette in luce il particolare meccanismo utilizzato dal giudice costituzionale. Da un lato, viene dichiarata nel dispositivo l'illegittimità di un'omessa previsione, con la tipica valenza della sentenza additiva. Dall'altro, a causa della *genericità* di tale dichiarazione di illegittimità costituzionale – che, come evidenzia l'Autore, «impedisce di comprendere immediatamente e *prima facie* quale sia la reale "frazione" normativa aggiunta dalla Corte» – si obbliga l'interprete, e in particolare il giudice, a rifarsi alla motivazione. Si assiste così a una sorta di "sdoppiamento" della decisione: da una parte, il raffronto legge-Costituzione porta alla dichiarazione di illegittimità dell'omissione legislativa che, ad avviso della stessa Corte, rientra inevitabilmente nella propria competenza; dall'altra, si

di principio: dinnanzi ad una lacuna, sarà il legislatore, e non la Corte, a dover individuare la disciplina concreta più opportuna, scegliendo una soluzione normativa conforme a quel principio generale individuato dalla Corte con la propria decisione.

Non solo. Il pregio che si cela nell'utilizzo di decisioni che "si limitano" ad aggiungere un principio, anziché una norma puntuale, consiste nel dare ai giudici comuni un punto di riferimento normativo da cui attingere la regola migliore per la soluzione del caso concreto, nell'attesa dell'intervento legislativo. Dal punto di vista *funzionale*, quindi, questo tipo di additive implica una sorta di "delega" temporanea agli organi dell'applicazione, *in primis* ai giudici, cui è demandato l'effettivo bilanciamento degli interessi in gioco per la soluzione del caso concreto[146].

Nonostante l'evidente potenzialità che si cela nell'utilizzo di sentenze additive di principio che, come visto, consentono alla Corte di non rinunciare a garantire la supremazia della Costituzione pur in merito a quelle questioni che

---

richiede al legislatore di dettare la disciplina compiuta della materia nell'esercizio della sua discrezionalità, determinando «il contenuto della mutata disposizione in modo organico e coerente con il complessivo ordinamento normativo». Ricostruzione parzialmente diversa quella di G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 150 ss., secondo cui il principio contenuto nel dispositivo delle sentenze in esame «non si può degradare a semplice espressione di un orientamento di politica del diritto, che può trovare realizzazione a condizione che si trasformi in diritto positivo ad opera di una regola legislativa – espressa o implicita – conforme. È invece diritto vigente, capace di valere per forza propria, in quanto derivante dalla Costituzione».

[146] Una delega che, ad essere più precisi, sembrerebbe piena – e potenzialmente definitiva – nel caso di additive di principio cc.dd. "per *deficit* di flessibilità", in cui la Corte colpisce più che altro la *struttura* della norma impugnata per la sua eccessiva rigidità. Trattasi dei casi in cui la Corte riconosce l'illegittimità di una norma implicita di esclusione, ma manipola il tessuto legislativo inserendovi un'eccezione che comporta la conversione della norma-regola in norma-principio. In questo modo – si dice – la norma è resa meno "rigida" e quindi più "flessibile", a beneficio della giustizia sostanziale. Sul punto si veda C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in A. RUGGERI – L. D'ANDREA – A. SAITTA – G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 299 ss. Una precedente riflessione sull'argomento si trova in C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 157 ss. Per l'Autrice, queste "nuove" sentenze additive di principio si differenzierebbero da quelle "di primo conio" proprio perché considerano come *causa* della dichiarazione di incostituzionalità «la "rigidità" della norma impugnata, intesa come mancanza di "flessibilità" derivante da un bilanciamento parziale ed insufficiente – e, perciò, *irragionevole* – tra i valori in gioco: se il bilanciamento fosse stato compiuto a tutto tondo, la norma avrebbe previsto, oltre alla regola che già esprime, un principio, quello che consente al giudice di valutare caso per caso se ed in che termini la regola stessa possa subire eccezioni».

potrebbero ledere la discrezionalità legislativa, si tratta di una tipologia decisoria che può celare dei risvolti insidiosi. Perché se spetta alla Corte dichiarare l'incostituzionalità della legge così per come essa è ed individuare il principio generale da aggiungere in conformità con la Costituzione, è poi il legislatore che deve necessariamente dettare la disciplina concreta della materia, nell'esercizio della propria discrezionalità. Se si omette questo secondo passaggio, se cioè si lascia il solo principio alla mercé di orientamenti giurisprudenziali, per loro natura potenzialmente difformi, vi è il rischio di generare «eccessiva incertezza sulla regola applicabile al caso concreto, di volta in volta rimessa alla determinazione del singolo giudice»[147]. In sostanza, con decisioni di questo tipo, l'attuazione del principio di legalità costituzionale rimane *provvisoria*, perché per stabilizzarsi richiede necessariamente un intervento del legislatore, che passi dal principio alla regola puntuale. Quindi, ancora una volta, si tratta di una tecnica che si basa sulla collaborazione da parte del legislatore.

Eppure, anche con l'avvento di tecniche decisorie più flessibili, tali da non rappresentare un'invasione nella sfera della discrezionalità legislativa, il legislatore ha mostrato una particolare «insensibilità»[148] rispetto ai richiami della Corte, dando un seguito senz'altro insoddisfacente alle sue pronunce[149], che ha portato quest'ultima, nell'ultimo periodo, a mostrare una *nuova tendenza* nel

---

[147] Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 645, che evidenzia come sia stata proprio l'inerzia del legislatore a determinare l'insuccesso della tecnica decisoria delle additive di principio, sempre meno usata dalla Corte costituzionale; su cui si tornerà più approfonditamente *infra*, cap. II, § 5.

[148] Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 498. È proprio questa l'insensibilità del legislatore nel dar seguito alle pronunce della Corte che, secondo l'Autore, ha consentito a quest'ultima di forgiare strumenti – ritenuti «paralegislativi» – di intervento «non previsti dai testi legislativi e idonei ad evitare la difficoltà nascente dall'intempestiva azione legislativa». Ciò sembrerebbe del tutto in linea con quella funzione di "supplenza" della Corte nei confronti del Parlamento che, per lo stesso Autore, «sta ad indicare uno scarto tra ciò che doveva essere e non è stato, uno scarto reso sopportabile da ciò, che un'istanza istituzionale si è fatta eccezionalmente carico delle inadempienze dell'altra, in modo teoricamente scorretto ma praticamente efficace e dunque spiegabile»; così G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 120.

[149] Così A. RUGGERI, *Corte e organi d'indirizzo politico*, in *Foro it.*, 2006, V, 318. Si veda anche E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., 340 s., secondo cui, per l'appunto, la potenziale disponibilità del legislatore nel dar vita ad un rapporto collaborativo – pur riscontrabile in alcune circostanze – non avrebbe complessivamente sortito gli effetti sperati. Anzi, ad avviso dell'Autore, oggi sembrerebbe potersi registrare un'acuita l'intollerabilità verso le pronunce manipolative della Corte, sempre più considerate come una minaccia all'autonomia politica delle Camere, anziché uno strumento di collaborazione.

rispetto della discrezionalità legislativa, mettendo in discussione alcuni dei dogmi su cui è stata elaborata la giurisprudenza costituzionale dalla prima metà degli anni ’80 ad oggi.

CAPITOLO II

L'esercizio della funzione di garanzia costituzionale e il rispetto della discrezionalità legislativa: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecniche decisorie

1. *Il rilievo dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 nel giudizio di legittimità costituzionale*

Se è vero che, come visto nel capitolo precedente, fu anzitutto l'Assemblea costituente a cercare di salvaguardare la discrezionalità e la centralità istituzionale del Parlamento, tale intento venne successivamente perseguito anche dallo stesso legislatore ordinario. Ciò è avvenuto in primo luogo con l'approvazione della legge 11 marzo 1953, n. 87 che, all'art. 28, stabilisce che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

A prima vista, si tratta di una disposizione che mira a circoscrivere l'ampiezza e la pervasività del controllo di costituzionalità, escludendo che il Giudice delle leggi possa sindacare la legittimità di una legge o di un atto avente forza di legge sulle base delle valutazioni di opportunità che hanno portato il legislatore alla sua approvazione. Tuttavia, se pure il fine emerga chiaramente, dalla formulazione dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953 non si evince in alcun modo quale sia l'*estensione* delle limitazioni che la Corte incontrerebbe nello svolgere il suo controllo[1]. Quindi, in un certo senso, si tratta di una disposizione

[1] Sul punto, cfr. P. BIANCHI, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 641 ss., spec. 667 ss. L'Autore mette in luce come dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953 emerga chiaramente l'intenzione «di separare lo spazio della politica da quello del diritto», pur testimoniando – per l'appunto – una «seria difficoltà di rinvenire una linea di confine».

che sembra più presupporre il problema anziché offrire gli strumenti per risolverlo; circostanza che non l'ha risparmiata dalle numerose critiche da parte dei suoi primi commentatori[2].

Alla luce della disposizione in esame, la Corte costituzionale incontrerebbe due diversi ordini di limiti nell'esercitare il suo controllo di legittimità. In particolare, dovrebbero escludersi: da un lato, «ogni valutazione di natura politica» e, dall'altro, «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Il primo divieto in esame, pur comprensibile su un piano astratto, rappresenta il frutto di un'"ingenuità" sulla reale portata dell'esercizio concreto del sindacato della Corte[3]. Non vi è dubbio che esso sia stato pensato non certo come un controllo sul *merito* della legge, bensì sulla *legittimità*, quale mera verifica sulla conformità dell'atto inferiore alla norma superiore. Un controllo che, quindi, dovrebbe avere natura *giurisdizionale* e non *politica*[4], cioè non dovrebbe

---

[2] Tra i primissimi commenti, quando ancora la previsione *de qua* era allo stadio di disegno di legge, vi è quello di G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 381-382, spec. nota n. 3. In particolare, egli critica la prevista disposizione (il cui testo poi è coinciso con quello attualmente in vigore), ritenendola «inopportuna e incostituzionale». Da un lato, perché da essa emergerebbe la natura della legge quale atto *discrezionale*, in quanto tale vincolato nel fine e, ad avviso dell'Autore, una legge ordinaria (quale la futura legge n. 87 del 1953) non avrebbe la competenza di determinare se le leggi sono atti politici o discrezionali. Dall'altro, perché, se pure si aderisse alla tesi secondo cui le leggi sono atti discrezionali, non si potrebbe escludere il controllo della Corte sull'eccesso di potere, dal momento che «il vizio che si produce per l'inosservanza nell'atto del fine cui esso era vincolato è vizio *non di merito ma di legittimità*» (*ivi*, 382, nota n. 3; corsivi aggiunti) e l'art. 134 Cost. stabilisce che la Corte è competente a sindacare qualsiasi vizio di legittimità della legge, non solo alcuni. Sul punto, si vedano anche P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 51-53; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 993, 1045-1046; V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 358.

[3] Per riprendere il giudizio di P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 51.

[4] Per tali considerazioni, cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 74 s. che evidenzia altresì come questa natura del controllo di legittimità costituzionale emergerebbe già con la semplice lettura delle previsioni costituzionali, in particolare dell'art. 134 Cost., ragione per cui l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 «nulla aggiunge a quanto intorno alla funzione della Corte costituzionale già sapevamo per averlo desunto da altre dispositive legislative e costituzionali, nonché soprattutto dai principi generali della materia». Sul punto si veda altresì P. BIANCHI, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, cit., 668 che sottolinea l'inidoneità di una formula come quella dell'art. 28 della legge n. 87 del 1957 «ad allontanare gli elementi di politicità dal sindacato sulle leggi». Difatti, come evidenzia l'Autore (e come si vedrà a breve), deve ritenersi quantomeno improbabile l'idea di poter condurre il giudizio di legittimità costituzionale secondo canoni esclusivamente giuridici. Sul punto, si veda anche ID., *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000, 244.

sindacare l'opportunità o meno delle scelte compiute dal legislatore sui fini perseguiti con la legge.

Tuttavia, tale previsione sembrerebbe non prendere nella dovuta considerazione la natura del controllo di costituzionalità, il cui esercizio si fonda inevitabilmente sull'utilizzo parametrico di norme caratterizzate da un'intrinseca connotazione *politica*. Dover garantire la corretta applicazione di una norma come la Costituzione implica un controllo necessariamente più penetrante, fatto di argomentazioni e valutazioni anche di ordine *metagiuridico*, in cui, inevitabilmente, «il confine tra legittimità e merito si fa sottilissimo e rischia a volte di essere oltrepassato»[5]. Pensare quindi di ridurre la funzione della Corte all'esercizio di un compito prettamente giurisdizionale, escludendo *ogni valutazione di natura politica* (per riprendere l'art. 28), non tiene conto del fatto che giudicare sulla conformità della legge alla Costituzione implica necessariamente anche verificare il rispetto, da parte della prima, dei principi programmatici e dello "spirito" che emerge dalle disposizioni costituzionali. Si tratta di quei limiti teleologici che la Costituzione impone alla legislazione ordinaria di sviluppare e che, come evidenziato da autorevole dottrina, «sono

[5] Così V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in ID., *Stato popolo governo*, Milano, 1985, 235 ss. L'Autore individua proprio nel sindacato di costituzionalità «la *zona critica*, per dir così, nei rapporti tra giudice della costituzionalità e Potere legislativo». Ma al riguardo è necessaria l'opportuna distinzione tra vizi "formali" e vizi "materiali" della legge. Infatti, senza dubbio è il sindacato di costituzionalità per vizi materiali a destare le reazioni più critiche del Parlamento, proprio perché si tratta di un tipo di controllo che incide sulle leggi «per *quel che dispongono*» (*ivi*, 233). Tuttavia, anche per quanto riguarda il sindacato di validità formale, possono presentarsi delle difficoltà inerenti, comunque, a delicate questioni di principio. Trattandosi, infatti, di un controllo che va ad incidere in maniera penetrante sui procedimenti seguiti dalle Assemblee legislative, si deve affrontare il problema «del vecchio principio della insindacabilità ad opera di qualsiasi esterno potere dei cosiddetti *interna corporis* delle assemblee». Trattasi di un ambito che rappresentò proprio il «primo punto di frizione» tra Corte e Parlamento, come ricorda ID., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, 75 ss. L'Autore rileva come la Corte risolse la questione sancendo la loro piena sindacabilità, prima con la sentenza 3 marzo 1959, n. 9, poi con la sentenza 1° luglio 1969, n. 134 (di cui proprio Crisafulli era relatore), nella quale la Corte affermò che «per accertare la regolarità del procedimento di formazione delle leggi […] questa Corte può e deve valersi di tutti gli elementi utili per ricostruire la realtà di quanto avvenuto nel corso del procedimento […]. Processi verbali, resoconti sommari e stenografici, messaggi dei presidenti delle assemblee legislative, sono altrettanti mezzi di prova particolarmente autorevoli, a nessuno dei quali però è riconosciuta efficacia privilegiata» (punto n. 2 del *Considerato in diritto*). Sul punto, v. anche F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 1009 ss.

niente di più e niente di meno che le grandi linee di un programma di azione politica»[6].

Ed è proprio la consapevolezza di agire su un crinale così esposto, tra il versante della legittimità e quello della politica, che ha portato la Corte a non limitarsi all'esercizio di una giurisdizione di annullamento. Poiché vi sono troppi casi in cui, per garantire lo svolgimento del suddetto programma, la sanzione nei confronti della legislazione non può essere solo demolitoria ma deve essere anche costruttiva o ri-costruttiva. Anzi, può dirsi che proprio per garantire un'evoluzione coerente dell'ordinamento e attenuare la frattura tra Costituzione formale e società civile, tra norma giuridica e realtà sociale[7], la Corte ha elaborato quelle nuove tipologie decisorie che si collocano al confine tra la funzione *di garanzia* e quella *di indirizzo politico*[8].

D'altronde, ciò si ricollega alla natura dinamica della Costituzione, che si esprime nella sua propensione al futuro e nella capacità di garantire l'evolversi delle priorità sociali. Ma se è vero che tale evoluzione deve necessariamente essere assicurata *in primis* dal legislatore, con l'impegno di dare svolgimento a

---

[6] Così P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 51, che evidenzia altresì come tra gli aspetti costituzionali e gli aspetti politici di certe questioni che si svolgono «"ad alto livello", […] la linea di confine non è facilmente tracciabile. Ai sommi vertici, in quell'atmosfera rarefatta in cui dovrà abituarsi a respirare la Corte costituzionale, diritto e politica sono spesso una cosa sola» (*ivi*, 52).

[7] Per riprendere le considerazioni di N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, cit., 26. Come nota l'Autore, la forza politica della Corte emerse da subito, già con la sua prima decisione, la citata sentenza n. 1 del 1956. Con essa la Corte affermò la propria competenza a giudicare della legittimità delle leggi anteriori alla Carta repubblicana, annullando anche la "fatale distinzione" tra norme costituzionali precettive e programmatiche che aveva inizialmente consentito la sopravvivenza di leggi ed istituti propri del precedente regime.

[8] Deve evidenziarsi, tuttavia, che le società contemporanee sono segnate da un generale avvicinamento tra la funzione *di garanzia* (tipica degli organi giurisdizionali) e quella *di direzione politica* (che si dovrebbe esprimere, anzitutto, in via legislativa). La diffusa crisi del sistema rappresentativo ha mostrato che, negli ultimi tempi, la società civile è «sempre più insoddisfatta delle risposte della politica e si rivolge agli organi di garanzia non rappresentativi chiedendo loro di intervenire a tutela dei diritti in supplenza temporanea del legislatore o prendendo definitivamente il suo posto»; così E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia Repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 57. Si è realizzata, quindi, una sorta di *giurisdizionalizzazione* della vita politica e sociale, causata, per l'appunto, da una crisi dei meccanismi rappresentativi, che si esprime in un sempre più frequente ricorso all'autorità giudiziaria per trovare quella protezione delle situazioni soggettive che dovrebbe avvenire, in primo luogo, nella sede parlamentare. Sul punto, v. anche R. PINARDI, *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 171 ss. e A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del "modello" e fluidità dell'esperienza*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 6-7.

quanto previsto in Costituzione[9], la Corte costituzionale non può esimersi dal sanzionarne le omissioni o le manifestazioni errate – in quanto tali illegittime – di tale svolgimento. Per la Corte costituzionale, la rinuncia a garantire in ogni caso la legalità costituzionale implicherebbe un'abdicazione ad esercitare quel compito che ha segnato la sua stessa ragion d'essere.

Tali considerazioni portano tuttavia a porsi una domanda: in quali casi tali omissioni e tali (apparenti) manifestazioni erronee nel dare svolgimento alla Costituzione rappresentano, in realtà, il frutto di una scelta discrezionale del legislatore?

Tali interrogativi – appurato che non si può negare un certo grado di politicità nel giudizio sulle leggi – sembrerebbero ricollegarsi più alla seconda parte dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953, laddove prevede che deve escludersi «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» da parte della Corte costituzionale. Ed è quindi su questo secondo fronte, sulla discrezionalità legislativa *nel* giudizio di costituzionalità, che è opportuno svolgere alcune riflessioni ulteriori.

2. *La funzione teleologica della Costituzione e la validità della legge*

Con l'entrata in vigore della Costituzione – norma superiore in grado di dettare i requisiti di validità della legge ordinaria – si è posto il problema della corretta qualificazione della "invalidità della legge". Se in via generale l'invalidità rappresenta la situazione patologica di non corrispondenza tra un atto

[9] Sul punto, cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I: Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 157 ss. L'idea della legislazione quale forma di svolgimento e sviluppo della Costituzione (e in generale delle norme fondamentali di un ordinamento) ha origini antiche e alcuni Autori le riconoscevano tale funzione anche rispetto allo Statuto albertino. Sul punto, v. P. GRIPPO, *Il potere giudiziario in rapporto alla Costituzione dello Stato*, Napoli, 1881, 69, secondo cui «la costituzione può dirsi la base, il principio fondamentale e permanente di tutta la legislazione, perocché le singole leggi devono seguire lo svolgimento perenne della vita dello stato, debbonsi ispirare ai principi, che informano la costituzione, devono attuarli ne' singoli casi, e rimaner sempre fedeli a quello spirito».

e lo schema per esso astrattamente prefigurato, non è così agile riportare anche l'invalidità *della legge* all'interno di tale cornice definitoria[10].

Non vi è dubbio che quando si iniziò a delineare la natura dell'illegittimità costituzionale della legge, che rappresentò un'assoluta novità sullo scenario giuridico italiano[11], la soluzione più naturale fu quella di attingere dagli altri rami del diritto, in particolare dal diritto amministrativo. Una corrispondenza che, per l'appunto, si concretizzò nel frequente parallelismo tra i vizi dell'atto amministrativo e i vizi della legge[12].

Ed è proprio nell'ambito di questa potenziale correlazione che si inseriscono i limiti del sindacato di legittimità costituzionale in merito alla *discrezionalità legislativa*.

Come visto nel paragrafo precedente, la Costituzione ha senza dubbio, tra le sue funzioni, anche quella di orientare teleologicamente l'attività del legislatore. Il punto, allora, è capire se tale capacità condizionante possa assurgere a

---

[10] Come osserva F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 81 ss., infatti, tale definizione viene comunemente attribuita all'invalidità qualsiasi atto giuridico ma, nel caso dell'invalidità della legge, non sarebbe pienamente corretta. Difatti, secondo l'Autore, nel controllo di costituzionalità l'atto-oggetto e lo schema-parametro non mantengono una propria autonomia, ma si *sintetizzano*: «il giudizio costituzionale contiene lo schema o parametro in quanto è insieme anche il suo oggetto, ovvero questo oggetto in quanto è insieme anche l'astratto parametro. Nella sintesi del giudizio si ha così il concreto raffronto dei due termini, quale suo proprio contenuto. Il contenuto del giudizio costituzionale è dunque la sintesi dell'oggetto col parametro nell'unità concreta del proprio risultato» (*ivi*, 87 s.).

[11] Prima dell'entrata in vigore della Costituzione, infatti, erano generalmente escluse forme di controllo giurisdizionale sulla validità della legge, che si ammetteva solo in rare circostanze legate per lo più alla violazione di norme procedurali. Sul punto, si veda più approfonditamente *supra*, cap. I, § 1, spec. nota n. 4.

[12] Per tale ricostruzione, cfr. G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387 ss. Quale esempio del citato parallelismo con il diritto amministrativo che, negli anni successivi all'approvazione della Costituzione, caratterizzò gli studi sulla legittimità della legge, si veda, fra tutti, M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 39 ss., che evidenziava come fosse diffusa, a quel tempo, l'opinione secondo cui la nozione di legittimità-illegittimità fosse unica per gli atti dei pubblici poteri; il che implicava la possibilità di articolare anche l'illegittimità degli atti normativi nelle tre specie di vizi che possono connotare l'illegittimità degli atti amministrativi: incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Sul punto, cfr. anche M. PETRUCCI, *La Corte costituzionale*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, II, 448 ss. che ripercorre l'analisi dei vizi della legge sindacabili dalla Corte costituzionale proprio sulla base delle ipotesi di illegittimità previste dal diritto amministrativo. Si veda anche F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II: Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 267 ss. che, nel delineare i tratti fondamentali dei vizi delle disposizioni legislative, riprende la classica tripartizione del diritto amministrativo, declinata come incompetenza, violazione della Costituzione ed eccesso di potere legislativo. Non condivide, invece, l'assimilabilità tra vizi di legittimità degli atti amministrativi e delle leggi A.M. SANDULLI, *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1963, IX, 649.

parametro di legittimità costituzionale e quindi riflettersi sulla pervasività del controllo svolto dal Giudice delle leggi. A tal fine, è necessario stabilire se una previsione legislativa possa essere sanzionata e, prima ancora, sindacata per diretta violazione non solo di una norma sulla produzione, ma anche di quelle norme che prima abbiamo definito teleologiche. Il che si manifesta, in linea generale, sia in termini di mancato raggiungimento del fine, sia, ancor più problematicamente, in termini di modalità, vale a dire per *come* il legislatore ha scelto di perseguire quei fini di cui la Costituzione impone l'attuazione. In questa duplice veste, allora, la violazione della norma costituzionale rimanda, in termini teorici e strutturali, alla nozione di "discrezionalità" tradizionalmente propria del diritto amministrativo, dal quale possono essere mutuate le figure sintomatiche sul suo "scorretto" esercizio.

Intesa, per ora, nella sua seconda accezione – discrezionalità nella scelta delle modalità del raggiungimento del fine – la discrezionalità può ritenersi una forma modale connaturata al carattere *funzionale* del potere, da cui deriva «l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione»[13]. In altri termini, chi esercita un potere discrezionale è senza dubbio *libero* di scegliere le modalità più opportune tramite cui perseguire la finalità per cui esso è stato istituito; allo stesso tempo, però, questa libertà *non equivale ad arbitrio*, poiché l'esercizio di tale potere (*rectius*: l'atto che ne è espressione) deve essere necessariamente *conforme* ai fini al cui perseguimento esso è deputato.

Proprio per questo, infatti, tradizionalmente si afferma che «la discrezionalità è una sfera di agire libero limitata positivamente»[14]. Per cui, nell'attività discrezionale, quantomeno in quella dell'autorità pubblica, *libertà* e *limiti* coesistono, quali facce di un'unica medaglia[15].

---

[13] Così C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1960, V, 1100 ss.,

[14] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 164. Sul punto, cfr. anche C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 1102, secondo cui «ciò che contrassegna la discrezionalità è che essa si muove in un ambito di libertà, ma delimitato in modo positivo dall'esigenza della corrispondenza dei motivi dell'atto con i fini assegnati a questo».

[15] Sulla «doppiezza» del concetto di discrezionalità, cfr. S. STAIANO, *Introduzione*, in M. SCUDIERO – S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, XIII ss. e, più recentemente, P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, 2017, 362 ss.

A prima vista, ciò potrebbe valere anche nell'esercizio della funzione legislativa[16]. Infatti, per riprendere la definizione appena citata, essa presenta senz'altro una "sfera di agire libero": trattasi degli apprezzamenti, dettati da ragioni di opportunità, che ogni singolo legislatore pone in essere nel perseguimento del proprio indirizzo politico e che possono riguardare – solo in una certa misura – l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'intervento normativo. Come anticipato, però, l'esercizio di tale potere non può (*rectius*: non deve) avvenire in maniera arbitraria, proprio perché tale agire risulta "limitato positivamente" dalla Costituzione[17]. D'altronde, come anticipato, questo è uno dei risvolti tipici dell'esercizio di un potere discrezionale che è, per sua natura, *ibrido* e caratterizzato «dalla commistione dell'elemento del vincolo derivante dalla funzione, con quello della libertà nella ricerca dei mezzi attraverso cui essa deve trovare soddisfazione»[18].

---

[16] Si vedano, per tali conclusioni, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, 176 ss.; ID., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 223 ss., spec. 234 s.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II: Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, cit., 345. Escludono invece la natura "funzionalizzata" (e quindi discrezionale) della legislazione, tra gli altri, A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, III, 565 ss.; L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1964, I, 310 ss.; G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 394.

[17] Sui limiti che una Costituzione rigida può imporre alla legge, incidendo sulla sua validità, si veda, fra tutti, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964, 212 ss. L'Autore individua, anzitutto, limiti di ordine *negativo*, qualora la legittimità della legislazione dipenda dal fatto che essa non abbia un determinato contenuto; oppure di ordine *positivo*, qualora cioè la Costituzione imponga proprio l'approvazione di una certa legge. Ancora, i limiti possono avere natura *direttiva*, se orientano il legislatore non solo all'emanazione di una legge ma prevedono altresì una linea direttiva sul suo contenuto; o natura *cogente*, se impongono o vietano l'emanazione di una legge con un preciso contenuto. Al fianco di quelli direttivi e cogenti, l'Autore colloca anche i limiti *apparenti*, che non sarebbero idonei, in fin dei conti, a condizionare la validità della produzione legislativa, essendo contenuti in disposizioni costituzionali che potrebbero ritenersi né precettive né programmatiche, ma mere enunciazioni di principio generiche (come quando si afferma che l'esercizio di un determinato potere è volto alla cura del benessere sociale, o al perseguimento della pace). Infine, i limiti possono essere *diretti*, se si ricavano in maniera immediata dalle disposizioni costituzionali, oppure *indiretti*, se al contrario si evincono da regole di natura non giuridica o di altro ordinamento.

[18] Così C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., 1102, che evidenzia altresì come la differenza con l'attività vincolata consista nel fatto che, a differenza di quest'ultima, i limiti positivi posti all'attività discrezionale sono necessariamente *indeterminati*. Ciò consente di indirizzare le operazioni poste in essere nell'esercizio della funzione in maniera da non pregiudicare il conseguimento del fine per cui essa prevista. In tali operazioni, secondo l'Autore, si esprime «il momento intellettivo del potere» ed esse devono svolgersi «secondo una linea di razionalità […] per consentire al successivo momento della scelta le condizioni necessarie (se pure non anche sufficienti) a realizzare effettivamente il risultato vantaggioso che è da attendere dall'esercizio del potere».

Inquadrando la discrezionalità legislativa in questi termini, anche tra i vizi di legittimità della legge potrebbe prospettarsi – proprio come per gli atti amministrativi – una forma di *eccesso di potere (legislativo)*. Un vizio che, quindi, si avrebbe principalmente nei casi di illegittima deviazione dai fini prefissati in Costituzione che, proprio in virtù della loro consacrazione all'interno della legge superiore, dovrebbero essere vincolanti nei confronti del legislatore. Sarebbe quindi una forma di "sviamento di potere", che rappresenta il vizio tipico della natura finalistica di una funzione pubblica, giacché – in particolare nel diritto amministrativo – esso si concretizza nei casi in cui l'atto non persegue l'interesse pubblico o comunque viene perseguito un fine diverso da quello previsto dalla legge[19]. Nella funzione legislativa, ciò potrebbe prospettarsi, dando origine ad incostituzionalità, «non solo quando l'interesse perseguito contrasta con quello imposto dalla Costituzione, ma anche nei casi in cui dallo stesso tenore della legge risulti un'assoluta incongruenza fra la norma dettata ed il fine di pubblico interesse che si doveva perseguire e che lo stesso legislatore assume di volere perseguire»[20].

Il problema di fondo, allora, sta nel corretto inquadramento della natura dei fini consacrati in Costituzione, per capire se, come avviene per la legge con gli atti amministrativi, essi abbiano una portata *vincolante* nei confronti della legislazione, fungendo conseguentemente da parametro di legittimità.

Parte della dottrina nega che la legge sia positivamente vincolata al perseguimento di una sorta di interesse pubblico previsto e definito dalla Costituzione e quindi nega l'astratta configurabilità dell'eccesso di potere come autonomo vizio della legge[21]. Questa conclusione parte dalla considerazione – senz'altro corretta – che «in una forma di Stato informata al *principio*

[19] Tuttavia, l'eccesso di potere legislativo potrebbe prospettarsi – quantomeno in astratto – anche sotto forma di una delle altre figure sintomatiche dell'eccesso di potere proprie del diritto amministrativo, quali, anzitutto, lo "straripamento" della funzione legislativa in ambiti che sono riservati ad altri poteri e relativo quindi alla competenza; oppure la c.d. "frode", in questo caso non alla legge ma alla Costituzione.

[20] Così C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 1109.

[21] Sul punto, cfr. L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, cit., 321, secondo cui la nozione di legittimità delle leggi è fondamentalmente unica. Per questo, ritiene l'eccesso di potere non rappresenta altro che «un "nome", generalmente adottato in dottrina per alludere ai giudizi sulla consistenza e non sulla mera esistenza di certe ragioni d'incostituzionalità, ovvero alle indagini metagiuridiche rivolte a concentrare taluni imprecisi richiami di costituzione».

pluralistico e alla libera competizione delle forze politiche e sociali, l'identificazione stessa di un interesse pubblico suscettibile di fungere da sicuro orientamento per l'attività legislativa è alquanto problematica»[22].

Ora, non vi è dubbio che l'accoglimento del principio pluralistico abbia portato con sé, quale contraltare, una vera e propria "polverizzazione" del diritto legislativo, che si riflette nell'eterogeneità dei fini da cui è mosso e dei contenuti che lo caratterizzano: la società richiede la soddisfazione di esigenze sempre nuove e spesso imprevedibili al momento della produzione legislativa, che quindi si sviluppa in interventi sempre più mirati e particolari, supportati spesso da mere necessità contingenti e transitorie[23].

Tuttavia, non si vede come la mancanza di un interesse pubblico unitario possa escludere la natura *funzionale* e conseguentemente *discrezionale* della legislazione. Anzi, è proprio la forza centrifuga che il principio pluralistico porta con sé a richiedere che vi sia una fonte superiore in grado di indirizzare *coerentemente* le scelte legislative che, proprio in virtù di detto principio, sono molteplici e complesse: «un diritto più alto, dotato di valore cogente anche per l'attività del legislatore»[24].

E allora questa forza cogente della Costituzione non può esprimersi solo con l'imposizione di vincoli di natura sostanziale, idonei ad impedire che la legge possa avere un certo contenuto. Detta forza deve esprimersi anche tramite l'imposizione alla legislazione di vincoli positivi interni di scopo, vale a dire tramite la previsione di fini che la Costituzione *impone* al legislatore di

---

[22] Così G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 394-396. (corsivi aggiunti). Per l'Autore, infatti, l'unico caso in cui un fine può dirsi giuridicamente vincolante per il legislatore si ha quando un indirizzo positivo, espresso in Costituzione, «si traduce in vincolo contenutistico per la legislazione attuativa, non anche quando la finalità additata dalla Carta si atteggia piuttosto a limite esterno, così da escludere solo determinati sviluppi della legislazione, senza imporne specificamente alcuno». Vede nel principio pluralistico il limite per la configurabilità dell'eccesso di potere legislativo anche A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 77, secondo cui l'accoglimento del pluralismo esclude la possibilità di configurare un interesse pubblico unitario in grado di condizionare la funzione del legislatore. Al contrario, evidenzia come «tendenze politiche diverse possano di volta in volta influenzare l'attività legislativa in direzioni anche del tutto divergenti, col solo limite del rispetto dei principi costituzionali». Egli, tuttavia, espressamente evidenzia come non possano esservi ormai dubbi sul fatto che le deviazioni del legislatore dal perseguimento dei fini consacrati in Costituzione determini «l'invalidità delle disposizioni o delle norme che le concretano».

[23] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 43-47.

[24] *Ivi*, 48.

perseguire, nella realizzazione del suo programma politico, per non incorrere nell'incostituzionalità[25]. Così, per riprendere l'insegnamento di Modugno, si ritiene insostenibile che «la legge o l'atto dotato di valore legislativo, originario o derivato che sia, possano concepirsi come altrettante espressioni di attività libere nel fine, mentre appaiono piuttosto espressioni di una vera e propria *funzione*, come tale *discrezionale*, quale deve ritenersi la funzione legislativa»[26].

Una funzione che – da un punto di vista generale, ovvero al di là dei singoli fini consacrati nelle diverse disposizioni costituzionali – consiste nel garantire il costante svolgimento della Costituzione: pur volendo escludere le poche previsioni che possono considerarsi direttamente precettive, le restanti disposizioni costituzionali rimarrebbero lettera morta se non si prevedesse una funzione volta ad assicurarne la concreta attuazione, nel continuo evolversi delle dinamiche e delle esigenze sociali.

Da questo punto di vista, la legislazione rappresenta il contenuto necessario e imprescindibile della Costituzione, identificandone il nucleo sostanziale o materiale. Poiché, se è vero che la Costituzione può ritenersi una forma di normazione istantanea, puntuale, irripetibile o difficilmente ripetibile, essa richiede necessariamente un elemento che ne garantisca la prosecuzione, l'estensione o, in altri termini, una «manifestazione continuativa». Risulta necessario, quindi, «prevedere una forma ordinaria di mantenimento e sviluppo

---

[25] Sul punto, cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II: Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, cit., 343 ss. L'Autore evidenzia in particolare tre ordini di vincoli positivi di scopo che la Costituzione contempla rispetto alla legge e che negherebbero a quest'ultima la sua presunta natura di atto "libero nel fine". In primo luogo, ciò può facilmente rilevarsi rispetto a quegli atti dotati di valore legislativo che sono vincolati positivamente (si pensi al caso del decreto legislativo, senz'altro vincolato dai principi e criteri direttivi fissati nella legge di delega). In secondo luogo, e forse in maniera più evidente, ciò vale sia nel caso di c.d. funzione legislativa specializzata, cioè quando la Costituzione esprime espressamente che la legge provveda a perseguire un determinato fine (ad esempio nel caso dell'art. 43 Cost., secondo cui «a fini di utilità generale» la legge può trasferire un'impresa che si riferisca a servizi pubblici essenziali allo Stato o altri enti pubblici); sia nel caso delle norme costituzionali programmatiche, il cui sviluppo è demandato proprio alla legislazione, che anzi, secondo l'Autore, ha in generale «il fine specifico di sviluppare, svolgere e realizzare i principi, i programmi e i fini disposti dalla Costituzione». Sul punto si veda anche G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 395, secondo cui, invece, può parlarsi di una censura di eccesso solo nei casi in cui la Costituzione «pone un indirizzo positivo che si traduce in vincolo contenutistico per la legislazione attuativa, non anche quando la finalità additata dalla Carta si atteggia piuttosto a limite esterno, così da escludere solo determinati sviluppi della legislazione, senza imporne specificatamente alcuno».

[26] Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 345 (corsivi aggiunti).

della costituzione […]. In tal senso, nonostante l'apparente paradosso, può dirsi che sia piuttosto la legislazione ordinaria *ut sic*, che non la legislazione costituzionale, a costituire prosecuzione della volontà costituente»[27].

2.1 *L'estensione del sindacato di legittimità sulla discrezionalità legislativa: l'erroneo o il mancato perseguimento dei fini costituzionali*

L'inevitabile conseguenza di riconoscere la natura funzionale dell'attività legislativa – che, come detto, deve essere doverosamente orientata all'attuazione dei fini costituzionali – consiste nell'astratta possibilità di valutare la congruità dei mezzi predisposti dal legislatore per il perseguimento di detti fini[28]. E non vi è dubbio che, pur ammettendo la molteplicità e la dialettica dei fini che, come visto sopra, il pluralismo porta con sé, la loro consacrazione all'interno del testo costituzionale farà sì che il Giudice delle leggi possa sindacare il loro mancato o erroneo svolgimento.

Difatti, un'implicazione logica, prima che giuridica, di riconoscere la natura limitata e condizionata della legge è la necessaria previsione di un sistema di controllo sul rispetto del limite posto alla funzione legislativa. Nel rapporto tra fonti del diritto, la presenza della Costituzione nell'ordinamento ha aperto una breccia nel muro dell'insindacabilità delle scelte legislative, implicando la

[27] Cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I: Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, cit., 159 s. A tal riguardo, l'Autore evidenzia altresì che nel nostro ordinamento – così come in altri ordinamenti positivi – vi sono altre leggi di livello *costituzionale*, diverse da quelle di revisione, che svolgono una funzione integrativa e continuativa della Costituzione; analoga – secondo a quanto prospettato dall'Autore e come evidenziato nel testo – alla funzione della legge ordinaria. Tuttavia, il tratto che caratterizza la legislazione «è costituito dalla ordinarietà, che si esprime, nei confronti della costituzione e delle leggi costituzionali, non soltanto nel senso della normalità o semplicità delle forme e delle procedure, ma anche e soprattutto nel diverso e più pregnante significato della non eccezionalità delle sue manifestazioni. Questa ordinarietà è dunque espressione della stessa necessarietà della legislazione e con essa, in definitiva, si identifica» (*ivi*, 164). Sul punto, si veda più recentemente ID., *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 3 ss., spec. 6-9.

[28] Sul punto, si veda P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., 238 s., secondo cui «l'esistenza stessa di una Costituzione e di un controllo di costituzionalità delle leggi implicano che il legislatore non sia assolutamente libero nei fini, come proclamavano le dottrine politiche prevalenti un secolo fa».

necessaria previsione di un controllo che si incentri sul rispetto, da parte della legge ordinaria, della Costituzione nel suo complesso.

Tale impostazione ha delle inevitabili ripercussioni sull'ampiezza del giudizio di legittimità costituzionale. Poiché delle due l'una: o si esclude del tutto che tale sindacato possa investire i fini e i criteri metagiuridici espressi nella Costituzione, per scongiurare il rischio che le decisioni della Corte sconfinino in giudizi sulle scelte discrezionali del legislatore, negando così parametricità a numerose disposizioni costituzionali; oppure si ammette che il controllo possa potenzialmente riferirsi al rispetto di ogni limite che la Costituzione prevede per il corretto svolgimento della funzione legislativa, purché l'estensione del sindacato della Corte sia determinata «entro confini quanto più possibile precisi e circoscritti»[29].

Com'è noto, la seconda soluzione è stata avallata dallo stesso Giudice delle leggi sin dal suo storico esordio, ove è stata fermamente ribadita la possibilità di svolgere il controllo di legittimità alla luce dell'intero piano costituzionale, nel quale devono considerarsi incluse le «norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi riverberano sull'intera legislazione» (Corte cost., sentenza 14 giugno 1956, n. 1). Questa, ben lungi da rappresentare un'arbitraria e prevaricatrice "autoattribuzione" del Giudice delle leggi, rappresenta una soluzione che potrebbe definirsi *costituzionalmente necessitata* se si considera il tenore omnicomprensivo dell'art. 134 Cost.

A ben vedere, infatti, tale articolo – che si occupa di prevedere e disciplinare le funzioni attribuite alla Corte costituzionale – non sembrerebbe tenere al di fuori dal giudizio di legittimità alcuna figura di vizio che può virtualmente affliggere la legge, riferendosi genericamente alle «controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge». È quanto evidenzia anche Mortati – che all'attuale formulazione dell'art. 134 Cost. aveva contribuito – laddove afferma che esso non può non riferirsi a «tutte le figure di

[29] Per questo duplice scenario, cfr. V. CRISAFULLI, *Nota a Corte costituzionale, sentenza 3 ottobre 1958, n. 56*, in *Giur. cost.*, 1958, 868 s.

illegittimità, compresa quella dell'eccesso di potere, come vizio della causa, o di deviazione dalla funzione tipica dell'atto»[30].

D'altronde, a prescindere dalla configurabilità dell'eccesso di potere legislativo quale vizio autonomo della legge, difficilmente potrebbe escludersi la sindacabilità del sistema costituzionale *nel suo complesso*, comprensivo dei fini e dei programmi che, astrattamente, la Costituzione chiede al legislatore di perseguire. Se non si ammettesse, in concreto, una sanzione per la violazione dei principi generali programmatici presenti in Costituzione da parte degli organi legislativi, tali principi non potrebbero certo avere la forza di un vincolo obbligatorio nei confronti di questi ultimi, ma rimarrebbero lettera morta, come mere direttive rilevanti solo sulla Carta[31]. Ed è per questo che, nonostante la presenza in Costituzione di molteplici concetti imprecisi e di labili criteri direttivi, «sottrarre […] alla Corte il sindacato sull'adempimento o sul fedele sviluppo dei criteri o dei concetti, che sembrino troppo sfumati o contengano troppe implicazioni non giuridiche, perché se ne possa conoscere nel quadro d'un giudizio di pura legittimità, conduce necessariamente a contestare il sindacato stesso, svuotando di senso l'intero istituto della giustizia costituzionale, dovunque la Costituzione manifesti la propria elasticità»[32].

---

[30] Così C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 461. L'Autore mette in luce altresì che questa interpretazione è stata formulata, in seno all'Assemblea costituente, in sostituzione di alternative più restrittive. Un aspetto che sta per l'appunto ad indicare la necessità di comprendere, nel parametro di cui all'art. 134 Cost., tutte le figure di illegittimità costituzionale che possono venire in rilievo nel corso del giudizio del Giudice delle leggi. Come già anticipato, sul punto si espresse in termini analoghi anche G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, cit., 381-382, spec. nota n. 3, che – a commento di quello che sarebbe stato il futuro art. 28 della legge n. 87 del 1953 – riteneva che non si potesse escludere l'eccesso di potere dal novero dei vizi della legge sindacabili dalla Corte, proprio perché l'art. 134 Cost. non fa alcune distinzione sulla tipologia di vizi che possono compromettere la legittimità della legge e che, quindi, devono ritenersi tutti sindacabili a prescindere da astratte distinzioni.

[31] Sul punto, cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*, ma spec. 48 ss. Secondo l'Autore, tuttavia, la sanzione vi sarebbe solo in caso di «violazione attiva», quale positiva «emanazione di leggi che contengano norme contrastanti o incompatibili con i principi stessi»; in tali casi, infatti, vi sarebbe la sanzione dell'annullamento per incostituzionalità. Questa possibilità – prosegue l'Autore – mancherebbe del tutto in caso di «violazione negativa od omissiva» di tali principi, «esplicantesi cioè in un'inerzia degli organi legislativi i quali non provvedano a emanare leggi che sarebbero richieste dai principi programmatici»: «non esiste, infatti, nel nostro diritto positivo […] la possibilità di impugnare la semplice omissione». A ben vedere, l'avvento delle sentenze additive era ancora lontano.

[32] Così L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, cit., 328. L'Autore, consapevole che la pervasività di un tale controllo rischi di compromettere l'integrità dell'indirizzo politico, espressione del raccordo Parlamento-Governo, e che, per di più, ad un

Ecco, allora, che risulta di estrema difficoltà aderire in maniera stringente alla seconda parte dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953, laddove prevede che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude […] ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Difatti, riconoscere la superiorità e la condizionalità della Costituzione rispetto alla legge ordinaria vuol dire altresì riconoscere necessariamente la possibilità di controllare – e quindi *sindacare* – da una parte, la conformità tra la fonte superiore e la fonte inferiore e, dall'altra, l'effettivo e congruo perseguimento delle condizioni previste dal testo costituzionale[33]. Escludere tale possibilità vorrebbe dire vanificare la stessa esistenza del controllo di legittimità costituzionale, che rimarrebbe privo di buona parte del suo contenuto.

Tale ricostruzione ha delle implicazioni di estrema rilevanza per il discorso che si sta conducendo. La prima consiste nel fatto che, non solo deve evidentemente giustificarsi la costituzione di un organo deputato al controllo di legittimità costituzionale, ma anche la natura «non propriamente riconducibile alla normale funzione giurisdizionale di quest'ultimo, ma piuttosto descrivibile come *giurisdizione politica*»[34] . L'ulteriore, fondamentale implicazione è che alla natura funzionale – e quindi discrezionale – dell'attività legislativa corrisponde la possibilità di sindacare, non solo le *azioni* del legislatore, «ma anche le sue *omissioni*, costituendo altrettante violazioni dei criteri rappresentati dai principi e dai programmi costituzionali»[35].

Allora, ciò che a ben vedere deve ritenersi escluso dal sindacato della Corte costituzionale sulla discrezionalità legislativa – e che residua nella previsione di

---

eventuale sconfinamento nel merito della legge da parte della Corte non corrisponde la previsione di sanzioni o abusi in caso di tale eventualità (stante la generale inoppugnabilità delle decisioni della Corte), ritiene che «è pertanto nella moderazione dei suoi componenti […] che resta affidato l'equilibrio costituzionale» (*ivi*, 329-330).

[33] Sul punto, cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I: Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, cit., 143 ss. Difatti, secondo l'Autore, quella che egli definisce come «condizionalità produttiva» della Costituzione – cioè quella condizionalità «rivolta a rendere possibile la giuridica realizzazione delle altre norme» – comprende anche la possibilità di previsione del sindacato.

[34] *Ivi*, 146.

[35] *Ivi*, 147. Trattasi di un aspetto che verrà meglio approfondito *infra*, § 3.

cui all'art. 28 della legge n. 87 del 1953 – è il controllo sul *merito* della legge[36]. Una conclusione che trova anche una conferma di ordine storico, se si guarda al dibattito che venne svolto sull'art. 134 Cost. in seno all'Assemblea costituente. Anche chi contribuì alla sua originaria formulazione, infatti, sottolineò che la sua chiara e lineare onnicomprensività – «la Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni» – era volta ad assicurare che tale futuro controllo avrebbe riguardato «tutte le forme in cui la illegittimità può manifestarsi», escludendo, però, «qualsiasi sindacato del merito»[37].

Tale preclusione può considerarsi come l'impossibilità, per il Giudice delle leggi, di valutare se una scelta effettuata dal legislatore, nel perseguimento del proprio indirizzo politico, sia stata o meno *opportuna* alla luce del ventaglio delle diverse soluzioni possibili che aveva a disposizione (purché conformi a Costituzione). A ciò deve aggiungersi – ma di altro non si tratta se non di un riflesso di tale impedimento – l'ulteriore preclusione per la Corte a colmare un'incostituzionalità determinata da un vuoto legislativo individuando autonomamente una delle plurime opzioni normative legittime che consentirebbero di superare l'incostituzionalità; tra le quali, per l'appunto, deve scegliere il legislatore, nel concreto esercizio della propria discrezionalità.

[36] Una considerazione su cui la dottrina tende a convertire. Si vedano, fra tutti, V. CRISAFULLI, *Appunti di Diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Roma, 1967, 108 ss.; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 223 ss.; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, III, 561 ss., spec. 562. Il controllo sul merito è escluso, altresì, da L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, cit., 1045 s. che, tra l'altro, vede nel divieto di controllo sul merito della legge da parte della Corte costituzionale l'unico residuo contenutistico dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953. Una considerazione che, tuttavia, ad avviso dell'Autore, non ne esclude comunque l'inutilità, dal momento che una simile esclusione potrebbe comunque ricavarsi dalla Costituzione (in particolare dall'art. 134 Cost.). Non solo. Pur a voler interpretare tale disposizione come il tentativo di escludere un sindacato sul merito, una sua interpretazione letterale porterebbe ad escludere il controllo sul rapporto tra norme ordinarie di attuazione e alcune delle norme costituzionali programmatiche. Un'eventualità che, secondo l'Autore, determinerebbe l'incostituzionalità dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953.

[37] Trattasi dell'intervento di E. Tosato, tenuto durante la seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 28 novembre 1947, in *www.camera.it*, 2629.

3. *L'omissione legislativa come scelta discrezionale: la tutela dei diritti negati e il riconoscimento di diritti nuovi*

Come anticipato precedentemente, le condizioni teleologiche imposte dalla Costituzione incidono sulla validità della legislazione sia nel caso in cui i mezzi predisposti per il raggiungimento del fine siano incongrui (e quindi illegittimi) sia nel caso in cui una predisposizione di mezzi sia del tutto assente. Vale a dire in caso di *omissione legislativa*.

Genericamente, per "omissione legislativa" deve intendersi «la mancata emanazione di leggi ordinarie in funzione attuativa di istituti o principi contenuti nella Carta costituzionale»[38]. Tradizionalmente le omissioni legislative si distinguono tra "assolute" e "relative": quelle assolute si hanno nel caso in cui manchi *qualsiasi statuizione applicativa* del precetto costituzionale, mentre quelle relative si hanno nel caso di *attuazioni parziali* della Costituzione, quando cioè la disciplina è dettata solo per alcuni rapporti e non per altri rapporti analoghi, con conseguente violazione del principio di eguaglianza[39]. In altri

[38] Così G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 777. Cfr. anche C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 154, secondo cui per omissione si intende, generalmente, «ogni specie d'astensione del disporre quanto sarebbe prescritto, a termini di Costituzione». Data questa loro caratteristica, le omissioni si differenziano dalle "lacune". A differenza di queste ultime, le omissioni sono «inadempienza di un obbligo». Inoltre, «le omissioni sono sempre il risultato di un atto di volontà, mentre le lacune potrebbero verificarsi in modo involontario». La conseguenza più rilevante di simile distinzione, per il tema che qui ci riguarda, è che, mentre la sentenza che va a colmare una lacuna svolge una funzione di completamento dell'ordine giuridico, «quella che dichiara l'incostituzionalità di un'omissione può essere a sua volta fonte di altre lacune».

[39] Cfr. C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 154. Sul punto si vedano anche G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 123 ss. e E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, 1991, 22-23. Quest'ultimo individua, nella *summa divisio* tra omissioni assolute e relative, una distinzione di tipo "quantitativo": le prime implicano un'assenza *totale* di norme, le seconde un'assenza solo *parziale*. Tuttavia, secondo l'Autore, da questa distinzione «nessun argomento può trarsi in favore o contro l'ammissibilità di interventi "positivi" della Corte costituzionale. Conviene piuttosto concentrare l'attenzione su un elemento distintivo di tipo "qualitativo": *l'obbligatorietà costituzionale* della norma mancante». Egli ritiene, cioè, che vi siano omissioni che nascono dalla mancata attuazione di un precetto costituzionalmente *obbligatorio*; in tal caso, l'illegittimità costituzionale risiede nella stessa mancanza di normativa. Diverse, invece, sarebbe l'omissione che si ha quando il legislatore, disciplinando un istituto su cui interviene discrezionalmente, senza esservi costretto da un obbligo costituzionale, omette di rispettare il principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost. In quest'ultimo caso – secondo l'Autore – l'assenza di normativa non creerebbe alcun problema, poiché una questione di legittimità può nascere, eventualmente, solo dopo un intervento del legislatore che violi l'art. 3 Cost. (se la norma non è costituzionalmente obbligatoria, il legislatore è vincolato nel *quomodo*, non nell'*an*). Si tratterebbe, cioè, di omissioni "*di secondo grado*". Rispetto ad esse «la Corte

termini, «omettere non è necessariamente sinonimo di *non-compiere,* ma ben può essere il risultato di un *non-compiere-pienamente.* Altrimenti detto, l'omissione non è soltanto frutto di una inerzia, ma è anche il prodotto di una azione parziale, che è omissione per la parte in cui manifesta una incompiutezza rispetto a ciò che l'azione avrebbe dovuto produrre»[40]. In entrambi i casi la norma è incostituzionale, non per quello che dice, ma per quello che *non dice* (e dovrebbe dire). La Corte, allora, non si troverà di fronte ad una legge da *rimuovere* bensì ad un vuoto da *colmare* per evitare il contrasto con la Costituzione.

La Corte ha dovuto fronteggiare spesso simili situazioni, soprattutto nei primi decenni di attività, quando si è trattato di intervenire sulla legislazione precedente all'entrata in vigore della Costituzione che, come è intuibile, presentava numerose fattispecie in contrasto con i nuovi principi costituzionali[41]. Così, sin dalla sua entrata in funzione, la Corte è stata chiamata a giocare «un ruolo di supplenza diretta del Parlamento, dal momento che la debolezza di quest'ultimo esalta la già notevole competenza creativa implicita nell'attività dei giudici costituzionali»[42].

---

non si troverà più nella situazione di dover scegliere forzatamente tra l'impiego dell'additiva e la rinuncia ad eliminare l'incostituzionalità: infatti la decisione di espugnare dall'ordinamento l'intera norma viziata di incostituzionalità per omissione (relativa), non sarà più preclusa dalla sua obbligatorietà costituzionale».

[40] M. BELLOCCI – P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee (Vilnius 2-7 giugno 2008)*, in *www.cortecostituzionale.it.*

[41] Al riguardo, P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 50-51, richiama tutti i casi in cui «la Costituzione ha dichiarato essa stessa di lasciare provvisoriamente in vigore le vecchie leggi in attesa che il legislatore abbia provveduto a creare, entro un termine prefisso dalla stessa Costituzione, nuove leggi conformi allo spirito costituzionale». In simili casi, infatti, è la Corte che, una volta accertata la scadenza del termine, «se non potrà essa stessa creare o suggerire le nuove leggi che il legislatore ha mancato di approvare, *potrà intanto annullare per incompatibilità costituzionale quelle vecchie*: e in questo modo deliberatamente creando questi vuoti legislativi, mettere il legislatore nella necessità urgente di riempirli con nuove leggi».

[42] Così S. RODOTÀ, *La svolta «politica» della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1970, I, 41. Tuttavia, secondo l'Autore, questa funzione di "supplenza" esercitata dalla Corte nei confronti del Parlamento, non determinerebbe un vero e proprio contrasto tra le due istituzioni. Se si sollevasse un conflitto al riguardo, quale che ne sia l'esito, verrebbero messe «in drammatica luce le reali, se pur circoscritte, possibilità d'azione della Corte e la sostanziale impotenza delle Camere, a dispetto dei loro infiniti poteri». Per questo, come è stato osserva parte della dottrina, «non è dunque la Corte a dover dare spiegazioni della funzione di supplenza, di cui si è data carico, bensì il Parlamento a dover giustificare la propria latitanza»; così C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990, 36.

Dal momento che, in questi casi, l'incostituzionalità è determinata da un *vuoto*, di fronte ad esso la Corte ha due possibilità: o limitarsi all'accoglimento semplice della questione[43], o aggiungere essa stessa la previsione normativa mancante (come accade con decisioni di stampo manipolativo, in particolare quando possiedono una portata additiva, con cui la norma omessa viene ad essere inclusa).

Scegliendo la prima delle due soluzioni, vale a dire con l'eliminazione della disposizione incostituzionale, vi è però il rischio di lasciare scoperto un'intera fattispecie normativa e la Corte, da sempre, dimostra di avere il forte timore di creare vuoti all'interno dell'ordinamento[44]. Questa paura, che inizialmente ha segnato la nascita delle sentenze interpretative di rigetto, «accompagnerà tutto il processo di ampliamento della tipologia delle decisioni, dalle interpretative di accoglimento, alle manipolative, aggiuntive o sostitutive che siano»[45]. È dunque la preoccupazione di non creare vuoti che porta la Corte a scartare l'ipotesi di intervenire con una sentenza di accoglimento "semplice" e a preferire la seconda delle due soluzioni sopra prospettate. Le ripercussioni della presenza di una lacuna all'interno dell'ordinamento, generate dall'impossibilità di agire con decisioni di segno positivo, possono essere così gravose che, anche chi si è

[43] Rinviando così il problema legislativo conseguente alla responsabilità del legislatore, come per lungo tempo ha auspicato parte della dottrina. Si veda, fra tutti, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 121. L'Autore infatti evidenzia che l'utilizzo di decisioni di natura manipolativa – che definisce quali vere e proprie «sentenze-legge» – comporti una sorta di *cristallizzazione* dell'inadempienza del legislatore, giacché non farebbero altro che perpetuare il disimpegno del Parlamento. Egli, quindi, più che un'invasione delle sfere di competenza del legislatore, vede nelle sentenze manipolative della Corte un pericoloso strumento che impedisce al legislatore di far fronte alle proprie responsabilità politiche ed istituzionali. Giunge quindi alla conclusione che «il ristabilimento dei ruoli costituzionalmente dovuti richiede invece l'abbandono progressivo di questo tipo di pronunce anomale gregarie *attraverso un uso più deciso della sentenza di accoglimento puro e semplice* ed il rinvio del problema legislativo conseguente alla responsabilità del legislatore» (*ivi*, 121; corsivi aggiunti).

[44] Si vedano, fra tutti, R. PINARDI, *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 1 ss. e F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 114 ss.

[45] Così F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 45.

mostrato avverso a simili pronunce, ne ha riconosciuto, da questo punto di vista, l'inevitabilità[46].

Come già messo in luce nei paragrafi precedenti, l'esigenza di colmare autonomamente le lacune normative da parte dei giudici costituzionali risultò ancor più pressante se si considera l'abitudine del Parlamento di mostrarsi poco collaborativo nel dar seguito alle sollecitazioni della Corte[47].

In tale circostanza, difficilmente potrebbe escludersi la facoltà per il Giudice delle leggi di integrare il dettato legislativo qualora esso sia tanto manchevole da risultare incostituzionale: «pensare altrimenti significherebbe rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivistico, ligio al dogma dell'assoluta sovranità del Parlamento, superato ormai dalla sovranità della Costituzione e dal principio che ne discende del dovere della legittimità costituzionale. La discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono *l'obbligo di provvedere* alla tutela di diritti posti come fondamentali»[48].

---

[46] Come G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 121-122. L'Autore afferma infatti che «è molto probabile che le ragioni generali che porterebbero alla declaratoria di incostituzionalità pura e semplice siano spesso controbilanciate vittoriosamente dalla preoccupazione concreta, ad esempio, di non lasciare scoperto un settore normativo che condiziona l'esercizio dei diritti fondamentali e il funzionamento di organi e meccanismi costituzionali o comunque importanti, quando un'attitudine politica ad intervenire appaia né presente né imminente, né realisticamente sollecitabile in tempi accettabili».

[47] Difatti, quando a seguito di una pronuncia della Corte si viene a creare una lacuna "reale" nell'ordinamento, «l'interprete non riuscirà a reperire né una regola esplicita o inespressa né un principio più generale da porre a fondamento della decisione del caso concreto». Il problema che dovrà fronteggiare l'interprete, discende quindi anzitutto «dall'inerzia del legislatore che non sa o non vuole colmare il "vuoto" prodottosi a causa della pronuncia caducatoria»; così R. PINARDI, *op. ult. cit.*, 14-15. È stata proprio la scarsa collaborazione legislativa ad aver spinto i giudici costituzionali verso le sentenze di natura integrativa: «a fronte del protrarsi dell'inerzia del legislatore, e, comunque, in assenza di scelte politiche discrezionali sufficientemente solide e razionali, la funzione di supplenza che la Corte costituzionale si è assunta di fronte al ritardo del legislatore ordinario fa sì che l'intervento della Corte stessa non sia esclusivamente demolitorio, ma anzi, sempre più spesso, manipolativo, ricostruttivo o semplicemente sollecitatorio»; così C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 5. Su questa stessa linea anche F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA. VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 566, dove l'Autore afferma: «la preoccupazione della Corte di non produrre vuoti nell'ordinamento – e che ha condotto alla creazione delle sentenze interpretative – unitamente alla inerzia del legislatore nel riempirli, l'hanno sollecitata ad ampliare i propri poteri decisionali per svolgere quella funzione di "supplenza" […] nei confronti del Parlamento latitante».

[48] Così C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 190-191 (corsivi aggiunti).

Ed è proprio rispetto a questi ultimi che, troppo spesso, la Corte si è ritrovata a dover fronteggiare le omissioni (incostituzionali) del legislatore.

Attualmente, infatti, si assiste ad una vera e propria *distorsione* della tradizionale ripartizione delle funzioni tra gli organi che sono preposti alla salvaguardia dei diritti. I canoni classici su cui è stato costruito il nostro modello statuale sono soggetti a pressioni tali da distorcerne radicalmente le originarie conformazioni[49]. In particolare, è la velocità a cui si sviluppano le società contemporanee che impedisce al legislatore di stare al tempo con la necessità di disciplinare quelle nuove esigenze diffusamente avvertite come bisognose di protezione[50], giacché la società tende a reclamare la protezione di situazioni che, con troppa frequenza, il legislatore ha consapevolmente negato o che, comunque, non è riuscito a prendere nella dovuta considerazione, trovandosi così costretto a rincorrere una realtà che non riesce ad anticipare[51].

Per questo, sempre più frequentemente, si riscontra l'esistenza di "*diritti senza legge*"[52], vale a dire situazioni giuridiche soggettive che si affermano *a prescindere* dalla legge ed eventualmente anche *contro* le sue determinazioni. In questo contesto, la dovuta tutela dei diritti rischia di essere insidiata in due diversi modi: come *negazione di un diritto dovuto* e come *mancata protezione*

---

[49] Cfr. A. RUGGERI, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in *Consulta online*, 2014, 1 ss. Secondo l'Autore si assisterebbe, oggi, ad una vera e propria *crisi dello Stato nazionale*. Questo, tuttavia, non vuol dire anche *crisi dello Stato* in generale, poiché di esso non si può – e non si potrà – fare a meno. Quella cui assistiamo oggi è, invece, la crisi di un certo modo di essere dello Stato, «di un "modello" cioè affermatosi in tempi ormai risalenti, che il convulso mutamento di contesto (specie internazionale) mostra essere ormai lontano anni luce dalla realtà in cui siamo immersi: un "modello" dunque oggi improponibile».

[50] Da un lato, si assiste a uno straordinario sviluppo scientifico e tecnologico, che offre strumenti fino a ieri impensabili per la piena realizzazione della personalità dell'uomo: una crescita che porta il principio pluralistico alle estreme conseguenze con la nascita continua di bisogni da soddisfare e di gruppi sociali alla ricerca di affermazione. Dall'altro lato, queste nuove esigenze, così come quelle pregresse, sono minacciate da una crisi che non è più solo economica. Essa, infatti, porta con sé insidie che colpiscono trasversalmente i valori fondamentali del nostro Stato costituzionale, mettendo «in ginocchio individui e gruppi sociali, disperdendo aspettative largamente diffuse ed obbligando a ripensare *ab ovo* ad un certo modo di vivere in comunità, di concepire la comunità stessa»; così A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 2.

[51] Sul punto, cfr. R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 636, che, nel concludere la propria analisi sulla tenuta e la funzionalità del modello costituzionale di tutela dei diritti, mette in luce «l'eccessiva lentezza» con cui il legislatore riesce a far fronte alle rivendicazioni sociali dei diritti (sia vecchia, sia nuovi). Una circostanza che sta spostando sui giudici l'onere di dare risposta a tali rivendicazioni.

[52] Per questa definizione cfr. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, 2015, I, 10.

per un diritto "nuovo". Si ripresenta, così, il "classico" dilemma sulla composizione tra diritto naturale e diritto positivo[53].

La possibilità di individuare una copertura costituzionale per i nuovi diritti richiede una preventiva risposta a due quesiti: «*a*) vi sono diritti diversi, *ulteriori* (rispetto a quelli comunemente conosciuti), *emergenti* cioè dalla evoluzione sociale; *b*) vi sono diritti "nuovi" *rispetto al catalogo* dei diritti enumerati in Costituzione?»[54]. Com'è noto, per rispondere a tali interrogativi, la dottrina si è incentrata soprattutto sull'interpretazione da dare all'art. 2 Cost., dividendosi tra coloro che propendono per un'interpretazione restrittiva, vedendo in esso una

[53] Com'è noto, il dilemma cui dà vita il contrasto tra diritto positivo e diritto naturale ha origini antichissime. Basti pensare al celebre mito di *Antigone*, «straordinaria espressione del dilemma che ogni organizzazione politica si trova a dover affrontare nel momento in cui il comando del sovrano si ponga in contrasto con principi etici diffusamente avvertiti come superiori al diritto positivo, ponendosi così il problema della sua stessa legittimazione»; così A. MORELLI, *op. ult. cit.*, 12. Sul punto, per una recente lettura in chiave giuridica di tale tragedia sofoclea (e dell'*Edipo Re*), si veda M. CARTABIA – L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 7 ss.
Al di là delle digressioni letterarie, ciò che qui preme sottolineare è che si tratta di un contrasto che non è affatto venuto meno e che «suscita problemi ancora non risolti nella stessa dimensione della democrazia costituzionale contemporanea, ove pure sembrerebbe essersi definita la più evoluta forma di composizione tra diritto naturale e diritto positivo». Per un approfondimento sul tema, cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativistica e assolutismo etico*, Milano, 1994, 288 ss. e in particolare 310 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 57 ss., dove l'Autore distingue tra «la legge, come regola posta dal legislatore, e i diritti umani come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge».
Sul punto si consideri infine che, a tale astratta distinzione, si riallaccia anche la scelta di prediligere un sistema di giustizia costituzionale attivabile in via incidentale, caratterizzato dall'*origine giudiziaria* della questione di costituzionalità. Questa scelta venne favorita dal fatto che, nel contesto giurisdizionale, si realizza (*rectius*: si dovrebbe realizzare) il contemperamento tra *lex* e *iura*, cioè tra diritto dal punto di vista "politico" e diritto dal punto di vista dei singoli: il processo rappresenta, in questo modo, il luogo d'incontro tra lo Stato-autorità e lo Stato-comunità. Ed è proprio in questo momento di sintesi che può manifestarsi l'illegittimità della legge; che si mostra, per l'appunto, come mancato «contemperamento delle esigenze della *lex* con la garanzia degli *iura*»; così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 96 s. Quindi, sarà il giudice a poter intuire questo possibile contrasto e, qualora dovesse riscontrarlo effettivamente, ciò lo porterà a sollevare la questione di legittimità costituzionale. Queste precisazioni mettono in luce il *contrasto latente* che caratterizza la questione di legittimità costituzionale. Essa, anche per come è costruita dal punto di vista organizzativo, figura come un processo "di diritto obiettivo". Tuttavia, quest'ultimo presenta, come visto finora, anche aspetti di giudizio di parti, cioè "di diritto soggettivo". E «la tensione tra questi due lati si riverbera sulla configurazione del controllo di costituzionalità delle leggi, come funzione intermediaria tra diritto in senso oggettivo e diritti in senso soggettivo».
[54] Così F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1995, 1.

norma "a fattispecie *chiusa*"[55], e coloro che invece propendono per un'interpretazione estensiva, vedendo in esso una norma "a fattispecie *aperta*"[56].

Entrambe le tesi sembrano tuttavia insoddisfacenti. Nel primo caso, l'art. 2 Cost. si rivelerebbe una norma sostanzialmente inutile, in quanto meramente ricognitiva dei diritti già enumerati nella nostra Carta fondamentale; nel secondo caso l'art. 2 Cost. sarebbe riferibile ad ogni situazione di libertà emergente, pur in assenza di qualsiasi fondamento positivo su cui basare l'introduzione di un nuovo diritto[57].

Per questo motivo, sembrerebbe preferibile una terza soluzione interpretativa. Partendo dal presupposto secondo cui «*l'enucleazione di c.d. nuovi diritti* […] *non* possa andar *disgiunta* dal riconoscimento della loro *inviolabilità*»[58], per ottenere il riconoscimento di un nuovo diritto bisogna necessariamente partire da uno di quelli che, invece, è già presente nel sistema, un diritto che è già sancito in Costituzione. Da quest'ultimo, quindi, si dovranno prendere le mosse per ottenerne un'interpretazione evolutiva. Non si potrà, però, trattare di un diritto qualsiasi, poiché esso dovrà necessariamente essere riferibile a valori primari e principi supremi del nostro ordinamento costituzionale. Dovrà trattarsi, in altri termini, di un diritto "inviolabile" in quanto riferibile al principio supremo della «*libertà-dignità*», cioè inerente «*al patrimonio irretrattabile della persona umana*»[59]. Ed è proprio il riferimento a tale principio supremo ad

[55] Fra tutti, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985, 3 ss., che critica chi considera l'art. 2 Cost. come "norma a fattispecie aperta", obbiettando, in particolare, che un eventuale riconoscimento di diritti non previsti in Costituzione «porrebbe delle insanabili antinomie con altre norme costituzionali».

[56] Fra tutti, cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, I, 80 ss., spec. 91-92. Come sostiene l'Autore, «se è vero che oggi vi è un gran bisogno di rifuggire da schemi chiusi e norme eccessivamente e vanamente analitiche; se attraverso la rivalutazione delle clausole generali e delle norme di principio si tende […] a creare un diritto più aderente a una realtà in rapida trasformazione, non potranno non rivalutarsi quelle posizioni giusnaturalistiche e giusrazionalistiche che hanno sempre avuto modo di esprimersi attraverso l'uso di clausole generali e concetti giuridici indeterminati».

[57] Cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 3-4.

[58] *Ivi*, 107.

[59] *Ibidem.* Da queste conclusioni scaturisce una maggiore centralità dell'art. 13 della Costituzione e del principio della libertà personale, da intendersi in senso omnicomprensivo, come *libertà psico-fisica*; considerata, oggi, un «diritto fondamentalissimo» della persona (*ivi,* 11-12). Secondo l'Autore, la libertà personale è da intendersi come «*l'autorelazione del singolo con sé come unità psico-fisica*». Egli sostiene, infatti, che «il valore dell'autorelazione si esplica, analiticamente, come rapporto con la propria psiche (interiorità) e con il proprio corpo. La libertà personale (art. 13) è la categoria assiomatica che esprime il duplice, ma inscindibile, significato di tale autorelazione fondamentale». Questa nuova lettura della libertà personale da parte

assumere oggi una rilevanza centrale nel nostro ordinamento, considerate le sue significanti potenzialità espansive ed evolutive[60]. Difatti, «una rilettura nuova e conseguente del costituzionalismo democratico individua nel principio della dignità umana la leva per una ricomposizione dei diritti nel riconoscimento, appunto, della pienezza della persona che ne è titolare»[61].

3.1. *La funzione integrativa della Corte costituzionale quale segno dell'attuale avvicinamento tra la funzione di garanzia e la funzione di direzione politica*

Individuato il fondamento (*rectius*: i fondamenti) dei nuovi diritti, si deve comunque constatare che il loro *potenziale* riconoscimento, da solo, non è sufficiente. Ad essi, infatti, corrispondono situazioni soggettive concrete che necessitano di un'*effettiva protezione*. Infatti, come osservava parte della dottrina, a ben vedere non si tratta di riscrivere le tavole dei diritti o di allungare l'elenco delle libertà riconosciute, poiché le enunciazioni esplicite al riguardo sono già numerose. Si tratta, piuttosto, «di rendere effettive le situazioni di diritti formalmente attribuite o comunque ricollegabili a qualcuna delle proclamazioni con cui la Costituzione impegna la Repubblica a fare questo o quello»[62].

---

dell'Autore evidenzia la profonda differenza di concepire l'individuo rispetto a quanto avveniva nello stato borghese ottocentesco. Allora, la persona umana era concepita come l'*homo oeconomicus*, «con la conseguente riconduzione della proprietà a proiezione necessaria dello stesso individuo (da cui la identificazione di fondo proprietà-libertà, binomio che caratterizzava nella sua identità sostanziale la personalità)». Invece, con il passaggio dal paradigma della libertà-proprietà a quello della *libertà-pesonalità*, vi è stato un forte depotenziamento delle libertà economiche a vantaggio di quelle personali.

[60] Sul punto, si veda

[61] Così L. MANCONI, *Prefazione*, in S. ANASTASIA – V. CALDERONE – L. FANOLI (a cura di), *L'articolo 3. Primo Rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma, 2014, 10-11.

[62] Così S. RODOTÀ, *Statuti e carte delle libertà*, in *Pol. dir.*, 1980, II, 170. Ad avviso dell'Autore, ciò vale in particolare per il caso italiano, se si considera che la nostra Costituzione è «larghissima di enunciazioni in materia di libertà, forse più d'ogni altra Costituzione contemporanea». Inoltre, alle enunciazioni esplicite, vanno aggiunte quelle altre che «interpreti rigorosi e fantasiosi hanno potuto ricostruire muovendo dall'insieme della sistematica costituzionale o dalle formule anticipatrici introdotte da taluni costituenti lungimiranti».

Non vi è dubbio che la tutela effettiva di tali situazioni dovrebbe essere individuata *in primis* dal legislatore[63]. Tuttavia, in un contesto come quello sopra descritto, ove il legislatore fatica a realizzare una compiuta disciplina della realtà, i *giudici*, in particolar modo quelli costituzionali, assumono un nuovo ruolo all'interno dell'ordinamento. Si assiste ad una «innaturale "supplenza" esercitata dai giudici nei riguardi di un legislatore colpevolmente inerte: una inerzia che specialmente nei campi materiali sui quali si agitano le questioni eticamente sensibili si rivela essere particolarmente vistosa, grave, intollerabile»[64]. In altri termini, ai giudici è richiesta una necessaria attività *integrativa*, senza la quale molte delle nuove situazioni emergenti rimarrebbero senza un'effettiva tutela. Perché, se è vero che astrattamente spetta anzitutto al legislatore il riconoscimento generale e astratto di una determinata disciplina[65], può accadere che, comunque, una fattispecie si ritrovi priva della necessaria copertura normativa[66]. In simili casi, quando cioè il *diritto vivente* precede il *diritto vigente*, sarà dalle pronunce dei giudici che emergerà il bisogno, «diffusamente avvertito come pressante», di un intervento legislativo[67].

[63] Cfr. R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, cit., 621 ss.

[64] A. RUGGERI, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, cit., 11. Cfr. anche ID., *Attività di garanzia e attività di indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, 2015, II, 411.

[65] Come nota A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 17, le risposte che possono dare il giudice e il legislatore ad una domanda di riconoscimento di un diritto sono molto diverse. Da un lato, a prescindere dal tipo di organo giurisdizionale, il giudice è generalmente confinato entro i limiti del principio della domanda e, per l'operare del divieto del *non liquet*, è sempre tenuto a dare una risposta, anche quando la «norma del caso» non sia rinvenibile nella legislazione vigente. Dall'altro lato, il legislatore «può dare al diritto un riconoscimento in via "generale e astratta", producendo una disciplina stabile e non strettamente legata alle condizioni fattuali relativamente alle quali, invece, il giudice può riconoscere e tutelare il diritto medesimo». Sarebbe in parte diversa la posizione del giudice delle leggi, le cui pronunce possono avere efficacia generale; tuttavia, nota l'Autore, esse rimangono comunque condizionate dal caso da cui originano.

[66] Il riconoscimento legislativo può mancare del tutto o semplicemente essere *non* idoneo. Da questo punto di vista, i "diritti senza legge" vengono distinti in diritti senza legge *in senso relativo* e *in senso assoluto*. Nel primo caso il diritto ha già una sua specifica fisionomia normativa (definita dalla Costituzione, da leggi o da fonti internazionali), ma alcuni soggetti, che pure aspirerebbero al loro godimento, ne sono esclusi. «I diritti del secondo tipo, invece, sono "nuovi" e, talvolta, non è ancora pacifica la loro stessa esistenza giuridica, poiché essi non trovano un esplicito riconoscimento in Costituzione […] e mancano di una disciplina legislativa che ne consenta la fruizione». Così A. MORELLI, *op. ult. cit.*, 20.

[67] A. RUGGERI, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, cit., 14.

Il ruolo fondamentale che può giocare la Corte costituzionale in quest'opera di *integrazione* – vista la sua peculiare posizione istituzionale – è di tutta evidenza. Infatti, sul fronte delle garanzie, sono tutti i giudici, ma in particolar modo quelli costituzionali, «i protagonisti dell'azione quotidianamente svolta a presidio dei diritti»[68]. Il peso che, con il tempo, ha assunto la Corte all'interno del sistema giuridico ha comportato un forte avvicinamento tra la funzione *di garanzia* (tipica degli organi giurisdizionali) e quella *di direzione politica* (che si dovrebbe esprimere, anzitutto, in via legislativa). Una convergenza che conduce ad una sempre maggiore "politicizzazione" degli organi di garanzia, *in primis* proprio della Corte costituzionale. D'altronde, come già riconosceva Calamandrei, tra gli aspetti costituzionali e gli aspetti politici di certe questioni che si svolgono «"ad alto livello", […] la linea di confine non è facilmente tracciabile. Ai sommi vertici, in quell'atmosfera rarefatta in cui dovrà abituarsi a respirare la Corte costituzionale, diritto e politica sono spesso una cosa sola»[69].

Questa (nuova) forza politica della Corte, che si sostanzia in un'estensione del ruolo che essa gioca all'interno della società, non deve certo considerarsi come una scorretta forma di "prevaricazione" da parte dei giudici costituzionali nei confronti degli altri poteri, in primo luogo del legislativo. Piuttosto, questa sua nuova configurazione sembra essere «il risultato di una tendenza obbiettiva, che ha progressivamente condotto a esaurimento l'esperienza dello Stato liberale di diritto del XIX secolo sostituendovi lo *Stato costituzionale*, che come nuova forma di Stato è caratterizzata proprio dalla *pari dignità costituzionale* di legislazione e giurisdizione, entrambe direttamente riconnesse, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione»[70].

---

[68] A. RUGGERI, *Attività di garanzia e attività di indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, cit., 400.

[69] P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 52.

[70] Così M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, 32. In passato, quindi, si aveva una forma di Stato «ordinata verticalmente» e dove, di conseguenza, «la giurisdizione sottostava alla legislazione, e solo per suo tramite riusciva a vedere la Costituzione». Adesso, secondo l'Autore, «si ha una nuova forma, in cui la Costituzione è norma primaria e suprema direttamente per i giudici come per il legislatore». La conseguenza di una simile impostazione è quella di avere una Corte costituzionale che deve necessariamente dialogare con entrambi i soggetti.

Da quanto detto sopra, emerge chiaramente quanto la Corte costituzionale stia contribuendo, in maniera sempre più incisiva, al processo evolutivo dell'ordinamento e soprattutto della tutela dei diritti. Da questo punto di vista, la sua attività si sostanzia principalmente nella necessaria *integrazione* di un dettato legislativo troppo spesso carente, bisognoso di "addizioni" che garantiscano un'effettiva protezione delle esigenze emergenti dalla società[71].

D'altronde, la Costituzione rappresenta la norma fondamentale del "*vivere*" comune e, in quanto tale, è stata pensata per svilupparsi, per garantire l'evolversi delle *dinamiche* sociali che spingono continuamente il sistema al cambiamento, all'evoluzione. Per questo si parla di "*costituzione vivente*", cioè di una costituzione «sensibile alle esigenze del tempo che muta»[72].

La Corte costituzionale rappresenta, allora, il luogo in cui dare inizio a questo percorso evolutivo. Al suo interno, le nuove esigenze emergenti dalla società potranno trovare quella protezione che non sono riuscite a trovare in sede legislativa. E tutto ciò è reso possibile grazie al lavoro esegetico dei giudici costituzionali che, interpretando in senso evolutivo il dettato costituzionale, sono

[71] A tal riguardo può constatarsi che, con frequenza sempre maggiore, l'intervento additivo della Corte è segnato dalla necessità di garantire l'acquisto o comunque l'ampliamento di diritti di libertà (o l'eliminazione di limiti illegittimi che il legislatore pone ad essi). Per questo l'opera *integrativa* realizzata dai giudici costituzionali sembrerebbe riconducibile, in particolare, al modello di quelle che sono state definite come *additive "di garanzia"*, la cui portata consiste nel consentire l'acquisto di una situazione giuridica attiva a favore di determinati soggetti, cui verrà esteso un diritto di libertà o un potere di autonomia prima non riconosciuto; di conseguenza, in questo caso, sullo Stato incomberà un nuovo obbligo di astensione (*non facere*) o uno stato di soggezione (*pati*) nei confronti di tali soggetti. Questa peculiare funzione di tale "sottocategoria" di additive consente di distinguerle dalle *additive "di prestazione"* che, invece, comportano l'acquisto «a favore di determinate categorie di soggetti (pubblici dipendenti, pensionati, etc.), di un diritto a contenuto patrimoniale (retribuzione, indennità, pensioni, etc.) o a prestazioni di servizi, il cui godimento risultava dianzi, a giudizio della Corte, illegittimamente escluso o limitato»; così A. DE STEFANO, *Giustizia costituzionale e potere legislativo in Italia. Relazione alla Terza conferenza delle Corti costituzionali europee (Roma, 1976)*, ora in AA.VV. *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, 2006, 938. A differenza dell'ipotesi precedente, con le additive di prestazione, sullo Stato non incomberà un obbligo di mera astensione o uno stato di soggezione, «bensì un obbligo di (nuova o maggiore) prestazione, cioè […] una situazione di *dare* o di *facere*» (*ibidem*). In origine, sulla distinzione tra additive "di garanzia" e "di prestazione", cfr. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 – luglio '85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 313-314.

[72] Così G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, II, 302. Sul punto, si possono richiamare anche alcune considerazioni di L. VIOLANTE, *Antigone*, in M. CARTABIA – L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, cit., 114 che – in merito a un contesto in parte differente – sostiene che «gli ordinamenti giuridici vivono in continua tensione tra il presente e il futuro, tra il bisogno di certezza e il parallelo di nuovo diritto per adeguarsi alle nuove esigenze, per cancellare ciò che si è rivelato dannoso, per recepire spinte che si manifestano nella società».

in grado di dar voce a quei diritti negati che, soltanto così, possono riuscire a trovare la loro necessaria, effettiva tutela[73].

La sapiente elaborazione di tecniche decisorie sempre più raffinate, portata avanti nel corso degli anni, ha consentito alla Corte di porre in essere quell'attività *integrativa* necessaria per fronteggiare le mancanze della legge e di agire *positivamente* sul tessuto legislativo, *integrando* le sue mancanze. Questa esigenza sta portando a una rinnovata centralità delle pronunce manipolative, in particolar modo di quelle con portata additiva, che rappresentano la tipologia decisoria più avanzata per far valere l'illegittimità di omissioni, limitazioni o discriminazioni per omissione poste in essere dal legislatore. In questo senso, la supplenza della Corte costituzionale nei confronti del potere legislativo – quel ruolo così controverso con cui essa ha potuto *co-determinare* o perfino *anticipare* l'indirizzo politico – sembrerebbe rappresentare «l'unico e non facilmente dispensabile mezzo di garanzia del pluralismo istituzionale, il canale alternativo più efficace per la trasmissione dell'accresciuta domanda sociale e in definitiva il mezzo per realizzare il punto di equilibrio tra forze politiche, parti sociali e potere giurisdizionale»[74].

[73] Come è stato notato da A. SPADARO, *"Nuove tecniche (premiali o disincentivanti) per "nuovi" diritti: dall'*hard law *al* soft law, in A. RUGGERI – L. D'ANDREA – A. SAITTA – G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 314, «moltissimi, forse la gran parte, dei diritti fondamentali "di nuovo conio" sono frutto di tecniche di normative – interpretative e/o creative – imputabili a soggetti diversi dal primario soggetto della normazione: il legislatore». Sottolineando l'incidenza dell'attività della Corte costituzionale, l'Autore vede, in questo contesto, «il passaggio dall'"interpretazione semplice" alla ben più complessa – vero e proprio ossimoro – "interpretazione creativa"».

[74] Così F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 101. Sul punto, v. anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 3, che evidenzia come la Corte costituzionale si sia «a poco a poco distaccata dal modello giurisdizionale di garante e custode di presunti valori costituzionali stabili e relativamente permanenti, per diventare anche mediatrice e moderatrice di conflitti sociali, ed in particolare di quelli che non riescono a trovare soluzione nelle sedi istituzionali di formazione della volontà politica». Così, nella ricerca di una sintesi equilibrata tra le diverse forze sociali riconosciute dalla nostra Costituzione pluralista, la Corte costituzionale rappresenta «un momento di razionalità nell'ambito della lotta politica e delle controversie sociali» (*ibidem*).

4. *Il peso dello scorrere del tempo nelle pronunce della Corte costituzionale*

Fino ad ora si è fatta menzione al ruolo di supplenza che la Corte costituzionale ha dovuto svolgere per garantire tutela all'*evolversi* delle priorità sociali. Troppo spesso, infatti, al Giudice delle leggi è spettato cogliere autonomamente il mutare *nel tempo* delle esigenze dei consociati, rispetto alle quali vi è stata una miopia del legislatore che non è stato in grado di anticipare una dichiarazione d'incostituzionalità evitabile con un puntuale intervento normativo. Un ruolo integrativo-sostitutivo, quello della Corte costituzionale, reso possibile proprio dalla naturale valenza *pro-futuro* della Costituzione.

Ciò vuol dire che, se il legislatore fosse intervenuto cogliendo con *tempismo* il sopraggiungere dell'incompatibilità tra una determinata disciplina (o la sua assenza) e la Costituzione, avrebbe potuto evitare la dichiarazione di illegittimità, anticipando il giudizio e la decisione della Corte costituzionale.

A ben vedere, quindi, l'elemento temporale svolge un ruolo fondamentale nella determinazione dell'incostituzionalità di una certa disciplina legislativa.

D'altronde è questo il senso dell'inerzia (quella del legislatore, nel caso di specie): un elemento che, se pur rilevabile istantaneamente, ha una valenza che può valutarsi – ed eventualmente sanzionarsi – solo nel tempo, vale a dire alla luce del suo *protrarsi*. In altri termini, sebbene la sussistenza dell'indifferenza legislativa non può che riscontarsi in un preciso momento, cioè quello del giudizio della Corte, l'incostituzionalità di tale indifferenza molto spesso dipende *dalla sua durata*.

Com'è stato notato da autorevole dottrina, la "supplenza" della Corte nei confronti del Parlamento «sta ad indicare uno scarto tra ciò che doveva essere e non è stato, uno scarto reso sopportabile da ciò, che un'istanza istituzionale si è fatta eccezionalmente carico delle inadempienze dell'altra, in modo teoricamente scorretto ma praticamente efficace e dunque spiegabile»[75]. Viene allora da chiedersi: ciò vale in assoluto o vi è "un termine di tollerabilità" per l'inadempienza del legislatore, superato il quale può ammettersi e giustificarsi l'intervento suppletivo della Corte costituzionale? E prima della sua scadenza

[75] Così G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 120.

tale intervento è comunque giustificabile oppure l'indifferenza legislativa, nel suo stadio iniziale, non è sanzionabile perché rientrante nella discrezionalità del legislatore? Quando e soprattutto in che modo la Corte può pronunciarsi sulla sussistenza non più tollerabile dell'inerzia legislativa nell'ordinamento?

Proveremo a dare una risposta a tali interrogativi nelle pagine che seguono.

4.1 *L'incostituzionalità accertata ma non dichiarata*

Nell'ambito del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore il cortocircuito forse più insidioso che ha segnato il giudizio di legittimità costituzionale consiste nell'avvento di quelle decisioni che possono definirsi, in senso lato, di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*[76].

Con tali pronunce, l'incostituzionalità è "*accertata*" perché nel corso della motivazione viene rilevata espressamente (o quantomeno chiaramente) la violazione della Costituzione da parte della previsione legislativa censurata. Tuttavia, essa "*non è dichiarata*" perché, in questo modo, la Corte riesce a sventare le ripercussioni che conseguirebbero ad una decisione di accoglimento, prima fra tutte quella di dar vita ad una lacuna idonea a compromettere il principio di *continuità* dell'ordinamento normativo[77].

---

[76] Alcune perplessità sulle pronunce che contengono un accertamento sulla sussistenza di profili di incostituzionalità della disciplina sindacata, ma non la annullano, vennero manifestate in maniera profetica anche da V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 944 ss. Sebbene l'Autore si riferisca in particolare a due storiche interpretative di rigetto – le già citate sentenze nn. 3 e 8 del 1956 (su cui si veda, *supra*, cap. I, § 3.1, rispettivamente note n. 89 e n. 96) – egli già dava atto del «generico senso di insoddisfazione» generato da quelle pronunce con cui la Corte *non* risolve le questioni sottoposte al proprio giudizio poiché si concludono con una dichiarazione di rigetto nel dispositivo, sebbene l'illegittimità costituzionalità della norma indicata dal giudice *a quo* emerga dalla parte motiva.

[77] Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 80 ss. Sul punto si veda altresì F. POLITI, *Principio di continuità dell'ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: «giusta preoccupazione» o «eccessivo timore» della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?*, in *Giur. cost.*, 1992, 3175 ss., spec. 3180, che tuttavia mette in luce il segnale di «"debolezza"» offerto da tali tipi di pronunce, che rappresentano sì una manifestazione della paura di creare vuoti normativi, ma che, di riflesso, danno la sensazione di una Corte eccessivamente intimorita nell'esercitare appieno il proprio compito istituzionale, vale a dire quello di eliminare le norme contrarie alla Costituzione.

Così, nelle decisioni *de qua*, pur evidenziando nella parte motiva dei profili di illegittimità costituzionale, la Corte «non conclude in maniera logicamente conseguente l'*iter* argomentativo pregresso con l'adozione di un dispositivo di accoglimento, ma finisce al contrario per non annullare (sia pure "per il momento") la disciplina sottoposta al suo controllo, esortando contemporaneamente il legislatore ordinario ad intervenire in tempi brevi onde adeguare la normativa vigente ai precetti della Costituzione»[78]. Quest'ultimo profilo rappresenta una costante della tecnica decisoria in esame e che potrebbe risultare, *all'apparenza*, espressione di una forte incisività monitoria, dal momento che tali pronunce implicano l'evidente esigenza di un intervento del legislatore volto a ripristinare la legalità costituzionale violata.

A ben vedere, però, tali decisioni posseggono solo la forma dei moniti, ma non possono definirsi tali nella sostanza, perché esprimono qualcosa in più[79]. I moniti, infatti, rappresentano «il modo per avvertire che oggi, allo stato, la norma non è incostituzionale, ma che potrebbe diventarlo domani se non opportunamente modificata»[80]. Invece, accertando (ma non dichiarando)

[78] Così R. PINARDI, *op. ult. cit.*, 81.

[79] Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 310 s., secondo cui tali decisioni prospetterebbero l'eventualità di un futuro accoglimento della questione in caso di inerzia legislativa. Per cui non può trattarsi propriamente di «un mero monito al legislatore, ma di un vero e proprio riconoscimento dell'incostituzionalità, ma con rinvio nel tempo della dichiarazione relativa». Si veda anche R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1990 s., secondo cui decisioni siffatte sarebbero in realtà caratterizzate da una «scarsa efficacia monitoria». Secondo l'Autore, infatti, al di là del fatto che – in via generale – il legislatore non può dirsi giuridicamente obbligato a dar seguito agli "inviti" della Corte (al punto da poterli ritenere, al più, vincoli di natura sostanzialmente politica), nelle pronunce di rigetto in cui viene accertata l'incostituzionalità la Corte ammette l'estrema problematicità di un eventuale annullamento della questione, determinata dalla necessità di evitare il determinarsi di pericolose lacune legislative. In questo modo, si fornirebbe al legislatore «un'implicita garanzia circa il fatto che, nonostante l'eventuale protrarsi della sua inerzia, il passaggio dal monito all'accoglimento risulterà decisamente problematico, dovendosi ritenere assolutamente prioritaria, nella fattispecie, la necessità di preservare l'ordinamento dal determinarsi di pericolosi "vuoti" normativi». Per analoghe considerazioni, si veda anche ID., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia* pro futuro *delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 788 ss., spec. 813 ss.

[80] Così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 257 s. Sul punto, si veda anche F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1645 ss., spec. 1653, ove l'Autore mette in luce la valenza di mera *influenza* che i moniti possiedono nei confronti del potere legislativo, evidenziando che essi «costituiscono il modo per avvertire il legislatore che, oggi, allo stato, la disciplina non è ritenuta incostituzionale o che è ritenuta tale solo in parte, ma che potrebbe diventarla un domani, se all'invito non si risponde o se il monito non è seguito». Tuttavia – prosegue l'Autore – se pure il monito deve ritenersi privo del valore di un obbligo giuridico, ciò non ne decreta certo la sua

l'incostituzionalità, tale esigenza viene sicuramente meno, manifestandosi, semmai, quella di un celere intervento del legislatore per superare un'incostituzionalità già esistente ed evitare così un futuro accoglimento. Per cui, più che di "monito", potrebbe parlarsi di un vero e proprio "ammonimento".

Allora si può dire che la tipologia delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata rappresenta un sintomo dell'attenzione della Corte per le conseguenze sull'ordinamento delle proprie decisioni, per le ripercussioni che conseguono all'esercizio del controllo sulla legittimità delle leggi e che la Corte non può non prendere in considerazione senza sacrificare la funzione di garanzia della Costituzione a cui è preposta. Tali decisioni, infatti, sembrerebbero rientrare appieno in quei margini di *discrezionalità* nell'elaborazione e nell'utilizzo degli strumenti processuali che la Corte ha a disposizione per poter valutare l'«impatto ambientale» delle proprie decisioni[81].

Una riprova di tale attenzione è espressa, in maniera esemplare, nella sentenza 16 marzo 1992, n. 125 sulla legittimità costituzionale della disciplina delle misure alternative alla detenzione per i minori di anni diciotto (art. 79, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354). Pur rilevando una disarmonia tra la disciplina sindacata e i principi costituzionali che governano l'esecuzione penale, la Corte evidenzia di non poter accogliere la questione dato che ciò implicherebbe un intervento additivo che modificherebbe le condizioni per la concessione ai minori di misure alternative alla detenzione, le cui modalità – come è evidente – sono rimesse alla discrezionalità del legislatore, data la pluralità di soluzioni che si prospettano per superare l'incostituzionalità. La Corte, però, prosegue evidenziando che «una pronunzia interamente caducatoria

inutilità: «la Corte può orientare il legislatore senza in alcun modo vincolarlo, può consigliare insomma senza obbligatoriamente decidere».

[81] Sul punto (e per la definizione citata) si veda G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, 221 ss., spec. 226. Sulla necessità che la Corte non manifesti disinteresse rispetto alle conseguenze delle proprie dichiarazioni di incostituzionalità, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 307 e, più recentemente, A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, cit., 49 s., ove l'Autore evidenzia come la Corte soppesi sempre «la "situazione normativa", quale risultante in forza del vigore della norma denunziata, con la situazione normativa "consequenziale" ad un eventuale intervento ablativo […], ponendo dunque a raffronto una situazione *reale* con una *ideale* ed interrogandosi al riguardo di quella che meglio possa servire, alle condizioni storico-positive date, l'*intera* tavola dei valori costituzionali, riguardata dal peculiare angolo di osservazione della questione giudicata».

della norma condurrebbe ad un vuoto legislativo dei cui effetti la Corte ritiene di dover tener conto, posto che essi, allo stato, inciderebbero sulla stessa possibilità per i minori di usufruire delle misure alternative alla detenzione»[82]. Ciò che risulta di particolare interesse – proprio alla luce del rilievo dello scorrere del tempo nel giudizio di legittimità costituzionale – è che, nonostante i menzionati impedimenti, la Corte ammonisce sul fatto che in futuro l'accoglimento semplice sarà inevitabile ove il legislatore non dovesse provvedere tempestivamente a disciplinare la materia in senso conforme a Costituzione, «non potendosi mantenere più a lungo nell'ordinamento una norma ai limiti della incostituzionalità»[83].

Casi come questo rappresentano l'ipotesi tipica – e forse più problematica – di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Trattasi della circostanza in cui, per rimuovere l'incostituzionalità rilevata dalla Corte in motivazione, è richiesto necessariamente un intervento da parte del legislatore. Come anticipato, tale circostanza si riscontra quando le disposizioni impugnate sono evidentemente incostituzionali ma le soluzioni astrattamente compatibili con la Costituzione, potenzialmente idonee per superare l'illegittimità, sono più di una, vale a dire quando manca, a fondamento dell'intervento manipolativo, la *crisafulliana* "rima obbligata" che da decenni rappresenta il limite e la necessaria giustificazione per interventi di natura manipolativa. In tal caso, infatti, si è sempre ritenuto che la scelta tra le diverse soluzioni possibili rientri nell'ambito della discrezionalità legislativa.

È quanto affermato, non solo da chi quel fondamento l'ha teorizzato[84], ma anche dalla stessa Corte costituzionale che – già sul finire degli anni '60 – iniziò a ribadire in maniera costante, quasi come un *mantra*, che gli interventi *lato sensu* additivi sono consentiti esclusivamente se la soluzione normativa individuata dalla Corte per superare l'incostituzionalità è *obbligata*. Se, al

[82] Corte cost., sentenza 16 marzo 1992, n. 125; punto n. 5 del *Considerato in diritto*. A commento di tale decisione, cfr. R. PINARDI, *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sent. n. 125 del 1992 come decisione di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1083 ss.
[83] Corte cost., sentenza 16 marzo 1992, n. 125; punto n. 5 del *Considerato in diritto*.
[84] Si veda, quindi, lo stesso V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, II, 1984, 408.

contrario, ad essa si presentano plurime opzioni normative da cui attingere per integrare l'enunciato legislativo in senso conforme alla Costituzione – opzioni in astratto tutte costituzionalmente legittime – la scelta non può spettare alla Corte, perché rientra nella *discrezionalità del legislatore*[85].

Ed è proprio alla luce di questo impedimento che sono state fondate la maggior parte delle decisioni con cui la Corte, pur rilevando l'incostituzionalità, si trova costretta a non poterla dichiarare. Si tratta di una tecnica ampiamente collaudata dalla Corte negli ultimi decenni e che, nell'ultimo periodo, sta manifestando alcune di quelle disfunzioni che portarono la dottrina ad accogliere la sua iniziale diffusione con perplessità[86].

Proprio la costante e ancora attuale presenza di tali pronunce nella giurisprudenza della Corte richiede che esse vengano analizzate con un maggiore approfondimento. Perché se davanti a tale *impasse* in un primo momento il Giudice delle leggi rispose con un marcato *self restraint*, oggi l'atteggiamento sembrerebbe essere profondamente diverso, esprimendosi in una nuova tendenza

[85] Si veda, fra tutte, la già citata sentenza 22 aprile 1986, n. 109, ove la Corte afferma in maniera esplicita il proprio – ormai – consolidato orientamento, secondo cui «una decisione additiva è consentita, com'è *ius receptum*, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità […]. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (punto n. 3 del *Considerato in diritto*). Come anticipato, però, simili considerazioni emergono implicitamente anche in precedenti decisioni della Corte. Può considerarsi a tal riguardo la sentenza 25 giugno 1981, n. 137 che, come si vedrà a breve, viene considerata una delle prime manifestazioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

[86] Fra tutti, v. L. CARLASSARRE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1314 ss. Secondo l'Autrice, «ove veramente la Corte non voglia sostituirsi al legislatore, non è per questo tenuta a dichiarare inammissibile la questione: se l'incostituzionalità sussiste, la via da percorrere è quella dell'*annullamento pure e semplice*». Su tale tecnica decisoria, con diffuse perplessità, si vedano anche F. POLITI, *Principio di continuità dell'ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: «giusta preoccupazione» o «eccessivo timore» della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?*, cit., 3175 ss.; L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 406 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 28 ss.; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 256 ss.; R. PINARDI, *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia* pro futuro *delle sentenze di accoglimento*, cit., 813. Quest'ultimo evidenzia «l'intima contraddittorietà» delle pronunce in esame, ritenendo la loro capacità monitora paradossalmente inferiore rispetto ai moniti tradizionalmente inseriti in pronunce di rigetto: sottolineando l'impossibilità (o quantomeno le difficoltà) di poter accogliere la questione, la Corte «riconosce in maniera neppure troppo implicita che l'annullamento di tale normativa è reso estremamente problematico dalla necessità di salvaguardare il principio di continuità dell'ordinamento giuridico».

sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale. Un mutamento caratterizzato senz'altro da una maggiore disinvoltura con cui il Giudice delle leggi penetra nell'area riservata alle valutazioni del legislatore e che, tuttavia, si giustifica per l'inaccettabile procrastinarsi della sua insensibilità ai richiami della Corte.

4.1.1 *Dalle pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa…*

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale un embrionale riferimento alla necessità di non invadere la discrezionalità del legislatore può rinvenirsi già nella sentenza 16 gennaio 1957, n. 3, in cui il Giudice delle leggi, nel delineare quella che poi diverrà l'interpretazione più accurata del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.[87], specifica che la valutazione sulla rilevanza delle circostanze che possono dar luogo a differenze di trattamento legittime (*rectius*: ragionevoli) deve essere riservata – per l'appunto – alla discrezionalità legislativa. Circostanza che induce la Corte ad escludere la violazione dell'art. 3 Cost. e a dichiarare la questione non fondata[88].

Trascorso il primo decennio di attività della Corte, il richiamo alla discrezionalità legislativa diventa senza dubbio più frequente. Ma esso sembrerebbe porsi più che altro come un ostacolo certamente non valicabile, davanti al quale arrestarsi immediatamente, senza approfondire il merito della questione sulla validità o meno delle previsioni legislative sindacate – che infatti viene "liquidato" in brevi motivazioni che si concludono con un'infondatezza. Può prendersi, come esempio, la sentenza 2 luglio 1968, n. 111. Si tratta di una

[87] Difatti, è con tale la sentenza 16 gennaio 1957, n. 3 che la Corte ha affermato, per la prima volta, che il principio di eguaglianza «non va inteso nel senso, che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale»; piuttosto esso deve «assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione».

[88] Per completezza, si segnala che la Corte giunse alla soluzione della non fondatezza anche in merito agli altri due profili venuti in rilievo nella sentenza n. 3 del 1957, vale a dire quello della violazione dell'art. 4, comma 1, Cost. e di un possibile eccesso di delega prospettato dal giudice remittente.

decisione il cui *Considerato in diritto* conta complessivamente nove righe (se lo si vuole considerare un valido indice quantitativo), in cui la Corte afferma – in merito ad una previsione legislativa in materia di concessione di decorazioni al valore militare (d.lgs.lgt. 21 agosto 1945, n. 535) – che la valutazione fatta dal legislatore nell'esercizio del suo potere discrezionale «sfugge al sindacato di questa Corte, la quale non deve neppure prendere in considerazione le argomentazioni di carattere politico, di cui non è immune l'ordinanza di remissione».

Tuttavia, sul finire degli anni '70 la risposta della Corte alla sussistenza della discrezionalità legislativa inizia a mutare.

In tutti quei casi in cui l'utilizzo di una pronuncia manipolativa è impedito dalla necessità di una *interpositio legislatoris*, inizia a registrarsi il passaggio dalle dichiarazioni di *non fondatezza* a quelle di *inammissibilità*[89]. Come visto poco sopra, infatti, nei primi decenni la salvaguardia della discrezionalità legislativa veniva posta in essere dichiarando la non fondatezza della questione; una soluzione che, a ben vedere, implicava la sua potenziale riproponibilità. Invece, come rilevato da attenta dottrina, a commento del mutamento

[89] Sulla differenza tra *infondatezza* e *inammissibilità*, proprio in relazione alle ipotesi di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, cfr. A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» e infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1219 ss. Sul punto, cfr. anche L. CARLASSARRE, *op. ult. cit.*, 1314 ss. che, a commento della sentenza 25 giugno 1981, n. 137 – che, come si vedrà a breve, rappresenta la prima vera e propria decisione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore – sottolinea proprio la novità dell'utilizzo di una pronuncia di inammissibilità per rispettare le prerogative del legislatore, quando in realtà tale tecnica – quantomeno fino ad allora – era stata utilizzata per questioni strutturate in maniera tale da impedire alla Corte di sindacarne il merito (ad esempio per mancanza di legittimazione del giudice *a quo*, se l'atto impugnato è privo di forza di legge, per difetto di rilevanza o, in generale, in caso di inidoneità dell'ordinanza di remissione a promuovere un giudizio di costituzionalità). Sul punto, si vedano anche V. ANGIOLINI, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, 194 ss. e A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 630 ss. Secondo l'Autrice, l'utilizzo di decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa è correlato a «una sorta di *incompetenza* nei confronti di scelte che possono compiersi solo attraverso una valutazione di tipo politico» (corsivo aggiunto). Deve darsi conto del fatto che, tuttavia, ancora oggi, la Corte costituzionale continua in alcuni casi a rispondere al limite della discrezionalità legislativa in caso di mancanza di una soluzione normativa costituzionalmente univoca, non con una pronuncia di inammissibilità, ma con una di non fondatezza. Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 240 s., che evidenziano come ciò accada quando la scelta legislativa censurata è non manifestamente irragionevole. Sebbene anche in tal caso l'esigenza sia quella di preservare la discrezionalità legislativa, l'utilizzo delle due diverse risposte decisionali della Corte dipenderà dalle diverse intensità con cui si palesa l'esigenza dell'intervento.

giurisprudenziale con cui si è consolidato il passaggio da una tecnica decisoria all'altra, l'utilizzo di dichiarazioni di inammissibilità implicherebbe una «restrizione dell'area di operatività della giustizia costituzionale», dal momento che esse vengono generalmente utilizzate per impedimenti di ordine processuale e, se l'impedimento riguarda l'assenza di una soluzione costituzionalmente univoca per superare l'incostituzionalità, non si vede come possa essere superato in futuro[90].

Potrebbe sembrare, quindi, che la scelta di passare dall'infondatezza all'inammissibilità – cui si ricollegherebbe, all'apparenza, l'impossibilità di sindacare il merito[91] – evidenzi una vera e propria carenza di potere del giudice costituzionale in caso di giudizio su disposizioni che rientrino nella discrezionalità del legislatore[92].

Tuttavia, se pure tali considerazioni potevano avere fondamento durante l'originaria diffusione delle decisioni di non fondatezza o inammissibilità per rispetto delle prerogative del potere legislativo, nel tempo l'evolversi della giurisprudenza costituzionale ha palesato profili inattesi. Non è un caso che tale passaggio sia avvenuto alla fine di un periodo storico in cui si erano consolidate

---

[90] Così A. PIZZORUSSO, *Nota a Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 1977, n. 102*, in *Foro it.*, 1977, I, 1608 che rileva con perplessità il passaggio dall'inammissibilità in caso di tutela della discrezionalità legislativa e la tendenza della Corte a forgiare in autonomia strumenti arbitrari circa la procedibilità delle questioni e dei ricorsi. Una possibilità i cui risvolti negativi emergerebbero in particolare alla luce della natura della Corte, un organo che, se pur dotato di «venature di "politicità"», «non è però tenuto neppur esso a render conto delle sue pronunce a nessun corpo elettorale e delibera in un regime di anonimato che sarebbe inconcepibile per qualunque altra istanza produttrice di decisioni politiche». Qualche anno più avanti le medesime perplessità sull'utilizzo dell'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa verranno espresse da F. FELICETTI, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1986, I, 22 ss., spec. 25 s. Sulla – quantomeno astratta – impossibilità di riproporre questioni di legittimità dichiarate inammissibili, cfr. anche L. PESOLE, *Sull'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale: i più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 1566 ss., spec. 1604 ss.

[91] Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 171 ss. che evidenzia come le pronunce di inammissibilità siano utilizzate in particolare in caso di carenza di condizioni strettamente procedurali o di condizioni preliminari al merito stesso. Quindi, come evidenzia l'Autore, la loro stessa esistenza è dovuta alla «natura delle cose», giacché il loro utilizzo scaturisce «dall'impossibilità di pronunziare sulla questione, come proposta, quante volte debba essere accolta un'eccezione pregiudiziale o preliminare». Cfr. anche CRISAFULLI V., *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, cit., 375 ss.

[92] Per tali considerazioni, cfr. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 147-149 che vede in questo passaggio – oltre che nel minor richiamo alla ragionevolezza delle pronunce di quegli anni – una sorta di "delega" al legislatore, la cui opportunità emerge in particolare in quei campi ove è più stringente la necessità che sia il legislatore a mediare gli interessi in gioco (come avviene, *in primis*, per i diritti sociali).

le perplessità di una parte della dottrina su una possibile e impropria funzione "paralegislativa" della Corte costituzionale. Perplessità che anzi si erano acuite sul fronte della copertura finanziaria delle sentenze "di spesa" della Corte costituzionale[93], vale a dire quelle decisioni di portata additiva che, allargando i possibili destinatari di una legge di spesa, introdurrebbero un elemento di novità che, «se fosse posto in essere dal legislatore, imporrebbe a questi l'obbligo dell'indicazione dei mezzi per far fronte alle *maggiori* spese»[94].

Allora, è senz'altro vero che in un primo momento la Corte costituzionale iniziò a rispondere alle critiche con un atteggiamento di *self restraint*[95]. Anzi, l'utilizzo di pronunce di *inammissibilità* per rispetto della discrezionalità legislativa, in un primo momento, ne è stata una riprova: con tali decisioni di natura processuale, che in quanto tali consentono di non approfondire il merito della questione, talvolta la Corte ha semplicemente *deciso di non decidere*[96]. Tuttavia, questa effettiva abdicazione non poteva durare troppo a lungo.

---

[93] Ci si riferisce in particolare all'utilizzo da parte della Corte costituzionale delle cc.dd. "additive di prestazione" (in particolare nell'ambito dei diritti sociali) e, più in generale, al costo delle pronunce della Corte. Sul punto si vedano, *ex multis*, V. CAIANIELLO, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Giur. it*., 1984, IV, 283 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 24 ss.; ID., *Le pronunce «erogatorie» della Corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della copertura finanziaria: le «additive di prestazione» sono per loro natura esenti dai vincoli e limiti dell'art. 81 Cost.*, in *Giur. it.,* 1989, I, 1249 ss.; E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, 1991, 11 ss.; M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano, 1993, 53 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.

[94] Così V. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, 283 ss.

[95] Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 127 che, agli inizi degli anni '80, rilevava, da parte della Corte, «un'attenzione tutta particolare rivolta a limitare gli interventi in supplenza del legislatore e a limitare le pronunzie che si propongono, col pretesto o per mezzo di dichiarazioni di incostituzionalità, scopi innovativi di tipo legislativo». Più in generale, L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, cit., 330 sottolinea l'inevitabilità di uno sconfinamento *nel merito* delle valutazioni legislative da parte della Corte. Il problema – evidenzia l'Autore – è che «non si danno sanzioni nel caso di errori o di abusi da essa compiuti, né viene ammessa dall'ordinamento nessuna impugnativa delle sue decisioni». Pertanto – ed è questo il punto – «è alla moderazione dei suoi componenti […] che resta affidato l'equilibrio costituzionale».

[96] Cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 167 ss. che, sul punto, richiamano anche S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 34, laddove afferma che la scelta per l'inammissibilità sopraggiunge alla fine e non emerge dall'inizio, dal momento che spesso è utilizzata «quando le soluzioni in merito non hanno raccolto consensi sufficienti o non hanno convinto a sufficienza, o hanno spaventato». Tra l'altro, l'Autore evidenzia altresì che tale meccanismo viene spesso invocato proprio quando è in gioco la discrezionalità del legislatore. Si veda anche P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, cit., 376 s., secondo cui in tali casi una decisione di

Ben presto, infatti, nel concreto esercizio del controllo di costituzionalità, emerse la difficile convivenza tra il rispetto delle valutazioni discrezionali del legislatore democraticamente eletto (la cui rappresentatività consente il concreto esercizio della sovranità popolare) e la necessaria sindacabilità di previsioni legislative incostituzionali (che si esprime nella superiorità del principio di legalità costituzionale). Così la Corte iniziò a non rinunciare al pieno e corretto esercizio della sua funzione di garanzia, anche a fronte di un (almeno) apparente sconfinamento verso le prerogative del legislativo, mettendo in luce i profili di illegittimità costituzionale della disciplina sindacata anche se relativi a soluzioni rientranti nell'ambito della discrezionalità legislativa, interrompendo così la prassi di limitarsi ad un *non possumus*.

Così, nell'armamentario decisionale della Corte entrarono stabilmente – ma con un'inedita funzione – quelle decisioni definite in dottrina come *pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa*[97], il cui utilizzo ricorre generalmente quando il superamento dell'incostituzionalità richiederebbe un intervento manipolativo del Giudice delle leggi, precluso, però, dalla mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata.

Il passaggio rispetto alla precedente giurisprudenza è evidente. In passato, al cospetto della discrezionalità legislativa, la Corte generalmente aveva ritenuto di non poter far emergere, in maniera chiara ed espressa, l'accertamento dell'incostituzionalità (ragion per cui generalmente concludeva nel senso dell'infondatezza). Invece, con la tecnica decisoria *de qua*, la Corte accerta in motivazione la fondatezza della questione, ma «rinuncia a pronunziarsi nel merito (decidendo nel senso dell'inammissibilità) per non invadere il potere

inammissibilità sarebbe la soluzione più rispettosa alla luce di quanto previsto dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953 e dall'art. 134 Cost., consentendo alla Corte un ampio margine di manovra nella gestione delle "*political questions*", essendo le pronunce di inammissibilità uno strumento «notevolmente flessibile che consente di calibrare eventuali interventi a ridosso del merito politico, senza alterare il delicato equilibrio che regge i rapporti con il Parlamento».

[97] Sul punto si vedano, *ex multis*, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 238 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 24 ss.; L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 406 ss.; R. PINARDI, *Osservazioni a margine di una pronuncia di inammissibilità (ovvero: quando la Corte utilizza la necessità di rispettare la discrezionalità legislativa quale argomento non pertinente)*, in *Giur. cost.*, 1993, 3553 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1094.

riservato alla discrezionalità legislativa, con la conseguenza del permanere in vigore di norme non soltanto di dubbia legittimità, ma addirittura sicuramente incostituzionali»[98].

La rinuncia ad una decisione nel merito si giustifica per il fatto che, in tali casi, la Corte si ritrova davanti a un bivio ove nessuna delle due strade risulta concretamente percorribile[99].

Da una parte, viene esclusa la possibilità di un annullamento puro e semplice poiché, come anticipato, in alcuni casi ciò potrebbe comportare una situazione di maggiore incostituzionalità. È evidente, infatti, che la lacuna normativa conseguente ad un mero accoglimento possa dar vita ad un vuoto di disciplina ingiustificatamente più gravoso rispetto all'originaria disciplina illegittima[100]. Dall'altra parte, la manipolazione della disposizione (sostanzialmente incostituzionale) è preclusa dalla pluralità di soluzioni normative, diverse ma tutte potenzialmente compatibili con la Costituzione, tra le quali è il legislatore a dover individuare la disciplina puntuale, esercitando la sua discrezionalità e provvedendo, così, al bilanciamento degli interessi coinvolti.

In tali casi, la Corte si ritrova inevitabilmente con le mani legate, decidendo così di dichiarare l'*inammissibilità* della questione in ossequio alla discrezionalità del legislatore. L'unico spiraglio che residua alla Corte per far valere l'incostituzionalità – in fin dei conti alquanto insoddisfacente – è quello di ribadire la necessità che l'illegittimità sia adeguatamente fronteggiata in sede legislativa, ove correggere la disciplina in senso conforme alla Costituzione. Per questo, tali decisioni si concludono con un netto *ammonimento* nei confronti del

[98] Così C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 29. Come evidenzia l'Autore, si tratta di «pronunce strutturate tutte con un dispositivo di inammissibilità per discrezionalità legislativa, una motivazione che accerta di fatto la sussistenza della questione, ed il conseguente monito al legislatore perché intervenga sulla normativa in questione».
[99] Cfr. A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» e infondatezza*, cit., 1220.
[100] Sul punto, fra tutti, cfr. F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 15, ove l'Autore evidenzia proprio che «l'*horror vacui*, il timore della lacuna, spesso è giustificato dall'avvertenza che il *posterius* può risultare più incostituzionale del *prius*».

legislatore, confidando in una sua pronta reazione per ripristinare la legittimità costituzionale violata[101].

L'avvento di tale tecnica decisoria viene tradizionalmente fatto coincidere con la sentenza 25 giugno 1981, n. 137[102] che, come anticipato, suscitò da subito dure reazioni della dottrina[103]. Ciò nonostante, tali pronunce hanno visto uno straordinario consolidamento nel corso dei decenni successivi[104]. Questo anche perché il vantaggio che si cela nell'utilizzo di pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore – al di là del fatto che all'utilizzo di una pronuncia di inammissibilità dovrebbero corrispondere vizi di natura meramente processuale rispetto alla questione sollevata – sta nel fatto che essa si è rivelata, in realtà, uno strumento estremamente *flessibile*.

Difatti, rilevando l'incostituzionalità di questioni che, poi, vengono dichiarate inammissibili, la Corte ha un margine di operatività paradossalmente più ampio rispetto alla stessa manipolazione. Così senza giungere ad una riscrittura della disposizione, formalmente preclusa dall'assenza di rime obbligate, il Giudice delle leggi può aprire una breccia all'interno della

---

[101] Come evidenziato anche da R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 136.

[102] Con tale decisione, la Corte si occupò della legittimità costituzionale della disciplina di cui all'art. 304 c.p.p. allora vigente (come modificata dalla legge 13 dicembre 1972, n. 773), laddove escludeva che la comunicazione giudiziaria con l'indicazione delle norme di legge violate e i corrispondenti addebiti venisse inviata, nel caso di imputato infermo di mente, anche a chi esercitava la tutela nei suoi confronti. Nella decisione si evidenziava che, per colmare la lacuna normativa rilevata, la Corte stessa avrebbe dovuto *produrre* apposita disciplina, innovativa rispetto al sistema vigente. Una soluzione che, per l'appunto, venne esclusa alla luce della «serie di scelte affidate alla discrezionalità del legislatore»; v. punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

[103] Cfr. L. CARLASSARRE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell'imputato infermo di mente*, cit., 1314 ss. che critica la scelta della Corte di "celarsi" dietro una decisione di inammissibilità pur a fronte della rilevata incostituzionalità della disciplina censurata. Secondo l'Autrice, infatti, meglio avrebbe fatto la Corte a non rinunciare a pronunciarsi, accogliendo la questione e annullando – in maniera pura e semplice – la fattispecie censurata.

[104] Parte della dottrina evidenzia anche che la maggiore incisività con cui la Corte costituzionale iniziò a rilevare profili di incostituzionalità in decisioni inerenti ad ambiti riservati alla discrezionalità del legislatore fu dovuta anche al "carico dei lavori" interno. Ci si riferisce in particolare al fatto che, nella seconda metà degli anni '80, l'accumularsi di cause pendenti presso la Corte, generato dal noto processo *Lockheed*, con tutta probabilità fece perdere al Giudice delle leggi l'occasione di approfondire nel merito molte questioni dotate di una maggiore connotazione "politica", a causa della ricerca di una maggiore celerità. Sul punto, cfr. P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, cit., 373 e F. SACCO, *L'impatto della giurisprudenza costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali: una prospettiva storica*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 718 s.

discrezionalità legislativa in maniera più disinvolta, "in sordina", senza quell'effetto dirompente – ed evidente – dell'accoglimento manipolativo[105].

Così, quando l'incostituzionalità viene rilevata una prima volta, con l'auspicio di un intervento del legislatore, il suo mancato intervento rende la strada dell'incostituzionalità – per così dire – in discesa. Difatti, le decisioni in cui la Corte accerta l'incostituzionalità, pur non dichiarandola, più che un monito, molto spesso celano un vero e proprio *ultimatum* nei confronti del legislatore[106]. Se in un primo momento è stata rilevata la violazione della Costituzione da parte di una previsione legislativa, che però non è stata dichiarata incostituzionale per consentire al legislatore di ponderare gli interessi in gioco nell'esercizio della sua discrezionalità, qualora la questione venisse sollevata nuovamente davanti alla Corte – magari a distanza di anni – difficilmente quest'ultima potrebbe continuare ad esimersi dal dichiarare l'incostituzionalità. In altri termini, deve considerarsi che lo scorrere del tempo può incidere sulla *tollerabilità* della vigenza nell'ordinamento della disposizione (già) incostituzionale.

Come si vedrà a breve, il protrarsi dell'inerzia legislativa nel tempo ha avuto un effetto determinante ai fini dell'accoglimento di questioni di legittimità incentrate su un *vulnus* costituzionale già rilevato in precedenza[107], portando la Corte a fare un ulteriore passo in avanti e a mettere in discussione, nell'ultimo

---

[105] Per simili considerazioni, cfr. A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 2007, 43 ss.

[106] Sulla "minaccia" della doppia pronuncia, contenuta nel monito di una prima decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, si veda L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987, 87 ss. e R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, cit., 1988 ss., spec. 1990 ss.

[107] Sul punto, cfr. L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 411. Secondo l'Autrice, casi analoghi a quelli in esame – cioè quelli in cui la Corte costituzionale non può pronunciarsi per l'accoglimento della questione, pur riconoscendone la fondatezza, per rispettare la discrezionalità legislativa (o non violare il principio di continuità) – si concludono spesso con un monito nei confronti del legislatore. Tuttavia, data la vincolatività prettamente politica di tali richiami, la Corte sarà spesso tenuta a reintervenire, poiché «il passare del tempo di per sé non può rimuovere quegli ostacoli, quindi l'eventuale inerzia del legislatore potrebbe essere sanzionata con una successiva sentenza di accoglimento soltanto se la Corte si convincesse dell'opportunità di un nuovo bilanciamento dei valori in gioco (questa volta a favore della pronuncia di incostituzionalità e a scapito della discrezionalità legislativa o del principio di continuità)».

periodo, alcuni dei dogmi su cui è stata elaborata la giurisprudenza costituzionale dalla prima metà degli anni ’80 ad oggi.

4.1.2 *... al successivo accoglimento della questione in caso di inerzia del legislatore*

Non vi è dubbio che le dichiarazioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa, nel caso in cui venga rilevata l’incostituzionalità della fattispecie sottoposta all’esame della Corte, creino un senso di «profonda insoddisfazione»[108]. E questo perché il loro utilizzo implica necessariamente una valutazione di *tollerabilità*, all’interno dell’ordinamento, di una previsione legislativa incostituzionale. Non è un caso che autorevole dottrina le abbia definite come pronunce di inammissibilità «per eccesso di fondatezza», proprio perché con esse permangono in vita situazioni normative chiaramente incostituzionali (o che comunque la Corte ha ritenuto tali)[109].

Allora, è evidente la disfunzione che si cela dietro queste decisioni che, se pur dettate dal lodevole intento di salvaguardare la discrezionalità legislativa, celano un epilogo già preannunciato.

Difatti, con pronunce strutturate in maniera da rilevare ma non dichiarare l’incostituzionalità, la disciplina censurata entra in uno stato di “provvisoria legittimità”, come se tali decisioni celassero un implicito termine di scadenza non predeterminato. Perché delle due l’una: o interviene il legislatore, modificando la disciplina per correggere o integrare la disciplina in senso conforme a Costituzione (seguendo le indicazioni fornite dalla Corte), oppure, a causa dell’inerzia legislativa, la questione sarà destinata ad essere sollevata nuovamente, data la perdurante vigenza della fattispecie già censurata – ma non eliminata – dal Giudice delle leggi.

---

[108] Così C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 29.
[109] Cfr. V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano, 1993, 36.

In quest'ultimo caso, però, la Corte si ritroverebbe al punto di partenza, avendo davanti a sé il consueto bivio: dichiarare l'incostituzionalità con una sentenza di accoglimento "semplice", con conseguente creazione del vuoto di disciplina e il rischio che si determini una situazione di maggiore incostituzionalità; oppure, proprio per scongiurare tale eventualità, continuare lungo la strada dell'inammissibilità o del rigetto, per rispetto della discrezionalità legislativa. In un simile contesto, infatti, non dovrebbe esservi spazio per la c.d. "terza via", cioè quella in cui la Corte stessa provvede a correggere la disciplina incostituzionale, con una decisione di stampo manipolativo, possibilità preclusa dalla perdurante assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata[110]. E così via, lungo una catena potenzialmente infinita, in cui si combinano in maniera fatale il peso dello scorrere del tempo e l'inerzia legislativa.

Ecco che, allora, per spezzare questa catena, si registrano con frequenza sempre maggiore decisioni in cui la Corte sceglie di tornare sui propri passi ed accogliere questioni precedentemente rigettate per non invadere la discrezionalità del legislatore, indicando autonomamente la disciplina legittima.

Anzi, si può dire che queste sono le circostanze che hanno condotto il Giudice delle leggi ad elaborare la tecnica delle additive di principio[111]. È

---

[110] Questo "trivio" è prospettato da F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 114 s. L'Autore, tuttavia, non manca di sottolineare come la terza via, quella in cui la Corte provvede autonomamente a *correggere* la disciplina in senso conforme (o meno disforme) a Costituzione, sia di per sé la più ragionevole, pur nella consapevolezza che essa presenta l'ostacolo della discrezionalità legislativa. Sebbene poi giunga a concludere – come si vedrà meglio in seguito – che tale limitazione che la Corte incontra nell'esercizio delle sue funzioni non può implicare un sacrificio del principio di legittimità costituzionale, un valore preminente destinato a prevalere sulla discrezionalità legislativa e sulla rigida ripartizione dei poteri (*ivi*, 144 ss.)

[111] Su cui più approfonditamente *supra*, cap. I, § 3.3. Sul punto, deve evidenziarsi che, tuttavia, questo atteggiamento più "controllato" della Corte costituzionale non portò esclusivamente all'adozione di sentenze additive di principio. I giudici delle leggi, infatti, (ri)cominciarono ad emanare con maggiore frequenza anche sentenze *interpretative di rigetto*, come osservato da E. FRONTONI, *Le limitazioni dell'indennità spettante alle lavoratrici autonome. Ancora una interpretativa di rigetto «a valenza additiva»*, in *Giur. cost.*, 2002, IV, 4081 ss. Secondo l'Autrice, infatti, l'utilizzo di queste sentenze – oltre che delle additive di principio – denota come «il giudice costituzionale preferisca muoversi con una certa cautela nell'adottare sentenze additive, quando queste costituiscano una forte rottura rispetto al passato e soprattutto quando queste assumano la forma […] delle additive "di prestazione", preferendo piuttosto, attraverso decisioni interpretative, che siano i singoli giudici a far penetrare la disciplina conforme a costituzione all'interno del sistema». In questi casi, infatti, a fronte di una richiesta di addizione da parte del giudice *a quo*, la Corte risponde con una sentenza interpretativa di rigetto,

evidente, infatti, che la sussistenza di plurime soluzioni normative per superare l'incostituzionalità impedisca alla Corte di correggere la disciplina sottoposta al suo sindacato con una manipolativa "classica". Invece, immettendo un più generale principio, la Corte non individua – e quindi non aggiunge – essa stessa la nuova regola ritenuta più opportuna, ma lascia la scelta al legislatore che, nell'esercizio delle sue valutazioni discrezionali, potrà attingere detta regola dal principio individuato dalla Corte[112].

Così quest'ultima, invece di continuare a rifugiarsi in una sentenza di inammissibilità o di forzare la propria interpretazione nella ricerca di una "rima obbligata", dichiara l'illegittimità della disposizione e, grazie all'introduzione del principio, consente la produzione pretoria di una disciplina transitoria che assicuri l'attuazione del principio costituzionale in relazione ai casi concreti: questa, infatti, rappresenta una delle potenzialità delle additive di principio, giacché esse consentono in questo modo di dare protezione alle situazioni soggettive compromesse dall'omissione legislativa[113]. D'altronde è quanto affermato dallo stesso Giudice delle leggi, secondo cui con la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una lacuna, pur lasciando al legislatore la

proponendo la propria interpretazione e sollecitando, così, la collaborazione da parte dei giudici comuni.

[112] Ciò non toglie che in questo caso, come già anticipato, sia il principio che dovrà essere "a rime obbligate" e quindi frutto di una *doverosa* esplicitazione di quanto racchiuso nel parametro costituzionale; sul punto, cfr. A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, cit., 44 ss. e R. PINARDI, *Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale di fronte all'inerzia del legislatore quale causa di una maggior "diffusione" del giudizio sulle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 625

[113] Cfr. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 73 ss. L'Autore, da un lato riconosce la potenziale utilità delle sentenze additive di principio, sia come monito per il legislatore, sia come «presupposto per una condanna – pronunciata dal giudice comune – dello Stato al risarcimento del danno che il privato abbia subito in conseguenza […] della mancata attuazione di quelle disposizioni costituzionali che gli attribuiscono dei diritti il cui godimento è condizionato […] da un presupposto di fatto che il legislatore e la P.A. hanno il dovere di predisporre». Ma, dall'altro lato, riconosce anche i limiti di questa tecnica decisoria. La loro concreta efficacia dipende, infatti dal «contesto normativo» in cui si inseriscono: «il principio "somministrato" dalla Corte infatti può non essere suscettibile di alcuna applicazione attraverso gli strumenti giuridici che i giudici hanno a disposizione». Inoltre, l'Autore ritiene che, anche qualora al principio somministrato fosse dato seguito concreto, «i soggetti più deboli, coloro che mostrano acquiescenza nei confronti della legge incostituzionale, potrebbero correre il rischio di non ottenere alcun vantaggio dalla sentenza della Corte costituzionale». Sul punto si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 145.

possibilità di introdurre e di disciplinare anche la fattispecie omessa in via di normazione astratta, si «somministra […] un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola al caso concreto»[114].

Allo stesso tempo, come più volte anticipato, tali decisioni hanno l'innegabile vantaggio di evitare impropri sconfinamenti nell'ambito della discrezionalità legislativa: proprio perché le opzioni normative sono multiple e manca quindi una rima obbligata per superare l'incostituzionalità, la Corte immette nell'ordinamento un principio che comprenda, che "abbracci" – se così si può dire – le diverse soluzioni compatibili con la Costituzione, in modo che sia poi il legislatore ad individuare, nell'ambito di questo insieme, quella che meglio corrisponde al proprio indirizzo politico.

La maggiore incisività rispetto alle dichiarazioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa è evidente, visto che nelle pronunce *de qua* all'accertata incostituzionalità non consegue una mera esortazione, ma un vero e proprio accoglimento (anche se più «morbido»)[115]. Tuttavia, grazie all'utilizzo del principio, non è la Corte ad operare il concreto bilanciamento tra gli interessi coinvolti, poiché tale compito spetterà poi al legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità (se pur da esercitare sempre nei limiti della ragionevolezza)[116].

Sono queste le caratteristiche che hanno consentito, in una stagione della giurisprudenza della Corte costituzionale che si è protratta fino alle pronunce più recenti, di utilizzare le sentenze additive di principio come *seconda decisione* per superare una precedente pronuncia in cui, rispetto alla medesima questione, l'incostituzionalità era stata solo accertata (ma non dichiarata) con una dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore. Tanto che in dottrina vi è chi non ha tardato a sottolineare una certa *fungibilità* tra le sentenze additive di principio e le dichiarazioni di inammissibilità, specie quando queste

[114] Corte cost., sentenza 17 giugno 1991, n. 295, punto n. 3 del *Considerato in diritto*. Su tale passaggio della decisione richiamata, si veda G. ZAGREBELSKY, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui esso rappresenta «un chiaro invito ai giudici a non fermarsi di fronte all'assenza di una regola e a operare come si deve in presenza di un principio, il principio che la Corte ha tratto dalla Costituzione e ha posto a base della sua decisione».
[115] Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 204.
[116] *Ibidem*.

ultime sono utilizzate in relazione a questioni che implicano un sindacato sul potere discrezionale del Parlamento[117].

La casistica è alquanto eterogenea e ha visto un chiaro consolidamento, soprattutto nell'ultimo decennio[118]. Anche il Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi, nella propria *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018* (del 21 marzo 2019), ha sottolineato che la Corte, «mentre in passato era solita dichiarare l'inammissibilità di una questione quando dopo la pronuncia di illegittimità costituzionale sarebbe stata necessaria un'ulteriore attività legislativa "di chiusura", oggi si mostra più restia ad adottare questa soluzione», individuando proprio nella "inattività" del legislatore la causa di questo necessario mutamento[119].

Così, ci si accorge che molto spesso le pronunce della Corte costituzionale più discusse, più criticate – anche perché magari incidenti su questioni che interessano l'opinione pubblica e toccano temi rilevanti per la società civile (e di riflesso anche per il legislatore rappresentativo) – quelle, per intendersi, in cui la carica manipolativa e creativa è più forte sono collegate a precedenti decisioni contenenti un monito nei confronti del legislatore rimasto inascoltato.

---

[117] Ci si riferisce in particolare a G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, V, 4134 ss. che evidenzia come, in casi di questo tipo, la presenza di un ambito di discrezionalità politica non possa tradursi in un generale divieto all'esercizio del sindacato di costituzionalità. Al contrario, in tali circostanze, la Corte potrà utilizzare il parametro della ragionevolezza, «idoneo a verificare appunto che la discrezionalità legislativa non conduca ad esiti contradditori o manifestamente irrazionali».

[118] Uno dei casi più emblematici – per rimanere nell'ambito della giurisprudenza più recente e oltre a quelli che verranno illustrati nel prossimo capitolo – è stato quello della sentenza 21 marzo 2018, n. 88, con la quale la Corte è tornata, per la seconda volta, sulla legittimità costituzionale dell'impossibilità di richiedere l'equa riparazione per durata irragionevole del processo anche *lite pendente* (art. 4, legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. "Legge Pinto"). Tale sentenza, infatti, consiste in un'additiva di principio, con cui la Corte ha potuto superare una precedente decisione sulla medesima questione (sentenza 24 febbraio 2014, n. 30), che si era conclusa – per l'appunto – con una dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa, adottata per la mancanza di una "rima obbligata". Per alcune considerazioni più approfondite su tale decisione, sia consentito un rinvio a A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in *federalismi.it*, n. 2/2018, 10 ss.

[119] Cfr. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, Roma, 21 marzo 2019, reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, *www.cortecostituzionale.it.*

4.2 *La gradualità nel tempo dell'incostituzionalità*

Da quanto ricostruito fino ad ora, emerge chiaramente come la discrezionalità del legislatore sia entrata nell'opera di *bilanciamento* svolta della Corte, come un interesse da ponderare insieme agli altri che vengono in rilievo nella questione di legittimità costituzionale. All'inizio, se pur a fronte di una rilevata incostituzionalità, è dominante l'esigenza di preservare l'intangibilità delle previsioni (o delle mancate previsioni) del legislatore e la Corte ottempera a tale esigenza limitandosi a sollecitare un suo intervento per ripristinare la legalità costituzionale violata. Tuttavia, la natura meramente persuasiva del monito implica un'assoluta libertà del legislatore nel dargli – e quindi nel *non* dargli – seguito, motivo per cui la permanenza della norma incostituzionale nell'ordinamento ha come inevitabile conseguenza quella per cui, a distanza di tempo, la medesima questione potrebbe essere ri-sollevata davanti alla Corte costituzionale. Un'eventualità che, all'interno di un sistema di giustizia costituzionale strutturato sul canone dell'incidentalità, è pressoché una certezza.

L'impossibilità di pronunciarsi nel merito per rispettare la discrezionalità del legislatore – che nella prima pronuncia ha portato ad una dichiarazione di inammissibilità – porterebbe a ritenere che, anche nel secondo caso, la Corte sia tenuta a concludere allo stesso modo. Giova ribadire, infatti, che il mancato intervento legislativo, per dar seguito al monito, ha inevitabilmente lasciato la situazione invariata: continua di certo a mancare quella soluzione costituzionalmente obbligata che consentirebbe alla Corte di accogliere la questione, eventualmente anche con manipolazione della disciplina sottoposta al suo sindacato; permane, invece, quell'*horror vacui* che la frena dal propendere per un annullamento, per un accoglimento secco, dal momento che una mera eliminazione della disposizione censurata implicherebbe una situazione di maggiore incostituzionalità. Quindi, in fin dei conti, cosa è cambiato?

Eppure, accade che il "nuovo" bilanciamento operato dal Giudice delle leggi porti ad esiti opposti rispetto a quello precedente: se nella prima decisione la discrezionalità aveva prevalso sugli altri valori coinvolti, nella seconda, invece, recede. Questo perché, tra una pronuncia e l'altra, lo scorrere del tempo ha

appesantito e aggravato, come fosse un interesse che si accumula, il valore che in un primo momento è risultato recessivo, spostando verso quest'ultimo l'ago della bilancia a discapito della discrezionalità legislativa.

Questo mutamento può spiegarsi – e in fin dei conti *giustificarsi* – alla luce della natura dinamica della Costituzione, che si esprime nella sua propensione al futuro e nella capacità di garantire l'evolversi delle priorità sociali. Come tutte le cose, anche l'incostituzionalità risente dello scorrere del tempo.

In via generale, il rapporto di "conformità-disformità" di una legge rispetto alla Costituzione non può essere concepito come un dato certo, rigido, immutabile. Al contrario, esso rappresenta una relazione «*graduata e graduabile*»[120], anche nel tempo: la fattispecie che oggi non può essere dichiarata incostituzionale potrebbe essere dichiarata tale in futuro e non perché cambino i presupposti della questione, ma perché il mancato intervento del legislatore ha reso non più tollerabile l'esistenza della disciplina illegittima. In tali casi, quindi, l'incostituzionalità non è originaria ma «*sopravviene* (può sopravvenire) a seguito di ulteriore inerzia legislativa. […] Ciò costituisce una riprova del fatto che la costituzionalità-incostituzionalità di una legge non è un dato istantaneo e aproblematico, ma è fenomeno di graduale e graduata conformità-disformità della legge alla Costituzione»[121].

---

[120] Così F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 116. Per analoghe considerazioni, si veda anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 310 ss., spec. 311. L'Autore, occupandosi in particolare di quelle che definisce decisioni «*di transizione*» – vale a dire quelle caratterizzate da un riconoscimento dell'incostituzionalità con rinvio nel tempo della relativa dichiarazione – evidenzia come esse siano impiegate «là dove occorra *gradualità* nel perseguire gli obiettivi costituzionali, conformemente all'ordinato sviluppo del sistema giuridico nel tempo. […] Il carattere traumatico dell'annullamento della legge si contrappone direttamente alle esigenze di *gradualità* di cui le decisioni in esame sono espressione» (corsivi aggiunti).

[121] Sempre F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 159, ma anche 150-152, ove l'Autore evidenzia che a questa natura *graduale* dell'incostituzionalità può corrispondere, su un piano più strettamente processuale, una gradualità nella sua *dichiarazione*. Anche in questo caso, infatti, non si è davanti da un *atto istantaneo*, ma ad un *processo*. Ben si può prospettare, allora, che quest'ultimo subisca degli "arresti" per stimolare e poi consentire un intervento del legislatore per conformare le previsioni legislative alle disposizioni costituzionali. Si può dire, quindi, che «alla graduazione del processo (si direbbe: gnoseologico) di *riconoscimento* (dichiarazione) della incostituzionalità corrisponde – non può non corrispondere – una analoga graduazione del processo (si direbbe: ontologico) di costituzionalità». Ed è proprio per questo che, come visto sopra, *la stessa costituzionalità* non deve considerarsi un dato istantaneo e incondizionato «ma anch'essa *un processo*, a sua volta, *graduabile*». Sul punto, cfr. anche M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 14.

Allora, se è vero che l'elemento temporale incide in via generale sulla validità della legge, la peculiarità che si riscontra in questa sorta di *"doppia pronuncia" diacronica*[122] sta nel fatto che l'incostituzionalità è, per così dire, alla seconda potenza. Già è stata rilevata, in un primo momento, dalla Corte, con l'auspicio di un intervento legislativo per ripristinare la legalità costituzionale. Il tempo trascorso nella vana attesa del legislatore rende poi *gradualmente* più gravosa l'incostituzionalità, considerato il lasso temporale in cui nell'ordinamento vi è stata la vigenza di una norma sicuramente incostituzionale ma formalmente non dichiarata tale, con inevitabili ripercussioni sulla certezza del diritto e sulla tutela delle posizioni soggettive coinvolte. Due aspetti di cui la Corte difficilmente non potrebbe farsi carico[123].

Per tale ragione, anche se una pronuncia è dotata di una particolare carica manipolativa – astrattamente lesiva della discrezionalità legislativa, e quindi criticabile – non dovrebbe mai essere valutata singolarmente, in maniera slegata dal contesto in cui si inserisce. E questo perché la necessaria prevalenza del principio di legalità costituzionale può rappresentare, in situazioni *estremizzate* dalla reiterata mancata risposta del legislatore, una valida giustificazione per le decisioni più ardite. Anche in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata.

Allora, potrebbe ritenersi vano tentare di individuare dei confini stabili che tengano separate la funzione di garanzia costituzionale dalla funzione

---

[122] Il riferimento è alla felice intuizione di V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, cit., 929, spec. 944 ss. e 948 s.

[123] Deve evidenziarsi che la Corte costituzionale riesce ad offrire un'embrionale forma di protezione agli interessi sottesi alla questione già con la prima pronuncia. Difatti, a differenza di quanto avveniva con le prime dichiarazioni di inammissibilità o non fondatezza della questione per discrezionalità legislativa, ove la Corte si arrestava alla presenza della discrezionalità legislativa senza affrontare le questioni di merito, la strutturazione della pronuncia come incostituzionalità accertata ma non dichiarata consente al Giudice delle leggi di mettere in luce i profili di illegittimità anche se poi essi confluiranno in una dichiarazione di inammissibilità. Anzi, parte della dottrina evidenzia come, con pronunce di questo tipo, «trincerandosi dietro il paravento della discrezionalità e perciò trattenendosi dal far luogo ad una pronunzia formalmente manipolativa (e, segnatamente, additiva), la Corte non di rado dà vita ad una incisione ancora più consistente e profonda della discrezionalità stessa, pur battendo una via diversa da quella della riscrittura del testo». In questo modo la Corte riesce a fornire comunque un'interpretazione innovativa della fattispecie che viene presentata come costituzionalmente conforme e che, in realtà, può risultare «distorsiva della sostanza normativa racchiusa nel testo stesso». Per tali considerazioni, si veda A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, cit., 43.

legislativa[124]. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte, infatti, dimostra come tali confini siano *mobili*: non solo – per così dire – in senso *spaziale*, ma anche e soprattutto nel *tempo*.

Per cui, pur nella difficoltà di individuare il giusto contemperamento tra garanzia costituzionale e rispetto della discrezionalità legislativa, si ritiene che le limitazioni sostanziali e processuali che il Giudice delle leggi incontra nell'esercizio delle sue funzioni non valgano a sacrificare il principio di legittimità costituzionale: un «*valore preminente*» che deve governare il bilanciamento tra la funzione legislativa (dotata di legittimazione democratica) e la funzione di garanzia costituzionale (corollario del principio di rigidità costituzionale)[125]. In tale bilanciamento è necessariamente quest'ultima a dover prevalere sulla prima, in un circuito unico rivolto al rispetto e allo sviluppo della Costituzione[126], la cui rigidità garantisce tanto la tutela dei diritti quanto la tenuta del sistema democratico. A tal riguardo, può considerarsi quanto già affermava Mortati, secondo cui escludere la preminenza dell'intervento della Corte «significherebbe rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivistico, ligio al dogma dell'assoluta sovranità del Parlamento, superato ormai dalla sovranità della Costituzione e dal principio che ne discende del dovere della legittimità costituzionale. La discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l'obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali»[127].

[124] Sul punto, cfr. P. BIANCHI, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, cit., 669 che coglie, nella relazione tra la discrezionalità del legislatore e la discrezionalità della Corte, una «*fluidità dei confini*» (corsivi aggiunti), la cui giustificazione risiede nel fatto che con difficoltà può registrarsi «l'esistenza di settori (materie?) regolati da fonti primarie, ciononostante, per definizione, sottratti al controllo di legittimità costituzionale».
[125] Sul punto, si veda F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 144 ss., del quale è anche l'espressione citata (*ivi*, 146).
[126] Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 204 che, commentando il meccanismo insito nelle decisioni additive di principio, evidenzia come i limiti ai poteri della Corte «non possano essere ragione di inosservanza del principio di legittimità costituzionale».
[127] Così C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 190-191, nel commentare l'avvento delle sentenze manipolative.

5. *Quando l'epilogo è preannunciato: le potenzialità delle additive di principio e le cause del loro insuccesso*

Alla luce delle precedenti considerazioni, è necessario capire quale possa essere la tecnica decisoria più congeniale da utilizzare nella seconda pronuncia, quando cioè la Corte è tenuta a tornare nuovamente su una questione già decisa nel senso dell'inammissibilità. Poiché, in questo caso, si ritrova a dover fronteggiare una duplice esigenza.

Da una parte, deve superare quanto affermato in precedenza perché, se nella prima decisione la Corte ha espressamente escluso di poter dichiarare l'incostituzionalità – essendole precluso dal necessario rispetto della discrezionalità legislativa – qualora dovesse decidere nuovamente la medesima questione, potrebbe trovarsi nella scomoda condizione di dover sconfessare se stessa. D'altra parte, sarà necessario utilizzare una tecnica che non sia di *rottura* con il legislatore, ma che sia adottata sempre nello spirito di partecipare, assieme a quest'ultimo, al corretto perseguimento dei fini costituzionali.

La soluzione migliore, come spesso avviene quando l'intervento del legislatore risulta infungibile, sembrerebbe allora quella dell'*additiva di principio*[128]. Tale tecnica decisoria è stata elaborata proprio per fronteggiare i casi in cui un illegittimo vuoto di disciplina può essere colmato in più e diversi modi per essere compatibile con la Costituzione, nell'ottica di una maggiore collaborazione con il legislatore. Con essa, infatti, la Corte può salvaguardare la discrezionalità legislativa limitandosi ad orientare l'ordinamento immettendovi un principio generale. Ad esso potranno fare riferimento i giudici per la soluzione dei casi concreti (sì da limitare, almeno potenzialmente, la perdurante applicazione della norma illegittima e da svolgere *in concreto* la sua funzione di

[128] Tanto che, a parere di chi scrive, tale risultato si potrebbe conseguire già con la prima decisione. Difatti, in casi analoghi a quello in esame, in cui la Corte è costretta ad intervenire più volte sulla medesima questione, con l'additiva di principio si potrebbe anticipare un risultato destinato a verificarsi, anziché consentire che permanga l'incertezza di un intervento legislativo che potrebbe essere tardivo o – in astratto – del tutto assente. Per alcune considerazioni al riguardo, sia consentito un rinvio a A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, cit., 10 ss.

garanzia costituzionale); ad esso dovrà fare riferimento il legislatore quando andrà a disciplinare compiutamente la materia.

Le additive di principio hanno senz'altro il merito di presentarsi come il giusto compromesso tra la manipolazione e il rispetto degli equilibri istituzionali. Tuttavia, come già anticipato, si tratta di una tipologia decisoria che può celare dei risvolti insidiosi. Salvo il caso di quelle peculiari additive di principio che incidono sulla struttura del dettato legislativo in maniera da rendere pressoché superfluo un successivo intervento del legislatore[129], ordinariamente tali decisioni richiedono uno svolgimento da parte del legislatore che, nell'esercizio concreto della propria discrezionalità, passi dal principio generale alla regola puntuale. *Medio tempore*, l'attuazione del principio di legalità costituzionale rimane *provvisoria*, perché per stabilizzarsi richiede necessariamente un intervento del legislatore: per cui, ancora una volta, si è dinnanzi ad una tecnica decisoria che si basa sulla sua collaborazione[130].

A dire il vero, stando al combinato disposto degli artt. 136 e 137, ultimo comma, Cost., un certo grado di vincolatività potrebbe prospettarsi, soprattutto

[129] Ci si riferisce, in particolare, a una certa tipologia di additive di principio *per deficit di flessibilità*, su cui ci si è già sommariamente soffermati *supra*, cap. I, § 3.3, spec. nota n. 146. In alcuni casi, tali pronunce – che, come si è visto, colpiscono la struttura originariamente rigida della previsione legislativa inserendovi un'eccezione che comporta la conversione della norma-regola in norma-principio – consentirebbero alla magistratura di far riferimento alla nuova e più estesa portata della disposizione, anche a prescindere da un successivo intervento del legislatore. Difatti, mentre con le tradizionali sentenze additive di principio, pur ammettendosi *medio tempore* un intervento dei giudici per la soluzione dei casi concreti, risulta necessario *anche* – e forse *soprattutto* – un intervento del legislatore che disciplini puntualmente la materia in attuazione del principio, nelle additive di principio per deficit di "flessibilità", invece, è l'ampliamento stesso della discrezionalità dei giudici a costituire «la soluzione *definitiva* costituzionalmente imposta»; così C. SALAZAR, *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 283-284. L'Autrice evidenzia infatti che, nelle pronunce per *deficit* di "flessibilità", «l'addizione non si risolve in un "indirizzo" *double face* (valevole per l'attività di *legis executio* dei giudici e di *legis latio* del Parlamento), bensì si atteggia a *norma sulla competenza* che […] conferisce al singolo magistrato la possibilità di accantonare il testo normativo per "sovrapporre" a questo la propria valutazione». Queste particolari conseguenze delle decisioni in discorso deriverebbero dalla loro auto-applicabilità: «per quel che riguarda il rapporto con il legislatore, l'assenza di "moniti", "deleghe", "auspici di revisione legislativa", *etc*., discende dal fatto che tali pronunce sono *self-executing*, sebbene non nel senso che esse non necessitano dell'"adesione" dei giudici, bensì che questa è in sé sufficiente a restaurare il *vulnus* che ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità».

[130] Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 644 ss.

ove il primo sia interpretato nel senso di conferire al giudicato costituzionale la capacità di coprire non solo la *pars destruens* – necessariamente presente in una pronuncia di accoglimento, ancorché additiva o sostitutiva – ma anche la *pars construens*, vale a dire quella parte della decisione in cui Corte integra la previsione legislativa con quanto la Costituzione *pretende* che ci sia[131].

Tuttavia, nelle additive di principio, la potenziale scissione tra parte ablativa e parte ricostruttiva possiede dei risvolti più problematici. Difatti, se il problema può ritenersi ormai superato per le manipolative classiche, la cui riconosciuta autoapplicatività consente al giudice di fare diretta e integrale applicazione della regola che si ricava dalla pronuncia della Corte, a prescindere da un'*interpositio legislatoris*, con l'aggiunta di un più ampio principio tale conclusione non è altrettanto scontata. O meglio. Non può negarsi, anche il tal caso, un certo margine di autoapplicatività del principio aggiunto, da cui i giudici potranno ricavare la regola da applicare al caso concreto anche in assenza di un successivo intervento legislativo[132]. Tuttavia, non vi è dubbio che il (mero) principio, pur orientando i giudici in questa operazione ermeneutica, lasci troppi profili scoperti all'interno della materia sindacata, ove l'assenza di una puntuale

[131] Per tali considerazioni, cfr. C. SALAZAR, *op. ult. cit.*, 273 che, tuttavia, come si vedrà meglio *infra*, nota n. 135, conclude per l'assenza di qualsivoglia vincolo del legislatore nella scelta di dar seguito o meno ad un'additiva di principio adottata dalla Corte. Sul punto si veda anche A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3212 ss. che, in una prospettiva parzialmente differente, evidenzia che, pur dovendosi escludere un vincolo ad attivarsi nei confronti del legislatore, qualora quest'ultimo intendesse dar seguito all'additiva di principio, «non potrebbe disattendere l'indicazione della Corte, poiché altrimenti – trattandosi di una indicazione contenuta in una pronuncia di accoglimento – violerebbe il precetto dell'efficacia vincolante immediata e generale, di cui all'art. 136 Cost.». Una vincolatività che, quindi, sembrerebbe riguardare solo il *quomodo* e non l'*an*.

[132] Tale "possibilità" conferirebbe – secondo parte della dottrina – una connotazione "*relativa*" alla natura autoapplicativa del principio aggiunto dalla Corte, come evidenziato da A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, IV, 3436 ss. e 3442 ss. Secondo l'Autore, infatti, in via generale, l'autoapplicabilità di una norma dipende «dalla sua capacità di innestarsi con il tessuto ordinamentale in cui è inserita»; per cui non è predicabile in astratto, ma dipende dal variare «dei materiali normativi con cui è chiamata a interagire». Sul punto si veda altresì E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011, 333 ss., spec. 338 s. che individua un possibile cortocircuito nell'attribuire natura autoapplicativa alle sentenze additive di principio, «giacché se la mancata adozione di una decisione additiva *tout court* è giustificata con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, la possibilità di un'autoapplicazione del principio rischia di configurarsi come una violazione di quella discrezionalità (e perciò dell'intento autolimitativo della stessa Corte)».

disciplina, nella disomogenea e molteplice casistica della vita quotidiana, rischia di lasciare il giudice privo degli strumenti idonei per la soluzione del caso concreto oppure, di riflesso, di ampliare eccessivamente i suoi margini di discrezionalità.

D'altronde, l'assenza di una "rima obbligata" e la correlativa sussistenza di plurime opzioni normative – tutte conformi alla Costituzione – ha rappresentato proprio l'*occasio* per adottare una sentenza additiva di principio. E quelle plurime opzioni normative continueranno a permanere anche nel momento applicativo da parte della magistratura. In questo modo, la libertà interpretativa del giudice consentirà a quest'ultimo di "scegliere" tra le diverse soluzioni quella che meglio si adatta al caso concreto. Con l'evidente possibilità per ciascun giudice di adottare una soluzione diversa, dando vita ad orientamenti giurisprudenziali difformi, lesivi dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento dei consociati.

Per tale ragione le sentenze additive di principio richiedono *necessariamente* un successivo intervento del legislatore[133]: solo esercitando in concreto la discrezionalità riconosciuta dalla Corte e individuando la disciplina puntuale della materia coperta dal (precario) principio può perseguirsi quell'esigenza di tendenziale *coerenza* dell'ordinamento, che richiede necessariamente unità e omogeneità delle fonti normative.

Di certo, tali decisioni rappresentano un'ulteriore manifestazione – senza dubbio più incisiva – del potere di *orientare* gli organi della produzione legislativa. Ma il problema permane, perché «l'influenza che discende dal suggerimento, dal consiglio, dal parere, dall'invito, e persino dalla direttiva, dall'indirizzo, dal monito è appunto tale e non è pienamente e automaticamente vincolante per il legislatore»[134].

---

[133] Per alcune considerazioni sul tema, non prive di criticità, cfr. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., 789 ss. che sembrerebbe individuare, nelle direttive che il legislatore riceve dalla Corte, la consapevolezza di quest'ultima di rivestire il ruolo di «organo di *attuazione* della Costituzione». Difatti, sempre più, la Corte non si occupa di sanzionare la contrarietà della legge alle previsioni costituzionali, ma di tracciare in anticipo il cammino da seguire per la loro attuazione. In altri termini, «la Corte non si limita a dire ciò che il legislatore *non doveva fare*, ma enuncia ciò che lo stesso *dovrà fare*. Talvolta la formulazione della direttiva si presenta come l'imposizione di un limite, ma si tratta di pura apparenza».

[134] Cfr. F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 19-21.

Ovviamente non può negarsi la profonda differenza che intercorre tra il valore meramente *persuasivo* di quelle decisioni di indirizzo che, pur dando conto di una lesione della legalità costituzionale, si concludono con un rigetto o un'inammissibilità, e il valore di quelle decisioni – come le additive di principio – che invece *dichiarano* l'incostituzionalità con la forza propria dell'accoglimento. Le prime esprimono più un auspicio che un vincolo; le seconde implicano l'effettivo annullamento della previsione legislativa censurata con efficacia *erga omnes*. Allora, se gli effetti dell'accoglimento si riverberano "nei confronti di tutti", vale a dire sull'intero ordinamento, sarebbe auspicabile che non sia proprio il legislatore a ritenersi *solutus* da questa vincolatività.

Eppure, l'assenza di qualsiasi tipo di *vincolatività* per il legislatore pone quest'ultimo in una condizione di libertà nella scelta di dare seguito o meno al principio espresso nella *pars construens* della pronuncia: «che si voglia definire *politico* l'obbligo di intervento […] o che si voglia definire *giuridico* […], *non esistono strumenti atti a costringere il legislatore ad intervenire*»[135].

È senz'altro vero, come evidenziato da parte della dottrina, che il legislatore è tenuto a seguire il contenuto costituzionalmente necessario che si evince dal principio che la Corte ha inserito nell'ordinamento, giacché in caso di discostamento finirebbe inevitabilmente per violare l'art. 136 Cost. e il precetto dell'efficacia vincolante delle decisioni di accoglimento[136]. Ma è altrettanto vero che tale vincolatività potrebbe riguardare al più il *quomodo* dell'intervento legislativo, non certo l'*an* e tantomeno il *quando*. L'ordinamento positivo,

[135] Così C. SALAZAR, *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, cit., 274 s. Secondo l'Autrice, tuttavia, l'esclusione delle giuridicità del vincolo derivante dalle pronunce della Corte non può valere *a priori*, giacché nel diritto costituzionale la non-coercibilità non può certo tradursi necessariamente in non-giuridicità. Ragionando diversamente, «nessuna decisione della Corte, qualunque cosa dica, potrebbe definirsi giuridicamente vincolante, poiché […] il giudice delle leggi non ha la disponibilità degli effetti delle proprie decisioni, il cui prodursi dipende interamente dall'adesione dei destinatari e, dunque, dal grado di inveramento nel sistema del *principium cooperationis* alimentato dalla lealtà delle istituzioni (*ibidem*, nota n. 33). Analoghe considerazioni sono quelle di R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, cit., 1990 ss., che difatti evidenzia come il legislatore non possa considerarsi, di fatto, "giuridicamente obbligato" a dar seguito agli inviti della Corte.

[136] Cfr. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3213 s.

infatti, è evidentemente sprovvisto di strumenti *ad hoc* volti a sanzionare i comportamenti omissivi del legislatore nel dar seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale, anche se dotata dell'incisività – o sarebbe meglio dire: della vincolatività – propria dell'accoglimento. L'unica forma di responsabilità che potrebbe darsi, in tal caso, sarebbe di natura sostanzialmente *politica*[137]. Una responsabilità che tuttavia, com'è noto, non prevede rimedi o sanzioni, se non quella, sempre meno intimorente, della mancata conferma elettorale (su cui, tra l'altro, non sembra che influisca affatto il mancato seguito di pronunce della Corte costituzionale)[138].

Non a caso, parte della dottrina ha anche rilevato che, in alcune circostanze in cui il legislatore effettivamente ha dato seguito alle pronunce della Corte, non lo ha fatto tanto per fini collaborativi, quanto perché «ha considerato gli "inviti" formulati dal giudice costituzionale *politicamente* e non già *giuridicamente*: li ha, cioè, maliziosamente piegati alle occasionali convenienze politiche»[139].

L'inerzia del legislatore nel dar seguito ai richiami del Giudice delle leggi – ma più in generale nell'adempiere quelle integrazioni che si rivelano costituzionalmente necessarie a causa delle sue pronunce – può considerarsi un

[137] Sul punto, cfr. R. PINARDI, *op. loc. ult. cit.* La responsabilità politica del legislatore non è esclusa nemmeno da chi si è mostrato critico nei confronti di un sindacato discrezionalità legislativa e sull'eccesso di potere, come L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, cit., 313. L'Autore, pur riferendosi più generalmente alla mancata attuazione dei fini consacrati in Costituzione, evidenzia che quella politica è l'unica forma di responsabilità che può attribuirsi al legislatore in caso di inerzia.

[138] Sul punto, cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 63 che, pur ribadendo che la mancata attuazione di norme costituzionali programmatiche da parte del legislatore determini l'invalidità della legge, evidenzia che le difficoltà si pongono proprio in caso di omissione. Dal momento che il sistema non comprende le ipotesi di inerzia legislativa, l'Autore sostiene appunto che in tali casi la sanzione nei confronti del legislatore andrà ricercata «in altri momenti del sistema costituzionale: responsabilità politica del governo dinanzi al Parlamento, e del Parlamento dinanzi al corpo elettorale […]». Per una definizione di "responsabilità politica", si veda G.U. RESCIGNO, *Trasformazioni e problemi della responsabilità politica oggi*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, 3 s., secondo cui con essa può intendersi quel fenomeno per cui «coloro che esercitano un potere ritenuto politico possono essere e di fatto vengono sottoposti a critica da parte di coloro che sono soggetti a quello stesso potere politico, fino al punto che questo dissenso o porta allo spontaneo abbandono del potere da parte di coloro che sono stati criticati o, se esistono strumenti istituzionali disponibili per questo risultato, si traduce in rimozione del potere».

[139] Così S. AGOSTA, *L'attività legislativa consequenziale alle pronunzie della Corte costituzionale tra (antichi) pregiudizi e (rinnovate) prospettive di cooperazione istituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 572.

sintomo dalla profonda diversità ontologica e funzionale che intercorre tra la Corte costituzionale e gli organi legislativi, cui corrisponde una mancanza di "linguaggio comune" che renda possibile un dialogo continuativo e proficuo[140]. Per di più, l'alto tasso di disomogeneità e di frammentazione che connota gli ordinamenti contemporanei rende «molto complicati i processi di mediazione e rallentato i processi di decisione, così da favorire il sorgere di ruoli di supplenza da parte degli organi di garanzia nei confronti dei circuiti naturali dell'indirizzo politico»[141]. In un contesto del genere, raccogliere un sufficiente consenso attorno alla nuova disciplina resa necessaria dalla sentenza della Corte, risulterebbe – e nei fatti risulta – molto difficile.

Così, anche con l'avvento di tecniche decisorie più flessibili, in grado di lasciare al legislatore quei margini di manovra tali da non rappresentare un'indebita invasione della sua sfera di discrezionalità, egli ha mostrato una particolare «insensibilità»[142] rispetto ai richiami della Corte. Invece di recepire le sollecitazioni del Giudice delle leggi per collaborare insieme alla realizzazione di una legislazione rispettosa dei principi costituzionali, il legislatore ha dato un seguito «largamente insoddisfacente, comunque frammentario e fin quasi casuale»[143] alle pronunce della Corte.

---

[140] Cfr. R. PINARDI, *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, cit., 145.

[141] Così E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, il Mulino, 1996, 48. Sul punto, si veda anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 3 che evidenzia come la Corte costituzionale si sia «a poco a poco distaccata dal modello giurisdizionale di garante e custode di presunti valori costituzionali stabili e relativamente permanenti, per diventare anche mediatrice e moderatrice di conflitti sociali, ed in particolare di quelli che non riescono a trovare soluzione nelle sedi istituzionali di formazione della volontà politica». Così, nella ricerca di una sintesi equilibrata tra le diverse forze sociali riconosciute dalla nostra Costituzione pluralista, la Corte costituzionale rappresenta «un momento di razionalità nell'ambito della lotta politica e delle controversie sociali». Così, anche grazie a questo importantissimo e delicatissimo ruolo, la Corte è riuscita ad ottenere quella *forza politica* che, rispetto alle altre istituzioni, le mancava per ragioni di ordine storico. Su quest'ultimo profilo, si veda sempre E. CHELI, *Introduzione*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 14 ss.

[142] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 498. È proprio questa l'insensibilità del legislatore nel dar seguito alle pronunce della Corte che, secondo l'Autore, ha consentito a quest'ultima di forgiare «strumenti di intervento non previsti dai testi legislativi e idonei ad evitare la difficoltà nascente dall'intempestiva azione legislativa». Strumenti che avrebbero consentito alla Corte di estendere i propri poteri, dandole la possibilità di utilizzare strumenti che l'Autore definisce «paralegislativi».

[143] Così A. RUGGERI, *Corte e organi d'indirizzo politico*, in *Foro it.*, 2006, V, 318. Sul punto, si veda anche M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 644-648, che evidenzia come l'insuccesso delle additive di principio sia

Ebbene, il protrarsi dell'inerzia legislativa, anche a fronte di tecniche di spirito maggiormente collaborativo come l'additiva di principio, sta conducendo la Corte a superare il limite della discrezionalità legislativa con maggiore disinvoltura. La citata *mobilità* dei confini della funzione di garanzia costituzionale si registra attualmente nel superamento di uno dei dogmi sulla legittimazione e la giustificazione degli interventi manipolativi del Giudice delle leggi. In particolare, può notarsi come la Corte costituzionale abbia iniziato a prescindere dal fondamento delle "rime obbligate" per poter adottare decisioni di stampo manipolativo. La novità è che non si tratta più di additive di principio, ma di manipolative "classiche", in cui la Corte individua *autonomamente*, tra le diverse soluzioni normative astrattamente compatibili con la Costituzione, la regola che meglio si adatta alla questione sollevata. Si tratta di un mutamento giurisprudenziale di particolare rilevanza, destinato ad avere inevitabili ripercussioni sul rapporto tra Corte costituzionale e legislatore e a cui verrà dedicato il prosieguo della presente trattazione.

legato proprio al loro mancato seguito da parte del legislatore. Ne sarebbe una dimostrazione il fatto che la Corte costituzionale, nel tempo, ha fatto un uso sempre minore di tale tecnica decisoria, nonostante le evidenti potenzialità di poter dichiarare l'illegittimità costituzionale in circostanze in cui, stante la mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata, si salvaguardi al contempo la discrezionalità del legislatore. Per alcune precedenti considerazioni, cfr. anche ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 92 ss., spec. 98-102, ove già si rilevava che, proprio nelle additive di principio, l'invito alla collaborazione rivolto al legislatore non sembrerebbe essere stato recepito. Questa mancata risposta implica che il principio non riesca a trovare applicazione e ciò «può portare a dubitare della opportunità della scelta della tecnica decisoria o, nella specie, della stessa possibilità di farvi ricorso ove dal principio non sia, da subito, ricavabile la regola per la risoluzione dei casi pendenti davanti ai giudici: perché limitarsi ad indicare il principio se da questo il giudice non può ricavare immediatamente una regola applicabile al caso concreto?».

CAPITOLO III

*La Corte costituzionale e l'*extrema ratio*: il difficile contemperamento tra il rispetto del principio di legalità in materia penale e il superamento del limite delle "rime obbligate"*

1. *Principio di legalità penale, discrezionalità legislativa e Corte costituzionale*

Per cogliere appieno il radicale cambiamento in atto nella giurisprudenza costituzionale può prendersi in considerazione quel ramo del diritto in cui i confini della discrezionalità legislativa sono tradizionalmente più difficili da valicare, vale a dire quello penale.

Com'è noto, infatti, le scelte di politica criminale sono governate dal principio di legalità, alla luce del quale nessuno può essere punito per un fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto dalla legge come reato e con pene che, sempre dalla legge, non siano espressamente stabilite: *nullum crimen, nulla poena sine lege*[1]. Si tratta di un principio che caratterizza storicamente i sistemi punitivi, quantomeno da quando esso ha trovato legittimazione nel pensiero illuministico-liberale quale garanzia per limitare il potere punitivo dello Stato nei confronti dei consociati[2].

Nell'ordinamento italiano, il principio di legalità è stato posto a fondamento del sistema penale con la sua consacrazione all'art. 25, comma 2, Cost., oltre

[1] Sul principio di legalità si veda, fra tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 3 ss., anche per i rimandi dottrinari ivi riportati.

[2] Considerata questa limitazione dello Stato, derivante dall'esigenza di subordinare il potere – in tale caso – punitivo dello Stato alla legge, può individuarsi la matrice del principio di legalità nella dottrina del "contratto sociale", come evidenziato da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 49 s. L'origine illuministica del principio *de qua* si evince chiaramente anche dalla sua consacrazione nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1798 che, all'art. 8, stabilisce che «[…] nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata». Sul punto, si vedano anche F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 4 e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2009, 368 ss.

che, precedentemente, all'art. 1 del Codice penale[3]. Fatte salve alcune divergenze letterali – tutt'altro che marginali, considerato che hanno rappresentato il fondamento per la contrapposizione tra i sostenitori della natura *assoluta* o *relativa* della riserva di legge in materia penale che da tali disposizioni si ricava[4] – la previsione codicistica e quella costituzionale riproducono sostanzialmente lo stesso contenuto. Nonostante ciò, il medesimo principio è stato in grado di soddisfare funzioni profondamente diverse tra loro, in quanto profondamente diverse sono state le *rationes* che ne hanno giustificato l'adozione.

Nel Codice penale del 1930, approvato sotto un regime profondamente totalitario, il principio di legalità era volto a soddisfare un'esigenza *Stato-centrica*, ove lo Stato autoritario «non ammetteva altra fonte del diritto al di fuori delle leggi da esso emanate, manifestazioni uniche ed inderogabili della sua volontà»[5]. Al contrario, con l'approvazione della Costituzione repubblicana, tale principio ha assunto una portata nuova, di chiara ispirazione *garantista*, alla luce della quale deve oggi essere riletto anche l'art. 1 c.p.

---

[3] La previsione del principio di legalità si ritrova costantemente nei codici che si occupano di disciplinare il diritto penale sostanziale ed era infatti presente già nel Codice penale per il Regno d'Italia del 1889 (c.d. Codice Zanardelli) che, sempre all'art. 1, prevedeva per l'appunto che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Tale disposizione è stata poi integralmente ripresa dall'attuale Codice penale del 1930 (c.d. Codice Rocco).

[4] Per una ricostruzione sul punto, cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 229 ss. Sommariamente si può evidenziare che le due previsioni sul principio di legalità – costituzionale e codicistica – si differenziano in particolare, da un lato, per l'assenza, all'interno della disposizione di cui all'art. 25, comma 2, Cost., della necessità che il fatto sia previsto "*espressamente*" dalla legge come reato (come invece prevede l'art. 1 c.p.), dall'altro, per la natura non univoca di quel «*in forza* di una legge» quale presupposto previsto dalla Costituzione per comminare una sanzione panale. Tali divergenze potrebbero far ritenere che la riserva di legge prevista dalla Costituzione sia solo relativa e non assoluta, il che aprirebbe la strada alla possibilità di disciplinare l'ambito penale anche con fonti di livello secondario. Ben presto, tuttavia, tale soluzione venne generalmente esclusa (si vedano F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, 243 ss.; ID., *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*, in *Scuola pos.*, 1963, 640 ss.; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014, 34 ss.) ed ormai la dottrina è quasi concordemente orientata verso la natura assoluta della riserva di legge in materia penale, in virtù della funzione *garantista* che essa possiede e che sarebbe senza dubbio affievolita riconoscendone la natura relativa. Per tale conclusione, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 47 s. Tra coloro che inizialmente negarono la natura assoluta della riserva di legge in materia penale, si veda C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 96 ss. e, ancora, ID., *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961, 537-539.

[5] Così F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 5.

Attualmente, infatti, il principio di legalità in materia penale deve senz'altro ritenersi rivolto a tutelare i diritti di libertà dei cittadini nei confronti del potere punitivo dello Stato. Questo si evince, non solo – come rilevano alcuni – dalla collocazione sistematica dell'art. 25 Cost., che è inserito nella Parte I della Costituzione, che disciplina i «Diritti e doveri dei cittadini» (nella specie nel Titolo sui «Rapporti civili»)[6]; ma anche e soprattutto perché quello penale è un diritto che ricade sui beni fondamentali dell'individuo, *in primis* sulla libertà personale[7]. Così, con la costituzionalizzazione del principio di legalità, specie tramite il principio della riserva di legge che ne rappresenta uno dei principali corollari[8], è stato attribuito al legislatore-parlamento il monopolio dell'individuazione delle fattispecie incriminatrici e delle loro conseguenze sanzionatorie. Difatti, in un ordinamento liberal-democratico, il procedimento legislativo rappresenta «il mezzo più idoneo a garantire la libertà e i beni fondamentali dei singoli»[9], soprattutto perché consente «di tutelare i diritti delle minoranze e delle forze politiche dell'opposizione, le quali sono così poste in condizione di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza»[10].

---

[6] È anche per tale ragione che, secondo F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 230, la *ratio* dell'art. 25, comma 2, Cost. deve essere «*prima facie* individuata nell'esigenza di garantire la libertà personale, che è diritto fondamentale del cittadino, di contro ad *arbitrarie menomazioni*».

[7] Sulla correlazione tra art. 25, comma 2, Cost. e art. 13 Cost., si veda M. MOSCATO, *La riserva di legge in materia penale… un principio tiranno?*, in *Forum Quad. cost.*, 2011, 1 s.

[8] Com'è noto, i corollari del principio di legalità consistono: nel principio della *riserva di legge*, che si esprime nella necessità che sia esclusivamente il legislatore a disciplinare la materia penale, escludendo così dalla produzione legislativa incriminatrice sia le fonti non scritte, sia le fonti secondarie; nel principio di *tassatività*, che si rivolge, da un lato, al legislatore pretendendo una puntuale determinazione delle fattispecie e, dall'altro, al giudice escludendo che possa ricorrere all'interpretazione analogica; nel principio di *irretroattività*, secondo cui la legge penale non può essere applicata a fatti commessi in passato, ma solo a quelli commessi dopo la sua entrata in vigore. Sul punto, cfr. M. D'AMICO, *Art. 25*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, I, 535 ss., spec. 537 ss.

[9] Così M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 34-36 che evidenzia altresì come tale garanzia si esprima nel controllo parlamentare sugli atti del potere esecutivo cui la Costituzione attribuisce forza di legge. Sulla garanzia del procedimento legislativo, si veda, inoltre, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019, 153 che evidenzia come la riserva di legge risponda all'esigenza di riservare al parlamento-legislatore la disciplina di istituti che incidono sulle libertà fondamentali, dal momento che rappresenta il soggetto più idoneo a svolgere tale compito in quanto «potere elettivo, rappresentativo del popolo, istanza espressiva della democrazia».

[10] Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 53, che evidenziano altresì come l'attribuzione di tale compito al potere legislativo consenta di evitare forme di arbitrio dell'esecutivo e del giudiziario, sempre nella prospettiva di garantire al meglio le libertà dei

Alla luce di tali considerazioni, si deve ritenere che le scelte di politica criminale rientrino pienamente nell'ambito della discrezionalità del legislatore[11]. Esse si esprimono, principalmente, nella disciplina di *se* e *cosa* punire (norme incriminatrici) e di *come* e *quanto* punire (sanzioni), che rappresenta l'esito di un bilanciamento in cui, su uno dei due piatti, vi è tutto il peso della privazione delle libertà fondamentali, anzitutto di quella personale. Tali valutazioni, quindi, sono effettuate da ogni legislatore nel perseguimento del *proprio* indirizzo politico, che viene orientato, da un lato, sulla base di ciò che reputa socialmente riprovevole e, dall'altro, sul grado di tale riprovevolezza. Così, con l'incriminazione e la sua conseguenza sanzionatoria, si tentano di soddisfare al contempo esigenze di prevenzione e repressione dei reati sulla base di ciò che emerge diffusamente dalla società civile e si ritiene, quindi, espressione della volontà popolare. Com'è stato acutamente osservato, infatti, «il delitto è un artificio socialpolitico, non un fenomeno naturale»[12].

Non è certo un caso, quindi, che si parli di "politica" criminale, dal momento che nel diritto penale il legislatore opera delle valutazioni di opportunità sull'individuazione delle fattispecie incriminatrici e sulle correlative sanzioni con un ampio margine di libertà.

Ampio sì, ma vi è pur sempre un argine. Torna allora alla mente la già citata definizione proposta da Sandulli sulla discrezionalità che – come visto più approfonditamente nel secondo capitolo – può essere impiegata anche in merito alla funzione legislativa, ove la discrezionalità rappresenta «una sfera di agire

singoli, dando la possibilità di ricorrere alla coercizione penale solo per la tutela di interessi ritenuti rilevanti dalla collettività. Sul punto, ma anche sulla capacità del procedimento legislativo di garantire il confronto democratico tra maggioranza e opposizione, si veda altresì G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.

[11] Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 9 ss., spec. 14, laddove afferma che «il legislatore pensa […] ad un fatto commissivo od omissivo e conserva la più ampia discrezionalità nell'*an*, e ciò in ordine alla possibilità di prevedere o meno quel fatto come reato, scegliendo il tipo e il "*quantum*" della pena».

[12] Così H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, 1968, edizione italiana a cura di G. VASSALLI, Milano, 1978, 381 che evidenzia come, per tale ragione, non tutti gli "usi" della sanzione possano ritenersi uguali ma, al contrario, tutto dipenda da cosa si *sceglie* di considerare come criminale. Sul punto, si veda anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1973, 12 ss.

libero limitata positivamente»[13]. Così, sebbene sia fuor di dubbio che il legislatore democraticamente eletto rappresenti il soggetto che meglio di qualunque altro possa operare il bilanciamento tra i beni della vita *da proteggere* e i beni della vita *da sacrificare* in caso di lesione dei primi, la loro fondamentalità esclude che ciò possa avvenire senza la previsione di limiti che lo stesso legislatore sia tenuto a rispettare.

La sede positiva di tali limiti è la Costituzione. Essa impone di leggere il principio di legalità in materia penale né in chiave solo formale (per cui reato è solo ciò che è previsto dalla legge come tale) né in chiave solo sostanziale (per cui reato è solo il fatto antisociale). La superiorità della norma fondamentale – assicurata in primo luogo dalla sua natura rigida – e la preminenza dei valori in essa consacrati impongono di abbandonare le due storiche impostazioni sulla legalità penale e di prediligere la loro sintesi, tale per cui «reato deve essere considerato solo ciò che *è previsto dalla legge* come tale *in conformità alla Costituzione*: non solo per quanto riguarda i *connotati strutturali-formali*, ma anche e ancor prima per quanto concerne i *valori tutelati*»[14].

Questa conclusione è avvalorata dal fatto che, tra i beni della vita protetti, la Costituzione attribuisce un valore indubbiamente preminente alla libertà personale, la cui inviolabilità viene sancita con enfasi in apertura della Parte dedicata ai «Diritti e i dovere dei cittadini» (art. 13 Cost.). Questa preminenza implica che la sanzione penale, la cui conseguenza tipica consiste in una compressione di detta libertà, venga adottata solo nel caso in cui sia stato violato un bene che, se pur di valore inferiore alla libertà personale, sia comunque dotato di rilievo costituzionale[15]. Un'esigenza che fa della sanzione penale l'*extrema*

[13] Così M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 164. Sul punto v. *supra*, cap. II, § 2, spec. nota n. 14.

[14] Così F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 20 s. Sulla base di tale impostazione, alla luce della tavola dei valori e dei principi di matrice penalistica presenti in Costituzione, l'Autore ricava una nozione "costituzionalmente orientata" di reato, che si ritiene opportuno riportare per esteso: «per la Costituzione italiana è *reato* il fatto previsto come tale dalla *legge*, *irretroattivamente*, *in forma tassativa*, *materialmente* estrinsecantesi nel mondo esteriore, *offensivo* di valori *costituzionalmente significativi* (o comunque non incompatibili con la Cost.), *causalmente* e *psicologicamente* attribuibile al soggetto, sanzionato con pena *proporzionata*, astrattamente, innanzitutto alla rilevanza del valore tutelato e, concretamente, anche alla personalità dell'agente, *umanizzata* e tesa alla *rieducazione* del condannato; sempreché la pena sia *necessaria* per l'inadeguatezza delle sanzioni extrapenali a tutelare tali valori».

[15] Sull'art. 13 Cost. nel quadro della Costituzione repubblicana si vedano, *ex multis*, F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11 ss. e M.

ratio e che inevitabilmente vincola il legislatore in sede di formazione della norma, giacché *non* potranno essere incriminati quei fatti che rappresentano esercizio di un diritto costituzionale o che ledono valori che non trovano nella Costituzione un riconoscimento esplicito o implicito e, di riflesso, dovranno essere oggetto di sanzione penale solo quei fatti lesivi di valori costituzionali[16].

Alla luce di tali premesse, possono facilmente intuirsi tutte le difficoltà che ruotano attorno ai limiti del sindacato di legittimità costituzionale in materia penale.

Da un lato, la summenzionata preminenza che deve riconoscersi al procedimento legislativo-parlamentare, per le tipiche garanzie che lo contraddistinguono, impone di riconoscere al legislatore la possibilità di muoversi con ampia discrezionalità nelle scelte di politica criminale, il che richiederebbe un atteggiamento di particolare prudenza da parte della Corte costituzionale nell'esercitare il proprio sindacato, per scongiurare il rischio di sfociare in valutazioni sul merito della legge[17]. Dall'altro, la fondamentale rilevanza dei valori coinvolti nelle fattispecie incriminatrici – sia quelli inerenti ai beni giuridici protetti, sia quelli inerenti ai beni giuridici eventualmente sacrificati – impone l'esigenza di poter valutare a fondo la conformità delle previsioni legislative ai limiti che la Costituzione impone di rispettare al legislatore penale, in particolare in termini di *ragionevolezza*. Soprattutto ove si

---

RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, I, 321 ss.

[16] Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14 ss., spec. 15-18.

[17] Il sindacato sul *merito* della legge – come visto *supra*, cap. II, § 2.1, spec. nota n. 36 – deve ritenersi il limite invalicabile per la Corte nel suo giudizio sulla legittimità costituzionale della legge. Per quanto riguarda il settore penale, si veda A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, XIII, che evidenzia come il complessivo andamento della giurisprudenza costituzionale – quantomeno nei primi decenni della sua attività – mostri un certo "privilegio" nei confronti della discrezionalità del legislatore penale; pur non potendosi escludere «che le discipline legislative possano essere caducate, laddove non superino la soglia di una loro minima giustificazione». Una considerazione che, tuttavia, non farebbe che dimostrare ulteriormente l'esistenza «di una presunzione "rafforzata" di validità delle discipline medesime». Più recentemente, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2019, 785 ss. individua nell'art. 25, comma 2, Cost. «un generalizzato divieto di transito» che la Corte costituzionale incontrerebbe quando si ritrova al cospetto della discrezionalità legislativa. Un divieto che trova fondamento – in particolare in materia penale – nella priorità della legge, «punto d'arrivo privilegiato del processo di integrazione politica cui partecipano i soggetti della sovranità popolare». Una priorità che, tuttavia, come evidenzia l'Autore, riverbera i propri effetti più sul rapporto tra *organi* che sul rapporto tra *fonti*.

consideri che «il bisogno di ragionevolezza è tanto più forte, quanto maggiori il peso di precetti che hanno a che fare con le condizioni elementari della convivenza, e il peso delle sanzioni più severe che possono trovare legittimazione nell'orizzonte dello Stato di diritto»[18].

La complessità si acuisce ulteriormente nei casi in cui l'invalidità della legge penale imporrebbe al suo Giudice di intervenire, non con un mero annullamento, ma con decisioni di natura manipolativa: un'eventualità che può riscontrarsi in tutti i casi in cui la norma incriminatrice o la sua sanzione non possono essere rimossi dall'ordinamento *sic et simpliciter* ma, al contrario, si richiede necessariamente una "riformulazione" della disciplina illegittima per renderla conforme a Costituzione. Tradizionalmente ciò ha portato ad escludere fermamente la possibilità di adottare decisioni di natura integrativa *in malam partem*, dal momento che la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. esclude senza dubbio che possano crearsi nuove fattispecie criminose o che si estenda la disciplina esistente a casi non previsti per il tramite della giurisprudenza costituzionale[19]. Alla stessa conclusione, dovrebbe giungersi

[18] Così D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 25 s. Sul punto si veda anche A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 192 ss., spec. 203 ss. che evidenzia quanto sia ingiustificato ammettere il controllo di ragionevolezza per la generalità delle norme di cui la Corte può sindacare la legittimità costituzionale e, invece, escluderlo proprio in ambito penale. Ciò non toglie che questo approccio sembrerebbe *ingiustificatamente* – quantomeno ad avviso dell'Autore – tenuto dalla Corte che, rifacendosi all'esclusività della competenza del legislatore nel settore penale, troppo spesso rinuncia a controllare la ragionevolezza delle norme da esso fissate. Tale scelta per l'auto-limitazione, tuttavia, non corrisponderebbe ad alcun principio giuridico dotato di fondamento positivo e sembrerebbe più che altro dettato da «influenze psicologiche» (*ivi*, 206).

[19] Cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 788, che evidenzia come – quantomeno "fino a ieri" – «la manipolazione per via pretoria del delta punitivo è stata praticata – quando è stata praticata – nel rispetto della duplice, esigente condizione di un intervento *in bonam partem* e solo se scritto sotto dettatura dalla Costituzione». Sul punto, si veda anche A. BONOMI, *Sono davvero inammissibili le additive* in malam partem *in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2008, 892, secondo cui, se non si rispettasse il limite delle pronunce *in malam partem*, la Corte porrebbe in essere norme incriminatrici sostanzialmente nuove, compromettendo la stessa *ratio* dell'istituto della riserva di legge in materia penale che, in virtù della sovranità popolare, vede nel Parlamento l'organo costituzionale più idoneo a prevedere nuove o più gravose incriminazioni. Non solo. L'ulteriore inconveniente consisterebbe anche nell'impossibilità di operare un opportuno coordinamento tra le "nuove" incriminazioni e le altre norme del sistema penale. Sul punto, si veda anche G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2 che mette in luce, in maniera stringente, il *limite bidirezionale* che l'art. 25, comma 2, Cost. imporrebbe sugli interventi della Corte costituzionale in materia penale: sia quale impedimento per l'incriminare una determinata condotta, sia come ostacolo anche agli interventi *in bonam partem*, che essi riguardino l'estensione di una fattispecie esistente o la quantificazione del trattamento sanzionatorio.

anche per quelle decisioni che sono formalmente riduttive, ma sostanzialmente modificative della fattispecie penale[20].

Anche sulla base di tali considerazioni, la Corte costituzionale ha mantenuto storicamente un mercato *self restraint* nel suo sindacato sulla legittimità delle previsioni legislative in materia penale[21]. O quantomeno così è stato fino al periodo più recente.

Difatti, nonostante il freno esercitato dai principi di legalità e della riserva di legge contenuti nell'art. 25, comma 2, Cost., quello penale rappresenta un ambito in cui la giurisprudenza costituzionale più recente sembra mostrare la sua maggiore *originalità*. Complici le carenze e le sproporzioni del diritto penale contemporaneo[22], il Giudice delle leggi ha recentemente adottato numerose

[20] Sul punto, si vedano A. BONOMI, *op. ult. cit.*, 893 e M. D'AMICO, *Art. 25*, cit., 542 s., secondo cui, con tali decisioni solo apparentemente riduttive, vi sarebbe una violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. anche «sotto il profilo attinente alla determinatezza della fattispecie penale». Questo perché la fattispecie incriminatrice diverrebbe necessariamente «poco chiara» a causa dell'integrazione da parte di un (mero) dispositivo della Corte costituzionale che, per di più, molto spesso rinvia esplicitamente alla motivazione. Il tema è affrontato anche da F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1233 ss. 1249 s. che condivide la tesi dell'impossibilità, per la Corte, «di estendere fattispecie criminose, di maggiorare le pene o di penalizzare fattispecie non punite». Un limite che deve ritenersi però sussistente solo nella materia penale. Tuttavia, l'Autore sottolinea la necessità di non fraintendere la reale portata di quelle sentenze che, pur modificando una previsione legislativa incriminatrice, sono in realtà di natura *riduttiva*: in tal caso, la riserva di cui all'art. 25, comma 2, Cost. viene rispettata proprio perché non si amplia ma si restringe la portata di una fattispecie già presente nell'ordinamento ad alcune ipotesi in essa già racchiuse.

[21] Si veda, fra tutti, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 3-8.

[22] Su cui si vedano, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., L-LII e M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 8 ss. che individua soprattutto nella mancata riforma del Codice penale fascista del 1930 una delle principali cause dell'attuale crisi della legalità penale: la sua contraddittorietà con la scala di valori espressi nella Costituzione implicherebbe, infatti, una rinuncia *a priori* a dar vita un sistema penale coerente ed organico, richiedendo che *tutte* le norme del Codice vegano interpretate in maniera conforme a Costituzione. Si veda, altresì, D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 39 s. che individua nell'elemento dell'*anacronismo* della norma penale – desunto da dati storici, comparatistici e talvolta sociologici – l'argomento fattuale spesso e sempre più frequentemente utilizzato dalla Corte «per la potatura di rami secchi, o per riequilibrare assetti normativi che nessuno più avrebbe giudicato equilibrati». Si consideri, infine, l'analisi di F. PALAZZO, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, n. 7/2019, 2398 ss., secondo cui «soprattutto in materia penale, il nostro sistema ha raggiunto un grado intollerabile di caoticità ed ingovernabilità: già da tempo terreno di scorrerie per campagne schizofreniche di repressivismo elettoralistico oppure di ammorbidimenti efficientistici, il sistema sembra ora inclinare verso involuzioni consumate alla duplice insegna di un accanito moralismo punitivo o di obiettivi falsamenti securitari». Secondo l'Autore, tale situazione lacera «i valori contenutistici di riferimento di un diritto penale costituzionalmente orientato» e rende impossibile «mantenere una trama di razionalità e calcolabilità delle soluzioni».

decisioni di estremo interesse, in alcuni casi letteralmente singolari: un mutamento che conferisce una rinnovata attualità al tema del rispetto della discrezionalità legislativa nella giurisprudenza costituzionale, che richiede, quindi, il dovuto approfondimento.

2. *La proporzionalità della pena*

Nella fase più recente della giurisprudenza costituzionale, si può constatare un netto cambio di passo nel rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte, che si registra in particolare nell'ambito del ricco filone sulle anomalie sanzionatorie. Non vi è dubbio, infatti, che le scelte sui minimi e massimi edittali rientrino tradizionalmente nella piena discrezionalità del legislatore penale.

Se è facile dedurre dalla Costituzione quali beni fondamentali il legislatore sia tenuto a tutelare con l'incriminazione, sembrerebbe invece più difficile evincere, dalle stesse previsioni costituzionali, quale sia il livello di protezione che deve essere loro riconosciuto, in virtù della loro maggiore o minore rilevanza[23]. In altri termini, risulta senza dubbio più arduo definire il *grado* di "fondamentalità" degli interessi che la norma incriminatrice mira a tutelare e che si esprime nella *quantificazione* della gravità di una loro lesione e, correlativamente, della sanzione[24].

Su quest'ultimo punto – che non riguarda l'*an*, ma il *quantum* e il *quomodo* della sanzione penale – la discrezionalità del legislatore è inevitabilmente più ampia[25]. Non solo perché, in fin dei conti, il ventaglio di alternative che ad esso

[23] Cfr. A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, cit., 192 ss.
[24] Sul punto, si veda F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 15 ss.
[25] Cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1998, 350 ss., 371 ss., secondo cui questo «maggiore tasso di discrezionalità legislativa» non dipenderebbe da una competenza più estesa – e tantomeno "esclusiva" – del legislatore nel quantificare il trattamento sanzionatorio. «Dipende piuttosto dalla difficoltà di razionalizzare il passaggio dal piano qualitativo delle valutazioni sull'*an* e sull'ampiezza della tutela al piano quantitativo della misura della pena ottimale alla realizzazione di quella tutela». E questo perché il giudizio sul *quantum* – evidenzia

si prospetta è particolarmente esteso (basti pensare alle indefinite possibilità di scelta che possiede nel costruire la cornice edittale per un certo reato). Ma anche e soprattutto perché, come anticipato, la Costituzione non fornisce al riguardo indicazioni tanto puntuali quanto quelle sui beni e gli interessi meritevoli di protezione. Di conseguenza, il legislatore sembrerebbe poter agire con un discreto margine di libertà nella sua opera di percezione e raccolta dell'allarme sociale (o presunto tale), veicolandolo poi, con altrettanta libertà, nella quantificazione della sanzione prevista per l'incriminazione. Tali scelte, infatti, rientrano appieno nell'ambito della *politica* criminale che, proprio in quanto tale, può legittimamente esprimersi in «indirizzi politici diversi, valutazioni diverse su meritevolezza e bisogni di pena»[26].

Tuttavia, pur a voler ritenere che i margini della discrezionalità legislativa sulle conseguenze del reato siano più ampi, non può affatto ritenersi che la Costituzione si astenga dal limitare ed orientare le scelte del legislatore penale in tema di trattamenti sanzionatori. Tutto al contrario, vi sono alcuni cardinali principi che governano la materia e che devono essere rispettati nella formulazione della sanzione, "*pena*" la sua illegittimità. Considerando anche che su tutta la materia vige, in maniera preminente, l'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) che, come anticipato, fa del diritto penale l'*extrema ratio* e della sanzione penale lo strumento residuale, da adoperare quando non vi sono alternative altrettanto efficaci e meno afflittive per prevenire e perseguire un fenomeno ritenuto socialmente dannoso o pericoloso[27].

---

l'Autore – è «per forza di cose relativo e non assoluto», essendo nella sostanza impossibile instaurare «una corrispondenza biunivocamente necessaria ("giusta", "esatta", "costituzionalmente obbligata") tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena».

[26] Così D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, 49. L'Autore mette in evidenza che tra i margini di discrezionalità del legislatore sull'incriminazione, da una parte, e sulla misura della pena, dall'altra, i secondi sono inevitabilmente più ampi. Difatti, le valutazioni sul *quantum* non risultano altrettanto vincolate ai principi sovraordinati che la Costituzione prevede quali limiti nelle valutazioni del legislatore penale, che sono quindi «più esposte a variabili concezioni di giustizia e/o di opportunità politica». Si veda anche S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, I, 134 ss. che individua una conferma del fatto che i limiti sul *quantum* della pena rimangano sullo "sfondo" dei parametri costituzionali nelle numerose decisioni con cui sono state respinte, per lungo tempo, le questioni di legittimità sollevate sul trattamento sanzionatorio.

[27] Si tratta del c.d. principio di sussidiarietà, su cui si vedano, fra tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, 13 s.

Tra i principi che devono orientare il legislatore nell'astratta determinazione della pena[28], deve senza dubbio essere menzionato quello del *finalismo rieducativo*, alla luce del quale le pene devono «tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, comma 3, Cost.). Anzi, essa deve considerarsi la finalità "principale" della pena[29], come ha avuto modo di ribadire recentemente anche la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 149 del 2018[30], da cui si evince la necessità di ripudiare soluzioni che rischino di riverberarsi negativamente sul cammino di risocializzazione del condannato, non potendosi sacrificare la funzione rieducativa sull'altare di ogni altra funzione della pena, se pur legittima[31].

Tuttavia, non vi è dubbio che, per quanto riguarda più propriamente la determinazione del *quantum* della pena da parte del legislatore, il principio fondamentale a cui dover far riferimento è quello di *proporzionalità*, che esige

[28] Per ragioni espositive, che trovano fondamento nell'analisi giurisprudenziale che si svolgerà nei seguenti paragrafi, si illustreranno sommariamente il principio del finalismo rieducativo e, soprattutto, della proporzionalità della pena. Per una disamina approfondita degli altri principi che governano le conseguenze penali del reato, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 713 ss., spec. 721 ss.

[29] Cfr. E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, I, 3 ss., 18 ss., che mette in luce come la funzione rieducativa debba essere perseguita in tutti gli stadi della dinamica punitiva: nello stadio della comminatoria, la pena deve essere preordinata al reinserimento sociale del condannato, sia per contenuto sia per ammontare; nello stadio dell'inflizione, essa dovrà essere individuata dal giudice come la più adeguata per specie e/o entità; nello stadio dell'esecuzione, il progetto di integrazione sociale del condannato dovrà svolgersi secondo modalità che tengano conto del suo ravvedimento.

[30] Sebbene questo orientamento debba farsi risalire principalmente alla sentenza 26 giugno 1990, n. 313.

[31] Cfr. Corte cost., sentenza 21 giugno 2018, n. 149, punto n. 7 del *Considerato in diritto*. Tra i commenti, si vedano, A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018, 405 ss., spec. 411 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, VII, 145 ss.; S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta online*, n. 3/2018, 505 ss., spec. 510, ove l'Autrice evidenzia come, riferendosi l'art. 27, comma 3, Cost. al "condannato" e non ai "condannati" (nel senso di popolazione detenuta), esso imporrebbe un obbligo costituzionale «di differenziazione nell'erogazione del trattamento, con riguardo alle attitudini e alle peculiarità di ciascun ristretto, così consacrando l'illegittimità di discipline fondate […] su preclusioni assolute e granitici meccanismi presuntivi che guardano al reato commesso e non all'innegabile mutevolezza di ogni persona anche nel corso dell'esecuzione penale». Sulla finalità rieducativa della pena quale qualità essenziale di pene ragionevoli e proporzionate, cfr. ID., *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 73 ss., spec. 77-79.

che la qualità e quantità della pena siano adeguate alla natura e alla gravità del reato: *poena debet commensurari delicto*[32].

Tale principio rappresenta un «limite logico all'esercizio del potere punitivo dello Stato di diritto» ed esprime «un'elementare esigenza di giustizia»[33]. Quest'ultima trova fondamento costituzionale – e deve quindi essere obbligatoriamente perseguita dal legislatore – negli artt. 3 e 27 Cost. Il principio di eguaglianza implica che situazioni diverse siano trattate in maniera ragionevolmente differenziata, richiedendo quindi che vi siano «vincoli di coerenza punitiva intrasistematica tra i vari tipi di reati». L'art. 27 Cost., specie nei suoi commi 1 e 3, impone la *giustizia della pena*, «intrinseca al carattere personale della responsabilità e presupposto dell'azione rieducatrice della pena»[34].

Da tali presupposti si evince che è sulla puntuale individuazione delle conseguenze sanzionatorie del reato che può valutarsi la ragionevolezza del bilanciamento, operato dal legislatore, tra gli interessi coinvolti nelle scelte di politica criminale. Utilizzando l'immagine offerta dalla tecnica in esame, si può intuire facilmente cosa vi sia sui due piatti della bilancia: da una parte, il bene giuridico da tutelare con la norma penale e, dall'altra, la libertà personale dell'individuo da sacrificare in caso di lesione del primo, che deve corrispondere al grado e alla quantità dell'offesa e, dal punto di vista soggettivo, al tipo di colpevolezza[35]. È evidente, però, che i beni che si trovano sul primo piatto possano avere un peso specifico profondamente diverso sia tra loro sia rispetto alla stessa libertà personale. Ecco, allora, che il *quantum* della sanzione – vale a dire il *quantum* di sacrificio della libertà personale da imporre in caso di reato – determinerà l'equilibrata o sbilanciata ponderazione degli interessi soppesati.

Ebbene, anche l'esito di tale bilanciamento deve ritenersi astrattamente sindacabile da parte della Corte costituzionale, dal momento che i summenzionati principi costituzionali sulla pena – *in primis* quello di

[32] Per alcune considerazioni in chiave storico-filosofica sul principio di proporzionalità della pena, si veda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 395 ss.
[33] Sul punto, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 723 s., di cui sono anche le espressioni citate.
[34] *Ibidem*.
[35] *Ibidem*.

proporzionalità – limitano la discrezionalità del legislatore nelle scelte sanzionatorie, richiedendo che si tratti di un bilanciamento *ragionevole*. Soprattutto ove si consideri il peso e la delicatezza (notazione consapevolmente ossimorica) dei diritti e dei valori che sono in gioco nella comminazione di una sanzione penale.

Difatti, le decisioni con cui il Giudice delle leggi dichiara l'incostituzionalità di una misura sanzionatoria in ambito penale non sono certo una novità nella giurisprudenza costituzionale. Anzi, con una certa frequenza la Corte ha sindacato la legittimità delle scelte legislative sulla dosimetria della pena, specie nel caso di contrasto con il principio di proporzionalità (quando non vi è corrispondenza tra la gravità del fatto previsto come reato e la sanzione per esso astrattamente prevista) e di previsioni sanzionatorie differenziate tra fattispecie omogenee. Circostanze in cui la Corte, pur consapevole degli ampi margini di discrezionalità del legislatore, ha *dovuto* sindacare un uso distorto di tale discrezionalità, nel caso di scelte sanzionatorie palesemente arbitrarie o ingiustificate[36]. Tale impostazione può farsi risalire alla sentenza n. 26 del 1979 ove, pur ribadendosi che le valutazioni sulla congruenza fra reati e pene appartengono alla politica legislativa, si evidenzia che non può escludersi «il

[36] Cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 374, che evidenzia come inevitabilmente il controllo di costituzionalità sulla pena – rispetto a quello sul contenuto della norma incriminatrice – abbia una sua peculiare natura, «tale da giustificare in effetti quell'apparente *fin de non recevoir* opposta a lungo dalla Corte e, comunque, il rigore (almeno apparente) di quella condizione del sindacato individuata nella manifesta, abnorme, crassa irragionevolezza della previsione sanzionatoria». Sul punto, possono riprendersi anche le considerazioni di P. CARNEVALE, *Il controllo di costituzionalità limitato alla evidenza del vizio ovvero del come la Corte può aggredire spazi politicamente sensibili senza fare politica*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 53 ss. secondo cui, per attenuare la portata politica di quelle pronunce della Corte costituzionale che incidono in ambiti astrattamente propri *della politica*, il Giudice delle leggi potrebbe limitarsi – in tali casi – a sindacare «l'invalidità *evidente*, la *macroscopica* violazione, l'incompatibilità *manifesta*, cioè a dire quelle situazioni di viziosità "estrema" della norma in cui il carattere di eccezionalità non sta tanto ad indicare la gravità della difformità alla Costituzione, ma la soglia di sanzionabilità di quella difformità». Ad avviso dell'Autore, tale impostazione – al di là di quanto potrebbe risultare *prima facie* – non crea una distinzione tra diverse aree di illegittimità sanzionabile e non sanzionabile, né riduce la sfera del controllo di legittimità costituzionale, ma consente un opportuno «riposizionamento del confine tra legittimità e merito», facendo sì che il *vizio evidente* resti l'unica forma di illegittimità conoscibile.

sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumono una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate»[37].

Tuttavia, ciò che è cambiato profondamente, nel corso del tempo, è il grado di incisività e – per quel che rileva in questa sede – di *manipolatività* con cui la Corte costituzionale ha sindacato e sta sindacando le scelte sanzionatorie del legislatore. Se in un primo momento il controllo sembrava vertere principalmente sul rispetto del principio di offensività, in ossequio al quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità di previsioni incriminatrici prive del necessario requisito dell'offesa concreta a un bene costituzionalmente rilevante (sotto forma di danno o di pericolo), con il tempo le maglie del controllo si sono allargate e si è passati, per l'appunto, ad un controllo di ragionevolezza[38].

Emblematica, in tal senso, è la sentenza 28 giugno del 1995, n. 313, ove la Corte chiarisce espressamente che, per poter sindacare il merito delle scelte sanzionatorie del legislatore, è «necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga

[37] Corte cost., sentenza 5 maggio 1979, n. 26, punto n. 1 del *Considerato in diritto*. Più di recente, tale orientamento è stato ribadito espressamente, tra le altre, dalle sentenze n. 394 del 2006 e n. 81 del 2014, quest'ultima con commento di N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, 55 ss.; o anche dalle ordinanze n. 71 del 2007 e 169 del 2006 che, invece, si concludono nel senso dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore proprio perché non riscontrabile un uso arbitrario o distorto di tale discrezionalità in merito al trattamento sanzionatorio delle fattispecie censurate e, quindi, per la mancata violazione del principio di ragionevolezza.

[38] Cfr. F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 358 ss. L'Autore rileva che, a partire dagli anni Sessanta, la Corte costituzionale ha esercitato il suo sindacato sulle previsioni legislative in materia penale basandosi in primo luogo sul principio di offensività. Il che implicava, molto spesso, inserire elementi di pericolo concreto per il bene giuridico (costituzionalmente) tutelato in fattispecie espressive del precedente regime fascista. Un risultato ottenuto, non solo con il mero accoglimento, ma in alcuni casi anche con la manipolazione, volta alla sostituzione del bene giuridico originariamente protetto con uno maggiormente compatibile col nuovo assetto costituzionale. Sul punto, cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 11 ss. Per quanto riguarda il passaggio dal sindacato sull'offensività a quello sulla ragionevolezza delle scelte incriminatrici del legislatore (già rilevato nel citato contributo di Palazzo), si veda altresì R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, III, 1540 ss., secondo cui sia il principio di offensività sia quello di ragionevolezza si fondano su un'esigenza di proporzione e bilanciamento. Tuttavia, mentre il primo è espressione di «una "supremazia" della libertà personale rispetto allo Stato», operando quale garanzia rispetto a una legislazione prevaricatoria e autoritaria, nel principio di ragionevolezza il bilanciamento tra gli interessi in gioco va al di là della libertà personale, giacché «opera come garanzia contro una legislazione nella sostanza democratica, ma che presenta aspetti di irrazionalità in virtù dell'eccesso di *voluntas* rispetto alla *ratio*».

una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di "eccesso di potere" e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa»[39].

Nessun dubbio, quindi, che le scelte del legislatore sulla pena, pur rientrando nella sua piena discrezionalità, siano sindacabili dalla Corte costituzionale e che tale controllo si sia fatto sempre più penetrante. Tuttavia, l'avvento della ragionevolezza nel giudizio di legittimità costituzionale non ha rappresentato certo un punto di arrivo, bensì l'inizio di un cammino che, negli ultimi anni, ha condotto il Giudice delle leggi verso destinazioni prima sconosciute, in origine impensabili da raggiungere. E dove si ha la sensazione che siano stati varcati i confini che delimitano il terreno delle valutazioni insindacabili del legislatore.

2.1 *La sentenza n. 236 del 2016 e l'abbandono del* tertium comparationis *per dichiarare l'incostituzionalità della pena*

Nella più recente giurisprudenza costituzionale, la sentenza 10 novembre 2016, n. 236 ha segnato un momento di vera e propria "svolta" nel sindacato sulla legittimità della pena.

Con tale decisione, la Corte ha affrontato la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito al quadro edittale originariamente previsto per il reato di alterazione dello stato civile del neonato, disciplinato dall'art. 567, secondo comma, c.p., che punisce (*rectius*: puniva) con la reclusione da cinque a quindici anni chiunque, nella formazione di un atto di nascita, alteri lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. Tale ipotesi rappresenta una fattispecie speciale rispetto a quanto previsto dal primo comma del medesimo art. 567 c.p. che, in generale, punisce con la

[39] Corte cost., sentenza 28 giugno 1995, n. 313, punto n. 4 del *Considerato in diritto*. Argomentazioni che – quantomeno con riferimento al trattamento sanzionatorio in materia penale – hanno fatto il loro ingresso nella giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalla fine degli anni '80, specialmente con la sentenza 6 luglio 1989, n. 409.

reclusione da tre a dieci anni chiunque, con la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con ordinanza del 30 settembre 2015, n. 13 dal Tribunale di Varese[40] giacché, ad avviso del giudice remittente, l'originario trattamento sanzionatorio previsto dal secondo comma (reclusione da cinque a quindici anni) sarebbe stato eccessivo rispetto al disvalore della condotta penalmente rilevante e comunque manifestamente sproporzionato, anche alla luce di un'interpretazione sistematica di quanto previsto per le altre fattispecie incriminatrici del Capo sui delitti contro lo stato di famiglia (Capo III, Titolo XI, del Codice penale). In particolare – si legge nell'ordinanza di remissione – il minimo edittale di cinque anni sarebbe manifestamente eccessivo, impedendo un opportuno adeguamento della sanzione alle specifiche circostanze del fatto concreto.

Secondo il giudice *a quo*, un trattamento sanzionatorio così aspro poteva ritenersi forse giustificabile in passato, quando il Codice penale entrò in vigore, giacché le dichiarazioni riportate sullo stato civile rappresentavano praticamente l'unica fonte certa sulla propria discendenza ereditaria[41]. Attualmente, invece, a seguito di un evidente progresso medico, scientifico e tecnologico e di un mutato contesto normativo, l'alto disvalore originariamente riconosciuto all'alterazione dello stato civile del neonato dovrebbe ritenersi venuto meno, non rispondendo più «all'effettivo bisogno di salvaguardia del bene giuridico protetto dalla norma né allo specifico allarme sociale delle condotte criminose poste in essere in violazione della stessa»[42].

[40] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 3 febbraio 2016, n. 5 – 1ª Serie speciale.
[41] Una conclusione che viene avvalorata considerando la *ratio* della norma incriminatrice di cui all'art. 567, comma 2, c.p., che mira ad assicurare la certezza e la fedeltà dello stato civile del neonato, attribuitogli alla nascita, per garantire la veridicità della sua discendenza effettiva. Una protezione particolarmente forte di tale bene giuridico poteva trovare le sue ragioni ai tempi della promulgazione del Codice, quando le dichiarazioni presenti nello stato civile rappresentavano l'unico strumento per dimostrare la paternità e la maternità del neonato; per cui la loro alterazione – a cui potevano ricollegarsi conseguenze dannose di ordine psicologico (derivanti dalla mancata conoscenza della propria discendenza reale) e/o materiale (basti pensare alle questioni ereditarie) – risultava di disvalore senz'altro più intenso di oggi. A ciò si aggiunge anche la considerazione secondo cui, in alcuni casi, di evidente minor disvalore, la condotta potrebbe essere posta in essere anche *nell'interesse* del neonato, a cui il soggetto agente intenda attribuire comunque dei legami familiari nel caso in cui, ad esempio, il genitore naturale non abbia intenzione di riconoscerlo.
[42] Tribunale di Varese, sez. penale, ordinanza 30 settembre 2015, n. 13.

Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale di Varese ritiene il quadro edittale originariamente previsto per il reato di alterazione dello stato civile del neonato lesivo, *in primis*, dell'art. 3 Cost. e del principio di ragionevolezza che in esso trova fondamento, considerata la pena tanto elevata per un comportamento ormai privo di quella gravità e di quell'allarme sociale che ne richiederebbero una *ragionevole* giustificazione. E viene rilevata altresì una frustrazione della finalità rieducativa della sanzione penale (art. 27, comma 3, Cost.) dal momento che vi è un evidente contrasto con il principio di colpevolezza: un minimo edittale così alto, unito alla complessiva sproporzionalità della sanzione, non consentirebbe al giudice di adeguare la pena da infliggere alle circostanze del fatto concreto, impedendo così che essa possa tendere ad una reale rieducazione del condannato.

Ebbene, con la citata sentenza n. 236 del 2016, la Corte costituzionale ha riconosciuto la fondatezza della questione sollevata e ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 567, comma 2, c.p., «nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre anni a un massimo di dieci anni».

Le ragioni dell'accoglimento risiedono non tanto nell'anacronismo della disciplina in esame – come invece era ipotizzato dal giudice *a quo*[43] – quanto nella rilevata, manifesta sproporzione della cornice edittale sindacata rispetto al reale disvalore della condotta punita. Ciò implica «una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., essendo lesi sia il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso, sia quello della finalità rieducativa della pena»[44]. In particolare, la violazione dell'art. 3 Cost. è determinata dalla sproporzione generata dall'incriminazione tra i danni prodotti all'individuo

[43] Secondo la Corte, infatti, il pur mutato assetto normativo e i registrati progressi medici, scientifici e tecnologici non sarebbero idonei ad alleggerire la gravità della condotta punita e l'allarme sociale che da essa può derivare. Condividendo la posizione dell'Avvocatura dello Stato, il Giudice delle leggi in particolare sottolinea che, pur essendo senz'altro oggi più semplici gli accertamenti in merito alla propria paternità o maternità naturale, ciò «non è in grado di diminuire il disvalore della condotta sanzionata dalla disposizione censurata, per la semplice ragione che la vittima dell'eventuale reato di alterazione di stato potrebbe non nutrire mai quel dubbio sulle proprie origini che, solo, potrebbe indurla a ricorrere, in concreto, ad indagini genetiche»; così Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.
[44] Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

(*rectius*: ai suoi diritti) e alla società, da una parte, e i vantaggi che quest'ultima riceve con la tutela dei beni offesi, dall'altra. In altri termini, il divario eccessivo tra la *punizione* generale e astratta e il reale disvalore delle (possibili) *condotte concrete* non consente di far aderire adeguatamente la prima alle seconde. E l'assenza di proporzionalità implica, a sua volta, una lesione dell'art. 27 Cost., giacché l'impossibilità di adeguare la sanzione al reale disvalore del fatto concreto non consentirebbe quell'opportuna *individualizzazione* della pena concreta che rappresenta il presupposto necessario per adempire al suo finalismo rieducativo: al contrario, quest'ultimo viene senza dubbio ostacolato nel caso in cui vi sia la percezione di subire un trattamento sanzionatorio più severo di quello che meriterebbe la propria condotta.

Tutto ciò determina un'*irragionevolezza intrinseca* della pena prevista per l'ipotesi delittuosa censurata, alla luce di «un *rapporto "interno" di proporzione*, che prescinde dalla ricerca di un *tertium comparationis*»[45].

Ed è questa l'indiscutibile portata innovativa della sentenza in esame, che può considerarsi come un'ampia "breccia" che è stata aperta nel muro della

[45] Così E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, IV, 1956 ss., spec. 1959, a commento della sentenza in esame. Su tale decisione – per quanto attiene in particolare l'importanza dell'aver iniziato a sindacare un trattamento sanzionatorio perché "intrinsecamente irragionevole" – si veda F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, 61 ss., spec. 62. L'Autore evidenzia infatti come, proprio con la sentenza n. 236 del 2016, la Corte costituzionale abbia iniziato a strutturare le proprie motivazioni «non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno all'irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell'esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all'importanza del fine perseguito attraverso l'incriminazione». Sul punto, si veda anche V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, VI, 2105 ss., che mette in luce come l'irragionevolezza riscontrata nella sentenza n. 236 del 2016 non si radica, per l'appunto, in un'asimmetria sistematica, «ma è tutta interna al giudizio di meritevolezza di pena, ed alla sua dosimetria legislativa segnata dal *quantum* della sanzione». Delle criticità rispetto a questo possibile epilogo del giudizio di costituzionalità sulla pena venivano evidenziate da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit. 368 ss. Secondo l'Autore, infatti, la possibilità di valutare la proporzionalità del *quantum* di pena, alla luce della relazione tra disvalore del bene e del fatto e la conseguente entità della risposta sanzionatoria, si caratterizza per una evidente «eterogeneità delle grandezze a confronto». Una caratteristica che rende «pressoché indispensabile cercare di razionalizzare il giudizio attraverso l'uso del *tertium comparationis*». Difatti, per cogliere la correttezza nella corrispondenza tra un fatto criminoso e una determinata misura di pena, deve verificarsi «se quel rapporto reato/pena sia proporzionato non in sé ma alla stregua, a confronto di un altro rapporto reato/pena che (implicitamente) si assume invece come proporzionato ("giusto", "esatto")».

discrezionalità legislativa sulla determinazione della pena. Perché se è vero che già in passato la Corte costituzionale si è ripetutamente pronunciata al riguardo – come emerge anche dalle diverse decisioni in questa sede richiamate – la novità della sentenza n. 236 del 2016 risiede nel fatto che, precedentemente, vi era la tendenza ad individuare una fattispecie disciplinata dal legislatore ulteriore e diversa rispetto a quella censurata e di cui si presupponeva implicitamente la conformità a Costituzione[46]. In questo modo, se pure una pena veniva considerata irragionevole e sproporzionata, vi era lo sforzo ermeneutico di individuare un fondamento indiretto per la dichiarazione di illegittimità, che consisteva nel rilevare la disparità tra la previsione sanzionatoria della disciplina censurata – da dichiarare illegittima perché sproporzionata e irragionevole – e quella di un *tertium comparationis* ritenuta costituzionalmente legittima[47].

Nella sentenza in esame, invece, irragionevolezza e sproporzione della pena, quali lesioni degli artt. 3 e 27 Cost., sono ritenute una condizione sufficiente, di per sé, per la dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Ne rappresenta un'evidente conferma il fatto che la Corte si era già precedentemente pronunciata sul quadro edittale della medesima norma incriminatrice con l'ordinanza 19 marzo 2007, n. 106. In quella sede, tuttavia, la Corte concluse dichiarando la *manifesta infondatezza* della questione. E questo proprio perché il giudice *a quo* indicava, quale fondamento dell'incostituzionalità, la disparità di trattamento rispetto ad altre fattispecie con funzione di *tertia comparationis*[48]. Come anticipato, però, l'ordinanza n. 106 del

[46] Sul punto, si veda A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 589 s.

[47] Cfr. V. MANES, *op. ult. cit.*, 2105 ss. che evidenzia come da tempo la Corte costituzionale stesse cercando di "svincolarsi" dalla sussistenza di un elemento con funzione di *tertium comparationis* per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una misura sanzionatoria illegittima. Le difficoltà nel conseguire tale mutamento consistevano infatti negli evidenti limiti che il Giudice delle leggi incontra nell'occuparsi di «una materia "sommariamente politica" come quella dello *ius puniendi*». L'Autore evidenzia, altresì, come alcune aperture in tal senso si erano già registrate con la sentenza 19 luglio 1994, n. 341, in cui il principio di eguaglianza ha iniziato ad assumere una sua autonomia nel giudizio sulla proporzionalità della pena ed ha quindi segnato un punto di partenza importante nel cammino verso la sentenza n. 236 del 2016. Dello stesso avviso è anche F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 65.

[48] Si trattava, in particolare, del reato previsto dal primo comma, che punisce – come visto sopra – chi altera lo stato civile mediante sostituzione di neonato, con la reclusione da tre a dieci anni (ben inferiore di quella della reclusione da cinque a quindici anni, originariamente prevista per

2007 si concluse nel senso della non fondatezza, essendo del tutto ragionevole, ad avviso della Corte, la differenziazione tra le fattispecie richiamate a raffronto.

Quindi, ciò che cambia nella sentenza n. 236 del 2016 consiste proprio nel fatto che, nell'ordinanza di remissione, viene lamentata *solamente* la manifesta "irragionevolezza intrinseca" della cornice edittale e non l'illegittima differenziazione con una fattispecie contingente. Per cui, ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale, la disparità con un *tertium comparationis* è del tutto irrilevante; anzi, tale evoluzione giurisprudenziale dimostra che, in alcuni casi, la sua indicazione potrebbe rivelarsi "controproducente", qualora non dovesse emergere quella disparità predicata dal giudice *a quo* (come nel caso dell'ordinanza n. 106 del 2007).

A ben vedere, tuttavia, nella sentenza n. 236 del 2016 il *tertium comparationis* continua a rivestire un certo ruolo nelle argomentazioni della Corte, sebbene con una finalità profondamente diversa rispetto al passato: se è vero che si prescinde dal suo utilizzo quale elemento strutturale del giudizio di ragionevolezza, giacché la Corte sceglie evidentemente di seguire «una schietta cadenza diadica» per dichiarare l'incostituzionalità della misura sanzionatoria, il *tertium* viene allora utilizzato come punto di riferimento per sostituire il quadro edittale incostituzionale con uno nuovo, costituzionalmente legittimo[49].

---

il reato del secondo comma); e delle fattispecie previste dall'art. 578 c.p., che disciplina il reato di infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale.

[49] Come evidenzia F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, 64, di cui è l'espressione citata (*ivi*, 62). Sul punto, si veda altresì S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e* quantum *della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 27 s. Sull'abbandono dello schema triadico, cfr. A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 796 ss., secondo cui il passaggio allo schema diadico sembrerebbe poter determinare, a prima vista, un'invasione della Corte nell'ambito di scelte politiche riservate al legislatore, mancando l'alternativa sanzionatoria costituzionalmente obbligata, ordinariamente «incarnata nella norma interposta assunta quale *tertium comparationis* ad integrazione del parametro di costituzionalità». Ma in realtà – secondo quanto evidenzia l'Autore – il sostituto sanzionatorio in diversi casi non può comunque ritenersi frutto di una valutazione discrezionale del giudice costituzionale, in particolare: nel caso in cui con la dichiarazione di incostituzionalità della pena di una fattispecie generale si abbia riespansione della disciplina sanzionatoria generale; nel caso in cui, per l'intervento ablativo della Corte, il minimo edittale venga individuato alla luce del limite individuato in via generale dall'art. 23 c.p. (purché non ne derivi una divaricazione eccessiva tra minimo e massimo della pena); nel caso in cui l'individuazione della cornice edittale da parte della Corte sia l'esito di un'interpretazione *in bonam partem*, armonica con i principi costituzionali sulla pena; nel caso in cui la dichiarazione di illegittimità non travolga solo la pena, ma l'intera disposizione, giacché in questo caso la Corte opererebbe esclusivamente in negativo (in linea con le sue prerogative costituzionali); nel caso in cui, infine, la Corte ponga in essere un'ablazione dell'intero reato, con la conseguente riespansione della non punibilità della condotta.

Ed è proprio a tal riguardo che il rispetto della discrezionalità legislativa, a fronte di una pronuncia con una evidente portata manipolativa (in tal caso *sostitutiva*), continua ad essere parzialmente ancorato alla necessaria sussistenza delle "rime obbligate".

Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha adottato una decisione con cui la cornice edittale in origine prevista per il reato di cui all'art. 567, comma 2, c.p. (reclusione da cinque anni a quindici anni) è stata diminuita – e quindi sostituita – direttamente dalla Corte, che ha ritenuto "*più conforme*" *a Costituzione* la pena della reclusione da tre anni a dieci anni[50]. A ben vedere, quindi, si tratta di una sostituzione necessariamente molto puntuale. Proprio per questo, non sarebbe ammissibile che essa sia frutto della «fantasia della Corte»[51] – per citare nuovamente Crisafulli – dovendo rappresentare, invece, il risultato di un'operazione ermeneutica inerente al sistema costituzionale e quindi esplicitazione di quanto già virtualmente presente al suo interno. Dovrebbe trattarsi, in altri termini, dell'unica soluzione *costituzionalmente obbligata* che consenta di superare l'illegittimità, altrimenti non potrebbe darsi spazio alla manipolazione, poiché la scelta tra le plurime opzioni normative possibili rientrerebbe nella piena discrezionalità del legislatore.

Questa esigenza è avvertita dalla Corte costituzionale anche nella sentenza in esame. Nella motivazione si chiarisce, infatti, che ad essa non spettano valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, che invece spettano e devono spettare – alla luce della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. – alla rappresentanza politica. Ancora una volta, però, emerge il difficile contemperamento tra il rispetto delle prerogative riservate al legislatore democraticamente eletto e la necessaria sindacabilità di previsioni legislative

[50] Una conclusione resa possibile anche grazie al fatto che si tratta di una pronuncia *in bonam partem*, che rappresenta una delle condizioni tradizionalmente necessarie per consentire alla Corte di intervenire con una modulazione del quadro sanzionatorio previsto per un certo reato. Sul punto, cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, cit., 33. Sul recente corso delle ipotesi di manipolazione dei valori edittali da parte della Corte costituzionale, si veda anche G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, cit., 9 ss.

[51] Secondo l'immagine proposta da Crisafulli nell'ambito delle argomentazioni sulla necessaria sussistenza di una soluzione costituzionalmente obbligata per adottare decisioni di natura manipolativa; cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, II, 1984, 404.

illegittime, che si esprime nella superiorità del principio di legalità costituzionale. Difatti, anche dove la discrezionalità legislativa è più forte, la Corte evidenzia che, qualora emergano sintomi di manifesta irragionevolezza di un trattamento sanzionatorio, un proprio intervento *a fini di giustizia* deve ritenersi possibile, purché il sindacato sia svolto prendendo dei «precisi punti di riferimento», che consistono nelle «soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata»[52].

Ecco quindi che il *tertium comparationis* viene "recuperato" e, come spesso accade in circostanze analoghe, la soluzione che si presenta a portata di mano della Corte è quella di individuare, nel perimetro del medesimo art. 567 c.p., il fondamento per riportare a ragionevolezza la pena eccessiva e sproporzionata del suo secondo comma, giudicando «"per linee interne" la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il reato di alterazione di stato»[53]. Così, avendo in comune la protezione del medesimo bene giuridico, la cornice edittale del reato disciplinato dal primo comma viene individuata quale soluzione migliore da mutuare per sostituire quella illegittima del reato disciplinato dal secondo comma[54].

[52] Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, punto n. 4.4 del *Considerato in diritto*.

[53] Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, punto n. 4.5 del *Considerato in diritto*. Sul punto, si vedano M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 651 s.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 64; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 52 s. Quest'ultimo evidenzia come fosse inevitabile e necessario che la Corte individuasse «un criterio afferrabile di razionalità (di *coerenza logica* e *teleologica*)» per dare concretezza «a un criterio che segue la logica dei concetti sfumati, quale la proporzione (o sproporzione) di una scelta sanzionatoria che in via di principio è discrezionale e graduabile». Nel caso della sentenza n. 236 del 2016, il fondamento di tale operazione è di pronta individuazione e consiste nell'art. 567, comma 1, c.p., che ha consentito di sostituire agilmente la precedente cornice edittale. Tuttavia – prosegue l'Autore – difficilmente si potrebbe intuire quale sarebbe stato l'esito della questione nell'assenza della previsione di cui al primo comma. Circostanza che si prospetterà alla Corte in alcune successive e importanti pronunce (che verranno analizzate nei paragrafi successivi) e in cui, pur nell'assenza di un *tertium comparationis* per la determinazione del nuovo quadro edittale, essa è riuscita ad individuare comunque la soluzione "più adeguata" presente nello stesso sistema di riferimento.

[54] Che quindi è ora punibile con la reclusione da un minimo di tre anni – che meglio consente al giudice di adeguare la pena alla gravità del fatto concreto – a un massimo di dieci anni.

Anzi, ancora di più: viene ritenuta «*l'unica soluzione praticabile*»[55] per determinare il nuovo quadro sanzionatorio. Verrebbe da dire che con ciò la Corte ha inteso tale soluzione come l'unica "a rime obbligate".

Per cui, con la sentenza n. 236 del 2016, nonostante le evidenti forzature determinate dalla possibilità di sindacare l'intrinseca – purché manifesta – sproporzione della pena, la Corte è riuscita comunque ad inserirsi nel solco confortevole delle rime obbligate, giustificando così il proprio intervento manipolativo e tentando di salvaguardare come possibile la discrezionalità legislativa. Il cui esercizio, tra l'altro, viene anche auspicato, dal momento che la decisione si chiude con la consueta speranza che il legislatore intervenga per introdurre diversi trattamenti sanzionatori ritenuti, eventualmente, più adeguati.

2.2 *L'inerzia legislativa quale causa del graduale superamento delle "rime obbligate": la sentenza n. 222 del 2018*

Come visto a chiusura del precedente paragrafo, nella sentenza n. 236 del 2016 si può ancora registrare l'impegno della Corte costituzionale nel tentare di individuare una soluzione costituzionalmente obbligata a fondamento del proprio intervento manipolativo: una ricerca conclusasi positivamente sebbene – preme sottolinearlo – non senza qualche artificiosità. Tuttavia, l'intento lodevole è senza dubbio quello di evitare, nei limiti del possibile, un'invasione netta dell'area della discrezionalità legislativa, per continuare ad agire con spirito di collaborazione istituzionale.

Il tentativo sembrerebbe meno riuscito con la sentenza 25 settembre 2018, n. 222, che ha segnato un ulteriore e rilevante passo in avanti sulla "nuova tendenza" della Corte costituzionale nel rispettare la discrezionalità del legislatore. Un'evoluzione giurisprudenziale che non sarebbe stata possibile – come si vedrà – senza il profondo mutamento intervenuto a seguito della sentenza n. 236 del 2016, di cui la sentenza n. 222 del 2018 rappresenta

[55] Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, punto n. 5 del *Considerato in diritto*; corsivi aggiunti.

comunque qualcosa in più di un mero completamento, giacché è con essa che la Corte ha mostrato di potersi svincolare dallo storico fondamento delle "rime obbligate" per adottare decisioni dalla portata manipolativa[56].

Con tale decisione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 216, comma 4, e 223, comma 3, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare) nella parte in cui si prevedeva la necessaria comminazione di pene accessorie *di durata fissa* decennale per coloro che venivano condannati per i reati di bancarotta fraudolenta, anziché prevedere la possibilità, per i giudici, di determinare discrezionalmente la durata delle pene accessorie.

La questione è stata sollevata con ordinanza del 17 novembre 2017, n. 37 della Corte di Cassazione, Sez. I Penale[57], chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un caso che si inserisce nella più ampia vicenda del tracollo del gruppo Parmalat. La questione riguarda le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di imprese commerciali e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, la cui durata viene fissata inderogabilmente nella misura di dieci anni (art. 216, comma 4, legge fallimentare, richiamato dall'art. 223, comma 3), senza possibilità che il giudice possa adeguare, in maniera proporzionata, la sua commisurazione al disvalore del caso concreto[58].

---

[56] Individuano in tale decisione il superamento della necessaria sussistenza delle "rime obbligate", in particolare, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 651 ss. e R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, VI, 2566 ss. Per quanto riguarda, più in particolare, il legame tra la sentenza n. 236 del 2016 e la sentenza n. 222 del 2018, cfr. ID., *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettata una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2019, 139 ss., spec. 142-145. Sulle possibili criticità aperte con la sentenza n. 222 del 2018 (su cui si tornerà *infra*, nota n. 70), si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 251 ss., spec. 264 ss.

[57] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 28 febbraio 2018, n. 9 – 1ª Serie speciale. A commento di tale ordinanza si veda A. GALLUCCIO, *Pene accessorie "fisse" per la bancarotta fraudolenta: la Cassazione solleva una questione di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2018, 268 ss.

[58] Nell'ordinanza di remissione, la Cassazione evidenzia come su tale questione sia riscontrabile un contrasto giurisprudenziale relativo all'applicabilità o meno dell'art. 37 c.p. anche per le pene accessorie previste per i reati di bancarotta fraudolenta. Uno degli orientamenti – dando una lettura costituzionalmente orientata alla previsione di cui all'art. 216, comma 4, della legge fallimentare – sostiene che sia applicabile l'art. 37 c.p. anche nel caso *de qua*, il che consentirebbe di determinare la loro durata in misura eguale a quella della pena principale inflitta. Tale orientamento, tuttavia, è ritenuto minoritario e non consolidato, specie dopo l'intervento della Corte costituzionale che, con sentenza 21 maggio 2012, n. 134, sembrerebbe

Motivando sulla non manifesta infondatezza, la Cassazione evidenzia che la durata fissa di tali pene accessorie implicherebbe una violazione degli artt. 3 e 27 Cost., «attesa la rigidità dispositiva della prescrizione penale, a fronte del variare della situazione concreta, caratteristica che determina una sostanziale ingiustizia nel trattare allo stesso modo condotte di rilievo penale tra loro differenti e difformemente sanzionate dal legislatore mediante la pena principale»[59]. In altri termini, con la durata fissa delle sanzioni accessorie, verrebbe impedito quell'adeguamento individualizzato della pena, necessario, non solo a fronte di una più ampia esigenza di giustizia, ma anche per rendere il più possibile "personale" la responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.) e per assecondare adeguatamente il fine rieducativo della pena (art. 27, comma 3, Cost.)[60].

Ebbene, su tale questione si è pronunciata la Corte costituzionale con la citata sentenza n. 222 del 2018. Nella sua motivazione, emerge con chiarezza come debba ritenersi lesiva dei principi costituzionali in materia di pena la previsione di sanzioni accessorie *in misura fissa*. L'impossibilità di adeguare la gravità della sanzione al caso concreto, infatti, determina un'evidente lesione degli artt. 3 e

aver avallato il – diverso – orientamento maggioritario che esclude l'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 37 c.p. In detta pronuncia, tuttavia, già emersero dei possibili profili di illegittimità costituzionale in merito alla durata fissa delle pene accessorie in esame, sebbene poi la Corte abbia dichiarato la questione inammissibile proprio per la mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata e l'impossibilità di adottare una pronuncia manipolativa, evidenziando la conseguente necessità che ad intervenire fosse il legislatore.

[59] Corte Cass., Sez. I pen., ordinanza 17 novembre 2017, n. 37, punto n. 5.3 del *Considerato in diritto*. A tal riguardo, viene anche richiamato un precedente della stessa Corte costituzionale che, con la sentenza 2 aprile 1980, n. 50, predicò la necessaria "mobilità della pena", da intendersi come esigenza che essa venga racchiusa tra un minimo e un massimo predeterminato, come deve ritenersi imposto dagli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost.

[60] Per completezza – considerando che, invece, il riferimento agli artt. 3 e 27 Cost. riguarda più da vicino il presente lavoro – si evidenzia che nell'ordinanza di remissione si dubita della legittimità della disciplina censurata anche rispetto agli artt. 4, 41 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in riferimento all'art. 8 della CEDU e all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione). Per quanto riguarda gli artt. 4 e 41 Cost., l'inflessibile rigore delle pene accessorie in esame – che si concretizzano nell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e nell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa – comprometterebbe il diritto al lavoro dell'interessato, come mancanza sia di una fonte di sostentamento sia di uno strumento per lo sviluppo della propria personalità. Ciò implicherebbe anche una drastica e non proporzionata compressione del diritto di iniziativa economica, tutelato dall'art. 41 Cost. Sul punto, cfr. Corte Cass., Sez. I pen., ordinanza 17 novembre 2017, n. 37, punto n. 5.4 del *Considerato in diritto*). Sul fronte convenzionale, la violazione consisterebbe nel contrasto con quelle norme della CEDU (e del suo Protocollo addizionale) che, anche in tal caso, tutelano le attività professionali e commerciali e gli interessi patrimoniali ad esse correlati.

27 Cost., dai quali si ricavano il principio di proporzionalità e della necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio. La Corte chiarisce nuovamente – appoggiandosi anche alle motivazioni della sentenza n. 236 del 2016 – che, sebbene la determinazione di tale trattamento sia riservata *ex* art. 25, comma 2, Cost. alla discrezionalità del legislatore, quest'ultima trova comunque un *limite* che consiste nell'esercizio manifestamente irragionevole di tale discrezionalità; esso, nella materia *de qua*, deve considerarsi superato in caso di pene in rapporto di manifesta sproporzione con la gravità del fatto previsto quale reato[61]. Proprio per questo, ordinariamente, si prevede che la pena debba essere individuata (dal giudice del caso concreto) all'interno di un minimo e un massimo edittale (fissato in astratto dal legislatore), proprio per consentire la comminazione di una sanzione adeguata rispetto alla gravità del fatto e opportunamente individualizzata rispetto alla situazione del condannato.

È alquanto evidente che simili risultati, imposti dalla Costituzione, possano essere raggiunti con notevole difficoltà in caso di trattamento sanzionatorio preventivamente stabilito in misura fissa, dal momento che esso cela *in re ipsa* l'impossibilità di un adeguamento alla gravità del fatto concreto. Una circostanza rilevata dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza 2 aprile 1980, n. 50 (richiamata anche dalla decisione in esame), in cui si rileva che, «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono […] in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale»[62].

Sulla base di queste premesse, la Corte considera fondata la questione sollevata dalla Cassazione, dal momento che la previsione delle sanzioni accessorie preventivamente e rigidamente fissate in misura di dieci anni dall'art. 216, comma 4, della legge fallimentare (richiamato a sua volta dall'art. 223, comma 3, della medesima legge) non può ritenersi ragionevolmente

[61] Cfr. Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, punto n. 7.1 del *Considerato in diritto*. Come anticipato, richiamando anche la sentenza n. 236 del 2016, la Corte evidenzia che la previsione di una pena manifestamente irragionevole implica «una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa».
[62] Corte cost., sentenza 2 aprile 1980, n. 50, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti che possono integrare i reati per cui tali sanzioni sono previste[63].

D'altronde, che l'epilogo fosse nel senso della fondatezza, poteva facilmente intuirsi alla luce del fatto che, come visto, da tempo nella giurisprudenza costituzionale erano emersi profili di illegittimità in merito a trattamenti sanzionatori determinati in misura fissa[64]. E infatti, ciò che colpisce di tale decisione non è più di tanto la dichiarazione di incostituzionalità in sé, ma il modo in cui la Corte vi è arrivata, trattandosi di una decisione che, in fin dei conti, rileva più per il *metodo* che per il *merito*.

Difatti, di fronte alla prospettata incostituzionalità, il Giudice delle leggi non ha davanti a sé una soluzione univoca per superarla, per adeguare (o meglio: manipolare) le previsioni legislative sindacate in conformità alla Costituzione: mancano le rime obbligate. E che ciò potesse rappresentare un limite all'intervento della Corte, non solo in generale, ma più in particolare nel caso di specie, era già emerso in maniera univoca in una precedente decisione della Corte, la sentenza 21 maggio 2012, n. 134.

Le origini di tale pronuncia risiedono nella *medesima questione* sulla legittimità delle pene accessorie in misura fissa in caso di reati di bancarotta fraudolenta e già in quella sede la Corte rilevò l'illegittimità della disciplina censurata. Tuttavia, l'esito del giudizio fu profondamente diverso: in quel caso, il giudice remittente – aderendo ad un orientamento minoritario diffuso all'interno della Corte di Cassazione – prospettava la possibilità di applicare

[63] Cfr. Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, punto n. 7.2 del *Considerato in diritto* che, in tale passaggio, richiama espressamente la citata sentenza n. 50 del 1980.

[64] Sul punto, si veda R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit., 2567 ss., che giustamente evidenzia come la Corte abbia avuto "gioco facile" nell'individuare il *vulnus* di costituzionalità (nella specie per violazione del principio di proporzionalità e necessaria individualizzazione della pena) per trattamenti sanzionatori determinati in misura fissa. Tuttavia, secondo l'Autore, la Corte avrebbe potuto cogliere – e non ha colto – la possibilità di sindacare tali previsioni non solo dal punto di vista oggettivo, ma anche *soggettivo* o comunque in un'ottica più personalistica, leggendo il principio di proporzione in connessione con il principio di rieducazione (art. 27, comma 3, Cost.). Egli evidenzia che, saldando la proporzione con le esigenze di risocializzazione, «le pene che hanno un *quantum* fisso entrano necessariamente in crisi, perché, anche là dove si dicesse che sul piano oggettivo la pena risulta proporzionata all'intera gamma dei comportamenti oggettivi tipizzati dal legislatore, è tuttavia indiscutibile che, sul piano personalistico e in concreto, la pena può esigere modulazioni differenti a seconda della personalità del soggetto e delle esigenze specialpreventive che essa esprime».

l'art. 37 c.p. (che prevede, in via generale, la disciplina sulla durata delle pene accessorie) anche alle sanzioni di cui all'art. 216, comma 4, della legge fallimentare e ciò avrebbe consentito di determinare la loro durata in misura eguale a quella della pena principale inflitta[65]. In quell'occasione, però, la Corte chiarì che la soluzione prospettata era solo «una tra quelle astrattamente ipotizzabili in caso di accoglimento», per cui l'addizione normativa che veniva richiesta esorbitava dai suoi poteri, implicando scelte riservate al legislatore[66].

Per questo, con la sentenza n. 134 del 2012, venne dichiarata l'inammissibilità della questione per discrezionalità legislativa, con l'adozione di una pronuncia di incostituzionalità evidentemente accertata ma non dichiarata all'interno della quale, come di consueto, venne inserito un monito stringente nei confronti del legislatore, auspicando un suo intervento per ripristinare la legalità costituzionale violata nella fattispecie *de qua*.

Con l'adozione della successiva sentenza n. 222 del 2018 verrebbe allora da chiedersi: cosa è cambiato nel frattempo? O meglio: cosa ha portato la Corte ad accogliere una questione pur avendo espressamente escluso di poterlo fare senza invadere la discrezionalità legislativa? Non a caso, sulle ragioni che hanno condotto alla dichiarazione di inammissibilità del 2012 si sono basate anche le eccezioni dell'Avvocatura dello Stato, che auspicava così di portare la Corte ad aderire nuovamente al proprio precedente orientamento.

Eppure, il Giudice delle leggi ha deciso di accogliere la questione, con una manipolazione delle disposizioni oggetto del proprio sindacato posta in essere pur nell'assenza di una (necessaria) soluzione costituzionalmente obbligata. E ciò è stato possibile – per riprendere gli interrogativi poc'anzi prospettati – perché la vigenza di misure sanzionatorie già considerate incostituzionali è stata ritenuta aggravata dalla mancata risposta del legislatore rispetto al precedente monito della Corte e, conseguentemente, non più tollerabile.

Trattasi di un'altra occasione in cui, a ben vedere, si è inverata quella fatale combinazione tra il peso dello scorrere del tempo e l'inerzia legislativa; una circostanza che ha condotto la Corte ad intervenire in supplenza di un legislatore

[65] Si veda *supra*, nota n. 58.
[66] Cfr. Corte cost., sentenza 21 maggio 2012, n. 134, punto n. 2 del *Considerato in diritto*.

assente, dando l'avvio ad un indirizzo che, pur in astratto criticabile, è in concreto giustificabile per assicurare la supremazia del principio di legalità costituzionale[67].

In particolare, per superare l'*impasse* generata dalla precedente dichiarazione di inammissibilità, nella motivazione della sentenza n. 222 del 2018 la Corte palesa la necessità di rimeditare i termini della questione, per due ordini di ragioni. Da un lato, per il peso del mancato intervento del legislatore a fronte del monito contenuto nella sentenza n. 134 del 2012 sulla necessità di riformare il sistema delle pene accessorie previsto dalla legge fallimentare, evidentemente rimasto inascoltato[68]. Dall'altro lato, perché la Corte ritiene di potersi inserire nel solco della sentenza n. 236 del 2016, con cui è stato dato avvio all'orientamento secondo il quale un trattamento sanzionatorio manifestamente e intrinsecamente irragionevole può essere direttamente *sostituito* con uno legittimo; purché ciò avvenga sulla base di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo», da intendersi quali diverse ma compatibili misure sanzionatorie idonee a superare l'irragionevolezza della pena censurata[69].

Ma la Corte non si ferma qui. Perché se, come visto nel paragrafo precedente, nella sentenza n. 236 del 2016 una soluzione obbligata era stata comunque individuata, pur con le evidenziate artificiosità, nella sentenza ora in esame la Corte sembra poter prescindere del tutto da tale fondamento. Così, con un'affermazione di forte impatto (che si ritiene opportuno riportare per esteso),

---

[67] Per riprendere le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 120 ss., formulate quando si manifestarono le prime forme di supplenza della Corte costituzionale nei confronti del Parlamento, questa supplenza «sta ad indicare uno scarto tra ciò che doveva essere e non è stato, uno scarto reso sopportabile da ciò, che un'istanza istituzionale si è fatta eccezionalmente carico delle inadempienze dell'altra, in modo teoricamente scorretto ma praticamente efficace e dunque spiegabile».

[68] Parte della dottrina ritiene correttamente che siano proprio il protrarsi dell'inerzia legislativa e il mancato ascolto di un precedente monito a segnare il fondamento per superare la necessaria sussistenza di una soluzione a "rime obbligate". Sul punto, si veda M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 648 ss., ove l'Autore evidenzia come, nella giurisprudenza più recente, vi sia un'attenuazione del "morso" delle rime obbligate soprattutto in caso di mancato o inidoneo seguito legislativo ad un precedente monito della Corte, il cui perpetrarsi "relativizza" il limite della discrezionalità del legislatore per l'intervento della Corte, che quindi diventa superabile nel caso in cui sia stato dato seguito all'invito ad esercitare tale discrezionalità in concreto.

[69] Cfr. Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, punto n. 8.1 del *Considerato in diritto* che, in tale passaggio, richiama espressamente la citata sentenza n. 236 del 2016.

il Giudice delle leggi chiarisce che, per superare l'incostituzionalità di un trattamento sanzionatorio intrinsecamente illegittimo, «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non "costituzionalmente obbligate" – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima». In questo modo, la Corte può «porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia»[70].

Ovviamente, viene fatta salva la possibilità per il legislatore di intervenire in un secondo momento, per esercitare la propria discrezionalità ed individuare una diversa soluzione sanzionatoria purché rispettosa dei principi costituzionali e – sembrerebbe doversi aggiungere – delle indicazioni presenti nella stessa pronuncia della Corte[71].

---

[70] Cfr. Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, punto n. 8.1 del *Considerato in diritto*. Parte della dottrina ha accolto con scetticismo lo scardinamento dalla necessaria sussistenza delle rime obbligate operato con la sentenza in esame. Fra tutti, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 264 ss., che individua la causa di detto scardinamento in un utilizzo ormai degenerato del principio di ragionevolezza, la cui assenza di limiti renderebbe il controllo di costituzionalità un giudizio sempre più *libero*. Della sentenza n. 222 del 2018 vengono criticati in particolare i «salti logico-argomentativi», funzionali essenzialmente a far ottenere alla Corte il risultato voluto, vale a dire la pena ritenuta proporzionata e personalizzata, benché «priva di un referente oggettivo e *omogeneo*» (*ivi*, 265). Ad avviso dell'Autore, questa nuova connotazione della ragionevolezza, che viene ridotta a «*proporzionalità a rime libere*», minerebbe in radice la legittimazione di una Corte costituzionale che sempre più si sostituisce al legislatore, stabilendo «il disvalore sociale di una condotta individuale» e prescrivendo «la relativa sanzione» (*ivi*, 268). Invece, altra parte della dottrina – segnatamente M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 664 s. – evidenzia come decisioni dalla portata manipolativa come quella in esame (ma ancora di più come la sentenza n. 40 del 2019, che si analizzerà *infra*, § 2.3), sebbene adottate in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, trovino una valida giustificazione nella necessità di superare un'inerzia legislativa colpevolmente prolungata, potenzialmente idonea a tenere in vita *sine die* omissioni incostituzionali.

[71] Un aspetto messo in luce anche nella *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, Roma, 21 marzo 2019, 17, reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, *www.cortecostituzionale.it*, ove il Presidente Lattanzi chiarisce che, nonostante con la decisione in esame lo spazio di azione della Corte risulti più ampio rispetto al passato, «la

Così, alla luce di tali argomentazioni, la Corte non solo accerta l'incostituzionalità delle sanzioni accessorie di cui all'art. 216, comma 4, della legge fallimentare, ma questa volta – a differenza di quanto avvenuto nel 2012 – la dichiara anche, a prescindere dalla sussistenza di una soluzione costituzionalmente obbligata.

Per di più in tal caso sembrerebbe anche mancare un *tertium comparationis* di immediato riferimento su cui parametrare il nuovo quadro sanzionatorio da adottare in sostituzione di quello illegittimo. Per la sua individuazione, la Corte cerca comunque di agire "per linee interne" – o quantomeno "più interne possibile" – e individua nella disciplina delle due disposizioni immediatamente successive rispetto a quella censurata, gli artt. 217 e 218 della legge fallimentare, il richiesto "punto di riferimento" per rimuovere il rigore dell'art. 216, ultimo comma[72]. Difatti, tali previsioni – che disciplinano rispettivamente la «Bancarotta semplice» e il «Ricorso abusivo al credito» – dispongono che la durata delle sanzioni accessorie ivi previste sia stabilita discrezionalmente dal giudice «*fino a*» un massimo determinato dalle disposizioni stesse.

Il Giudice delle leggi, allora, decide di mutuare tale formula e di applicarla anche per la bancarotta fraudolenta: adottando un dispositivo formalmente sostitutivo, rimuove l'originaria applicabilità delle sanzioni accessorie nella misura fissa di dieci anni e prevede, al suo posto, che esse possano essere determinate discrezionalmente dal giudice *fino a* un massimo di dieci anni. In questo modo, viene ripristinata la possibilità di adeguare e individualizzare la pena alla luce della gravità che caratterizza il fatto concreto.

discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso *a scegliere* una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito» (corsivi aggiunti).

[72] Cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 797 s., secondo cui «la circostanza che la scelta ricada su una delle soluzioni sanzionatorie già esistenti depotenzia – forse – il pericolo di conflitti con il legislatore, ma non fa venire meno la politicità dell'operazione manipolativa».

2.3. *Stupefacenti e anomalie sanzionatorie: la sentenza n. 40 del 2019 e il consolidamento delle "nuove tendenze" sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale*

Con la recente sentenza 23 gennaio 2019, n. 40, la Corte costituzionale sembrerebbe aver decretato il consolidamento definitivo del "nuovo" orientamento sulla sindacabilità della discrezionalità legislativa, quantomeno in ambito penale. A bene vedere, attraverso la breccia aperta con la possibilità di sindacare la manifesta irragionevolezza intrinseca di un trattamento sanzionatorio e il correlato abbandono del *tertium comparationis* (sentenza n. 236 del 2016), poi ampliata notevolmente ammettendo la possibilità di uno scardinamento tra interventi di natura manipolativa e sussistenza delle rime obbligate (sentenza n. 222 del 2018), il Giudice delle leggi è riuscito a farsi spazio nel terreno della discrezionalità legislativa come mai avvenuto prima.

Tuttavia, a parare di chi scrive, la sentenza ora in esame si caratterizza per un tentativo maggiormente scrupoloso di individuare una legittimazione di tale sconfinamento, con argomenti che non sono solo strettamente giuridici o comunque riferibili alla questione sindacata ma, se così si può dire, anche di natura istituzionale. Ne è emersa, in maniera nitida, l'esigenza di dover raggiungere zone d'ombra nel giudizio di costituzionalità che l'inerzia del legislatore ha impedito, per troppo tempo, di mettere in luce.

Come anticipato, la sentenza n. 40 del 2019 si inserisce, ancora una volta, nel filone giurisprudenziale sulla proporzionalità della pena. In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sanzione prevista dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 (Testo unico sugli stupefacenti), che puniva con la reclusione da otto a venti anni le condotte "non lievi" di coltivazione, fabbricazione, cessione, vendita, illecita detenzione, *etc*., aventi ad oggetto droghe pesanti. In particolare, la Corte ha ritenuto illegittima la pena minima prevista per tali reati (cioè quella di otto anni di reclusione) e, adottando un dispositivo di natura manipolativa, ha *sostituito* detta pena con quella di sei anni.

La questione è stata sollevata dalla Corte d'appello di Trieste, con ordinanza del 17 marzo 2017, n. 113[73]. Come primo motivo sulla non manifesta infondatezza, il giudice remittente mette in luce un profilo inevitabilmente non emerso nelle decisioni sopra analizzate che, difatti, rappresenta in un certo senso un *proprium* delle misure sanzionatorie in materia di stupefacenti. Ci si riferisce al fatto che il quadro edittale censurato è in realtà frutto di una precedente decisione della Corte costituzionale: la sentenza 12 febbraio 2014, n. 32.

Com'è noto, con tale pronuncia è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di quelle disposizioni del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 che, inserite in sede di conversione, tra le altre cose, modificavano il quadro sanzionatorio delle condotte di cui all'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, individuando come minimo edittale la pena di sei anni di reclusione. Tuttavia, con la citata sentenza n. 32 del 2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tali previsioni, non per ragioni di natura sostanziale ma perché, inserite con legge di conversione, sono state ritenute disomogenee e prive del necessario nesso funzionale con il decreto-legge[74]. Tale dichiarazione di illegittimità ha determinato una riespansione del precedente trattamento sanzionatorio, sebbene esso fosse più grave rispetto a quello dichiarato incostituzionale: alla luce di tale sentenza, infatti, i reati concernenti fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti sono tornati ad essere puniti con la reclusione da otto a venti anni, con un evidente innalzamento del minimo edittale da sei ad otto anni[75].

---

[73] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 6 settembre 2017, n. 36 – 1ª Serie speciale. Sull'ordinanza di remissione della Corte d'appello di Trieste, si veda il commento di R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, cit., 139 ss.

[74] Per un approfondimento sulla sentenza n. 32 del 2014 e, più in generale, sulla decretazione d'urgenza nella giurisprudenza costituzionale, si rinvia ai numerosi contributi presenti nel *Focus Fonti del diritto*, n. 1/2014, in *federalismi.it*. Più recentemente, per alcune considerazioni sul tema della sindacabilità dei vizi del decreto-legge da parte della Corte costituzionale, si veda M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione"). Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica, Roma, 16 ottobre 2018*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, 173 ss.

[75] La sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale ha inevitabilmente comportato dei parziali effetti *in malam partem* nella legislazione penale in materia di stupefacenti, consistenti per l'appunto nel summenzionato innalzamento del trattamento sanzionatorio per i reati di cui all'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990. Tale intervento ha conseguentemente implicato degli evidenti problemi di ordine intertemporale, sulla validità nel tempo delle disposizioni

Ebbene, con la propria ordinanza di remissione la Corte d'appello di Trieste ha prospettato che, a causa della decisione poc'anzi analizzata, vi sia stata una violazione del principio della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost., dal momento che gli interventi in materia penale implicanti nuove incriminazioni o – come nel caso in esame – un inasprimento del trattamento sanzionatorio possono essere legittimamente compiuti solo ad opera del legislatore[76].

Tuttavia, anticipando parzialmente il contenuto della sentenza n. 40 del 2019, si rileva che la Corte costituzionale ha poi dichiarato tale motivo inammissibile. Non solo perché, sotto tale profilo, la questione prospetterebbe un improprio tentativo di impugnare la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, ma anche perché l'inasprimento sanzionatorio conseguente a tale decisione deve ritenersi comunque pienamente legittimo: esso non si è concretizzato nell'introduzione di nuove norme incriminatrici o di sfavore, né in una manipolazione di norme esistenti, ma nella mera ablazione di disposizioni ritenute incostituzionali, un intervento pienamente in linea con le prerogative costituzionali del Giudice delle leggi.

Per quanto attiene più propriamente il contenuto del trattamento sanzionatorio, il giudice *a quo* rileva, con il secondo motivo, un *difetto di ragionevolezza* nel quadro edittale previsto dall'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, che emerge ove esso si raffronti con quello previsto per le condotte caratterizzate da "lieve entità" (art. 75, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990), che sono punite con la reclusione da sei mesi a quattro anni, e con quello previsto nel caso in cui i reati abbiano ad oggetto "droghe leggere" (art. 75, comma 4, del d.P.R. n. 309 del 1990), oggi punibile con la reclusione da due a sei anni. In particolare, l'evidente irragionevolezza consisterebbe nel cospicuo divario tra il *massimo* edittale per le condotte di lieve entità (quattro anni di reclusione) e il

dichiarate incostituzionali e su quelle che hanno ritrovato nuovamente vigenza, ambiti notoriamente governati dal principio del *favor rei*. Sul punto, per quanto riguarda le ripercussioni della sentenza n. 32 del 2014, si veda, fra tutti, A. DELLA BELLA – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 T.U. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014.

[76] Cfr. Corte d'appello di Trieste, ordinanza 17 marzo 2017, n. 113, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

minimo edittale previsto in casi "non lievi" (otto anni di reclusione), di cui – per l'appunto – si dubita della legittimità. Questo perché all'interno di tale forbice sarebbero difficilmente collocabili fattispecie concrete al confine tra la lieve e la non lieve entità. Difatti, come osserva il giudice remittente, «mentre la linea di demarcazione "naturalistica" fra fattispecie "ordinaria" e "lieve" è talvolta non netta […], il "confine sanzionatorio" dell'una e dell'altra incriminazione è invece estremamente – ed irragionevolmente – distante»[77]. Una distanza che difficilmente consentirebbe di comminare una pena appropriata all'effettivo disvalore della condotta.

Il riflesso di tale irragionevole distacco è la violazione dei principi di proporzionalità e colpevolezza e la compromissione della necessaria finalizzazione rieducativa della pena[78], che si ricavano dal disposto degli artt. 3 e 27 Cost. e che rappresentano il fondamento del terzo e ultimo motivo di incostituzionalità. In tali passaggi, emerge un'evidente consapevolezza del giudice *a quo* sul nuovo approccio con cui la Corte costituzionale svolge il proprio giudizio in merito a trattamenti sanzionatori irragionevoli; consapevolezza che si concretizza in un frequente richiamo alla sentenza n. 236 del 2016 e in quanto con essa statuito.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte d'appello di Triste conclude "suggerendo" alla Corte costituzionale la strada migliore per superare l'incostituzionalità[79]: per evitare sconfinamenti nell'ambito delle prerogative

---

[77] Corte d'appello di Trieste, ordinanza 17 marzo 2017, n. 113, punto n. 2 del *Considerato in diritto*. Tra l'altro, come evidenzia la Corte d'appello, questo nella prassi induce spesso i giudici a «forzature interpretative», in cui si amplia l'ambito applicativo delle ipotesi di lieve entità per rimediare al dislivello edittale fra le due fattispecie.

[78] È sulla violazione del finalismo rieducativo della pena *ex* art. 27, comma 3, Cost. che il giudice *a quo* pone particolarmente l'accento nel prospettare l'incostituzionalità del quadro sanzionatorio di cui dall'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990. Questo perché la manifesta sproporzione tra sanzione e offesa che inevitabilmente discende dall'ampio divario tra la pena prevista per i casi di lieve e non lieve entità implica «una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta […], del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa (in tal senso Corte cost. n. 236/2016), vieppiù quando, in materia di stupefacenti, il fatto si collochi al confine con la fattispecie di lieve entità punita in modo sensibilmente inferiore» (Corte d'appello di Trieste, ordinanza 17 marzo 2017, n. 113, punto n. 3 del *Considerato in diritto*).

[79] Si tratta di un sintomo del sempre maggiore coinvolgimento del giudice *a quo* nella soluzione dell'incidente di costituzionalità che si esprime nella necessità di indicare, nell'ordinanza di remissione, il "verso" dell'intervento additivo della Corte per evitare una dichiarazione di inammissibilità. Su questo specifico punto, si veda *infra*, nota n. 81.

parlamentari, sostituendo le proprie valutazioni a quelle del legislatore, il giudice costituzionale *potrebbe* ricondurre a coerenza le scelte sanzionatorie "attingendo" dalla stessa legislazione penale in materia di stupefacenti; il che porterebbe – ad avviso del remittente – a dover prediligere un abbassamento del minimo edittale per il reato di cui all'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 da otto anni a sei anni di reclusione, come originariamente previsto dallo stesso legislatore nel 2006[80].

Ebbene, con la sentenza n. 40 del 2019 la Corte costituzionale ha deciso di far propria l'indicazione del giudice *a quo* e di accogliere la questione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990.

In primo luogo, la Corte affronta un punto che si rivelerà centrale nella decisione in esame e che – a parere di chi scrive – può considerarsi la vera forza propulsiva che si cela a fondamento del mutamento in atto nella giurisprudenza costituzionale sulla discrezionalità del legislatore: quello dello scorrere del tempo nel perdurare dell'inerzia legislativa. Un'inerzia che risulta ancor più colpevole quando l'intervento del legislatore è stato già sollecitato da un monito dello stesso Giudice delle leggi per "correggere", in senso conforme a Costituzione, una disciplina già ritenuta incostituzionale ma non dichiarata tale per mancanza di una rima obbligata.

A ben vedere, infatti, la sentenza n. 40 del 2019 si pone in stretta correlazione con una decisione precedente, vale a dire la sentenza 7 giugno 2017, n. 179, sollevata sulla medesima questione[81]. Già in quella sede, la Corte rilevò come la

[80] Il riferimento è alla legge 21 febbraio 2006, n. 49 che si occupò di convertire – con modificazioni – il citato decreto-legge n. 272 del 2005 introducendo, come minimo edittale per i reati *de qua*, la pena di sei anni di reclusione. Tuttavia, come visto, tali previsioni in materia di stupefacenti vennero poi dichiarate incostituzionali con la sentenza n. 32 del 2014.

[81] A commento della sentenza n. 179 del 2017 si veda C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe "pesanti" ma invia un severo monito al legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, n. 11/2017, 231 ss.

Deve rilevarsi che la questione è stata oggetto anche di ulteriori decisioni della Corte costituzionale, anch'esse conclusesi – come la sentenza n. 179 del 2017 – con una dichiarazione di inammissibilità. Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze 13 gennaio 2016, n. 23 e 1° giugno 2016, n. 148. In entrambe, pur emergendo embrionalmente l'illegittimità costituzionale della differenza edittale tra condotte di lieve e non lieve entità aventi ad oggetto sostanze stupefacenti, l'accoglimento da parte del Giudice delle leggi sembrava essere impedito, non tanto dalla mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata di per sé, quanto dal fatto che il giudice *a quo* non si era premurato di individuare ed indicare, nell'ordinanza di remissione, quale potesse

profonda frattura venutasi a creare tra il minimo edittale delle condotte criminose di cui al comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e il massimo edittale di quelle di cui al comma 5 del medesimo articolo fosse in contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità garantiti dagli artt. 3 e 27 Cost. Tuttavia, si rilevava altresì come tale divaricazione fosse inevitabilmente superabile con plurime opzioni legislative (tutte costituzionalmente legittime)[82], la cui sussistenza tradizionalmente impedisce alla Corte di sostituirsi al legislatore, a cui compete effettuare le valutazioni di politica criminale sulla congruenza fra i reati e le pene. Mancava, in altri termini, una soluzione costituzionalmente obbligata. Non è mancato, invece, come di consueto, il pressante monito nei confronti del legislatore, nell'auspicio di un suo rapido intervento per soddisfare il violato principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

Dalla lettura della sentenza n. 179 del 2107, tuttavia, emerge chiaramente come si tratti di un monito decisamente più stringente di quelli che di consueto si trovano nelle pronunce della Corte, volto ad evidenziare un'evidente intollerabilità di ulteriore inerzia legislativa oltre che a palesare la minaccia di una futura dichiarazione di incostituzionalità[83]. Difatti, nella parte motiva di tale

essere tale soluzione costituzionalmente obbligata per superare la prospettata incostituzionalità. Si legge ad esempio nella sentenza n. 148 del 2016 che «solo l'indicazione di un *tertium comparationis*, infatti, legittima l'intervento della Corte in materia di determinazione della pena ed esclusivamente in presenza di discipline manifestamente arbitrarie o irragionevoli». A tal riguardo, possono riprendersi le considerazioni di F. MODUGNO – P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, 519 ss. che già manifestavano alcune perplessità sulla tendenza di dichiarare inammissibili questioni che originano da ordinanze di remissione prive dell'indicazione della soluzione costituzionalmente obbligata per consentire l'intervento manipolativo della Corte. Anzitutto perché, in questo modo, «il *contenuto necessario dell'ordinanza di remissione* viene ad arricchirsi di un nuovo *ulteriore elemento*, rispetto a quelli *positivamente richiesti* dall'art. 23 l. n. 87 del 1953». In secondo luogo, richiedere al giudice *a quo* di indicare il "verso" dell'addizione vuol dire esorbitare da quelli che sono gli scopi dell'ordinanza di remissione: essa, infatti, serve «a fornire alla Corte la "materia" su cui esercitare il proprio sindacato, ma *non* anche *a presentare* ad essa *la soluzione del caso* di legittimità costituzionale proposto». Ragionando diversamente, si finirebbe «per operare un'indebita traslazione di ambiti e di funzioni tra giudizio *a quo* e giudizio costituzionale», dando vita ad un vero e proprio «snaturamento funzionale» dell'ordinanza di remissione.

[82] Cfr. Corte cost., sentenza 7 giugno 2017, n. 179; punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

[83] Trattasi del meccanismo tipo delle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, ove la Corte riconosce l'illegittimità della legge ma, «*transitoriamente*», decide di non dichiararla proprio nell'auspicio di un intervento del legislatore. Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 310 s. Come emerge dalle considerazioni dell'Autore, l'ammonimento di un futuro accoglimento caratterizza necessariamente questa tipologia di decisioni, dal momento che il riconoscimento

pronuncia, il Giudice delle leggi ribadisce in primo luogo che, essendo le valutazioni sulla dosimetria delle pene proprie della discrezionalità del legislatore, è necessario prioritariamente richiamare quest'ultimo alla propria responsabilità affinché, in caso di mancanza di una soluzione obbligata, si prediliga la via legislativa per superare l'incostituzionalità, nell'ottica di un esercizio rispettoso delle reciproche competenze istituzionali. Tuttavia, nella sentenza si legge altresì che, «in mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe però successivamente *obbligata* a intervenire, non mai *in malam partem*, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza»[84].

La Corte conclude poi – per quanto riguarda le situazioni soggettive che in concreto possono essere lese del *vulnus* costituzionale riscontrato – affermando che «tenuto conto dell'elevato numero di giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti, non può non formularsi un pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio»[85].

Ebbene, è stato proprio il mancato ascolto di tale monito, protrattosi troppo a lungo nel tempo, ad aver reso *non più tollerabile* la sussistenza nell'ordinamento di una pena già ritenuta incostituzionale, consentendo di superare il vincolo del necessario rispetto della discrezionalità legislativa[86].

---

dell'incostituzionalità «si accompagna alla riserva che, alla successiva occasione, la Corte non potrebbe non trarre le conseguenze del precedente riconoscimento, questa volta dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge». Esse celano, quindi, una sorta di meccanismo di «doppia pronuncia» nei confronti del legislatore. E questo proprio perché tali decisioni non si limitano ad adottare un monito nei suoi confronti ma riconoscono l'incostituzionalità della disciplina sindacata, rinviando nel tempo la relativa dichiarazione. Una caratteristica che induce l'Autore a definire pronunce di questo tipo come decisioni «*di transizione*».

[84] Corte cost., sentenza 7 giugno 2017, n. 179; punto n. 4.6 del *Considerato in diritto*; corsivo aggiunto. Sul punto, a commento della successiva sentenza n. 40 del 2019, si veda R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, II, 967 ss. L'Autore evidenzia proprio come il problema di accertare ma non (poter) dichiarare l'incostituzionalità – come avvenuto nella decisione del 2017 – determini un duplice *vulnus*: anzitutto vi è quello specifico e puntuale alla Costituzione, ulteriormente aggravato dalla permanenza della norma illegittima e dalla conseguente *protrazione* della violazione delle disposizioni costituzionali; in secondo luogo, si determina un *vulnus* "di sistema", «consistente nella mancanza di potere da parte della Corte di dichiarare incostituzionali norme che risultano illegittime, determinandosi così i presupposti per una deriva strutturale del nostro ordinamento».

[85] Corte cost., sentenza 7 giugno 2017, n. 179; punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

[86] Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 652 ss., che vede nella sentenza n. 40 del 2019 il "consolidamento" del nuovo orientamento giurisprudenziale, inaugurato con la sentenza n. 222 del 2018, alla luce del

Così, tornata nuovamente sulla questione, a distanza di circa due anni, con la sentenza n. 40 del 2019, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni *anziché* di sei anni.

Nel dichiarare l'incostituzionalità, la Corte ha ripercorso le considerazioni ormai consolidate nella propria giurisprudenza più recente, individuando il fondamento dell'accoglimento in una "violazione congiunta" degli artt. 3 e 27 Cost. Difatti, il minimo edittale originariamente previsto dalla disposizione censurata risultava manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità delle condotte astrattamente contemplate dalla norma incriminatrice, soprattutto se raffrontata al massimo edittale del reato che punisce le medesime condotte nei casi di "lieve entità" (art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 che, come anticipato, prevede la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni). Una divaricazione talmente ampia da contrastare con il principio di proporzionalità della pena e con la sua funzione rieducativa che gli artt. 3 e 27 Cost. pretendono e impongono di perseguire.

Tuttavia, nell'accogliere la questione, la Corte ha deciso di superare *espressamente*, ancora una volta, il vincolo delle "rime obbligate" e della necessaria sussistenza di un'unica soluzione compatibile con la Costituzione ai fini dell'accoglimento manipolativo, adottando una sentenza sostitutiva, con cui un certo quantitativo di pena (otto anni) è stato sostituito con un altro (sei anni), puntualmente e autonomamente individuato dalla Corte. Per determinare la nuova "cifra" da attribuire al minimo edittale, in sostituzione di quella illegittima, il Giudice delle leggi decide di fare propria l'indicazione proveniente dal remittente e, dopo una rigorosa opera di ricostruzione dei trattamenti sanzionatori in materia di stupefacenti (alla luce sia di quanto previsto per le fattispecie affini sia dell'evoluzione normativa), individua in sei anni di reclusione la nuova misura "più conforme" a Costituzione.

Ancora una volta, quindi, la Corte decide di agire per "linee interne", ricavando dallo stesso Testo unico in materia di stupefacenti una soluzione che,

quale è proprio il mancato ascolto di un precedente monito della Corte a rappresentare la causa di una *attenuazione* del limite della discrezionalità legislativa. Sul punto si tornerà più approfonditamente *infra*, § 3.

benché non *obbligata*, deve ritenersi comunque *costituzionalmente adeguata*. Ma che – proprio in quanto non obbligata – resta potenzialmente soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore.

A ben vedere, anche la sentenza n. 40 del 2019 si inserisce in quel filone inaugurato con la sentenza n. 236 del 2016, con cui la Corte ha iniziato a dichiarare l'incostituzionalità di un trattamento sanzionatorio perché ritenuto irragionevole di per sé, a prescindere dalla sussistenza di un elemento di raffronto su cui parametrare l'incostituzionalità. Ma la peculiarità della sentenza n. 40 del 2019 risiede nella forza delle argomentazioni e nelle ragioni che hanno giustificato la possibilità di superare il fondamento della necessaria sussistenza di una soluzione costituzionalmente obbligata per procedere con un intervento di stampo manipolativo. Da cui si evince – come emerge dalla lettura della parte motiva della sentenza in esame – un evidente consolidamento del nuovo orientamento giurisprudenziale avviato con le sentenze analizzate nei precedenti paragrafi.

3. *Rivoluzioni di metrica: verso un possibile superamento delle rime "obbligate", in favore delle più flessibili rime "adeguate"*

Le motivazioni della sentenza n. 40 del 2019 possono essere prese come fondamento per fare alcune considerazioni su quale sia, allo stato, il ruolo che il limite della discrezionalità legislativa riveste nella giurisprudenza costituzionale.

All'interno di tale decisione, viene evidenziato in maniera nitida come il protrarsi dell'inerzia legislativa abbia reso non ulteriormente differibile l'accoglimento della questione. A ben vedere, quindi, è stato proprio lo scorrere del tempo l'elemento determinante ai fini del superamento delle rime obbligate e della conseguente dichiarazione di incostituzionalità.

Senza dubbio – ed è cosa nota – la combinazione tra tempo e inerzia legislativa può avere un effetto decisivo ai fini, non solo della *dichiarazione*, ma

anche della *determinazione* dell'incostituzionalità. Difatti, come visto più approfonditamente nel precedente capitolo, la validità della legge rispetto alla Costituzione, lungi dal consistere in un dato immutabile, può esprimersi con diversa *gradualità* nel corso del tempo. Ciò si potrebbe prospettare quando la Corte, intervenuta in prima battuta con un monito nei confronti del legislatore, tornata nuovamente sulla questione, decida invece di accoglierla. In questo caso, l'incostituzionalità «*sopravviene* (può sopravvenire) a seguito di ulteriore inerzia legislativa», proprio perché non necessariamente era «originaria»[87]. L'inciso tra parentesi, opportunamente riportato da Modugno, sta proprio ad indicare che, nella decisione monitoria, la disciplina censurata *non è incostituzionale*, ma potrebbe al più diventarlo in futuro – ma non necessariamente – nel caso in cui il legislatore non intervenga.

La questione è profondamente diversa nel caso dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata[88], a cui devono ascriversi – per riportare un esempio che rimanga nell'ambito della giurisprudenza più recente e delle decisioni analizzate nei precedenti paragrafi – la sentenza n. 134 del 2012 rispetto alla sentenza n. 222 del 2018 e la sentenza n. 179 del 2017 rispetto alla sentenza n. 40 del 2019.

Esse possono collocarsi in una situazione di *tollerabile incostituzionalità*, resa possibile proprio riconoscendo la natura *graduale* dell'illegittimità costituzionale[89], poc'anzi considerata. Decisioni di questo tipo, infatti,

---

[87] Così F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 159. Sul punto, cfr. ID, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1653, ove l'Autore evidenzia che la funzione del monito – come si vedrà ben diversa da quella che giustifica una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata – è proprio quella di avvertire il legislatore che, allo stato, la disciplina *non è ritenuta incostituzionale*, ma potrebbe diventarla in futuro se al monito non viene dato seguito. Quindi, come puntualizza ulteriormente l'Autore, «potrebbe diventarla, ma, ancora una volta, non necessariamente».

[88] Come evidenziato, tra gli altri, da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 310 s.; F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, cit., 1645 ss., spec. 1653; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 257 s.; R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1990 s.; ID., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia* pro futuro *delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 788 ss., spec. 813 ss.

[89] Su cui ci si è soffermati più approfonditamente *supra*, cap. II, § 4.2. Sul punto, si consideri anche Cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui tali decisioni rappresentano «uno stadio intermedio tra il rigetto e l'accoglimento della questione». Esse, infatti, allo stesso tempo, «contengono un duplice esplicito riconoscimento: *a*) dell'incostituzionalità della legge, in quanto

rappresentano senza dubbio *meno* di un accoglimento, ma anche *più* di un monito, se si considera che la previsione legislativa sindacata è già considerata incostituzionale: altrimenti l'incostituzionalità come avrebbe potuto essere anche solo "accertata"?

La scelta della Corte per la non-dichiarazione (che rappresenta, per l'appunto, un riflesso della *tollerabilità* della disciplina incostituzionale) deriva, su un piano istituzionale, dall'intenzione di agire con spirito collaborativo con il legislatore, nel rispetto della sua discrezionalità e delle rispettive prerogative costituzionali. Su un piano più strettamente giuridico, essa rappresenta l'esito di quell'alternativa impraticabile in cui, da una parte, la Corte non può limitarsi all'accoglimento, giacché una mera eliminazione della disposizione censurata implicherebbe una situazione di maggiore incostituzionalità, rischiando di pregiudicare irreparabilmente il valore della continuità dell'ordinamento; dall'altra parte, l'incostituzionalità non potrebbe essere superata con un intervento manipolativo, perché la Corte si ritroverebbe a sovrapporsi alle valutazioni discrezionali del legislatore, stante l'assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata.

Per tali ragioni, allora, la Corte decide di dare all'intervento del legislatore "la precedenza" sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale, per consentirgli così di esercitare in concreto la sua discrezionalità[90].

Non può che trattarsi, però, di una scelta temporanea, non potendo la Corte abdicare in perpetuo alla funzione di garantire la preminenza del principio di legalità costituzionale, dal momento che – come messo in luce da autorevole

disciplina stabile di determinati rapporti; *b*) della compatibilità della legge con la costituzione, in quanto disciplina solo temporanea». Sul punto, si veda anche F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 149-152, che evidenzia come non possa ritenersi che l'incostituzionalità sia idonea a colpire solo la disformità totale o radicale della legge rispetto alla Costituzione. Al contrario, l'incostituzionalità deve intendersi come «estrema *ratio*», cioè come «*esito estremo di un processo riflessivo*». Intesa in questo senso, ben possono prospettarsi «ipotesi di parziale conformità e parziale disformità, di conformità a determinate condizioni, ma non di conformità a condizioni diverse, di insufficiente conformità, o di non conformità tollerabile, e via seguitando» (*ivi*, 151).

[90] Già G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 310 evidenziava come, in via generale, sia la rigidità della Costituzione a dover prevalere, «ma ciò potrebbe non escludere che, in un primo momento, la Corte possa *riconoscere l'incostituzionalità della legge "in quanto" disciplina stabile di una certa materia ma, transitoriamente, non dichiararla in attesa di una sua auspicata modificazione*».

dottrina – le pronunce in esame sono prossime alla «denegata giustizia»[91]. Difatti, il vicolo cieco in cui si trova il Giudice delle leggi, ove non risulta percorribile la strada dell'annullamento secco né quella della manipolazione, conduce «a un grave sovvertimento dei valori costituzionali, a una iperprotezione non della discrezionalità del legislatore ma della sua inerzia, a un'abdicazione della stessa funzione della Corte costituzionale come giudice delle leggi»[92].

Quindi, a ben vedere, l'inerzia legislativa (o meglio: il suo protrarsi) svolge un ruolo decisivo al fine, non della determinazione dell'incostituzionalità (che è stata già rilevata), ma dell'accoglimento della questione[93]. Un accoglimento che diviene inevitabile anche a fronte di situazioni potenzialmente coperte dal limite della discrezionalità del legislatore. Perché delle due l'una: o il legislatore, con la sua inattività, mostra di voler mantenere la legge (incostituzionale) come regola stabile[94], oppure non ha avuto la prontezza o la forza politica di esercitare tempestivamente tale discrezionalità in concreto, come richiesto nella pronuncia dalla Corte[95].

---

[91] *Ivi*, 305.

[92] *Ibidem*. Tuttavia, in quella sede, l'Autore vedeva la soluzione per tale *impasse* nella secca dichiarazione di incostituzionalità, la cui adozione sarebbe stata necessaria per distinguere opportunamente i ruoli spettanti alla Corte costituzionale e al legislatore. Secondo l'Autore, infatti, il timore di invadere l'ambito della discrezionalità legislativa dovrebbe portare all'inammissibilità per la Corte di sostituirsi al legislatore con la produzione legislativa di una nuova norma al posto di quella illegittima, ma non a rinunciare all'annullamento della legge illegittima. «La Corte dovrebbe quindi accogliere la questione per quel che la riguarda (con una pronuncia di puro e semplice annullamento) e rifiutare ciò che non la riguarda, rimettendo il problema propriamente legislativo all'organo competente». Per cui: «a ciascuno il suo» (*ivi*, 306).

[93] Un riflesso della natura *graduale* dell'incostituzionalità consiste proprio nella possibilità di scindere il momento del suo accertamento da quello della sua dichiarazione. Difatti, come evidenzia ancora F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 150-152, anche per quanto riguarda il *riconoscimento* (dichiarazione) si è davanti ad un *processo* che, proprio in quanto graduato, può subire degli "arresti" per rendere promuovere o consentire un intervento volto a ripristinare la legalità costituzionale violata. E dal momento che questo è un compito che compete naturalmente e istituzionalmente in primo luogo al legislatore, la Corte costituzionale ben «potrà graduare il riconoscimento dell'incostituzionalità *rinviando la dichiarazione* nella sua forma compiuta dell'annullamento».

[94] Come prospetta G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 311.

[95] Sul punto, si veda F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, cit., 1650 ss., spec. 1651, le cui considerazioni, senza dubbio alquanto risalenti rispetto al periodo preso in esame, mantengono ad oggi tutta la loro attualità. In particolare, l'Autore già metteva in luce come il timore della Corte di non produrre vuoti nell'ordinamento fosse acuito dall'effettiva inerzia del legislatore, il quale – ed è questo il punto – «il più delle volte, ha non soltanto tollerato, ma anche favorito l'opera di "supplenza" della Corte. Il dato di fatto concreto è, dunque, quello di una sostanziale adesione del legislatore all'opera della Corte».

Ecco, allora, che il mancato intervento del legislatore nel tempo, a fronte di un'incostituzionalità già rilevata, può rendere non più tollerabile la vigenza della disciplina illegittima nell'ordinamento. Così, sollevata nuovamente la medesima questione, la disciplina censurata potrebbe aver raggiunto un "grado" di incostituzionalità tale da *non essere più tollerabile*. Il nuovo bilanciamento operato dal Giudice delle leggi porterà allora ad esiti opposti rispetto a quello precedente: la discrezionalità legislativa non potrà più prevalere su una dichiarazione di incostituzionalità rinviata troppo a lungo e l'unica via percorribile sarà quella dell'accoglimento, dell'«estrema *ratio*»[96].

In un certo senso, questo epilogo potrebbe quasi definirsi "obbligato", poiché, se effettivamente il legislatore continuasse a non intervenire, il Giudice delle leggi non potrebbe cedere nuovamente alla pressione della lacuna: «in tal caso, oltre a screditarsi, la Corte costituzionale non migliorerebbe la situazione attuale, con in più il grave inconveniente che leggi, espressamente ritenute non conformi alla Costituzione, non verrebbero perciò cancellate»[97].

Rimane, però, come è evidente, il limite delle rime obbligate. O meglio: rimane la pluralità di alternative normative conformi a Costituzione idonee a superare l'illegittimità costituzionale. Ed è per questa ragione che la Corte costituzionale, in principio, ha iniziato ad utilizzare l'*additiva di principio*, la tecnica più congeniale per superare l'infungibilità di un intervento legislativo.

Tale situazione genera inevitabilmente una «responsabilità storica» del legislatore che coinvolge, però, anche i giudici. Tuttavia, è senz'altro al primo che spetta dare attuazione ai principi e ai programmi consacrati in Costituzione, a cui deve aggiungersi la considerazione secondo cui il potere giudiziario, come è evidente, non è nelle condizioni di poterli garantire da solo. Ed è per questo che «la maggiore responsabilità delle accresciute funzioni della Corte ricade indubbiamente sul legislatore». Una valutazione che, a ben vedere, come anticipato, trova fondamento ancora oggi.

[96] Così F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 151.

[97] Così G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 310. Sul punto si veda R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 111-113, spec. nota n. 13. L'Autore si riferisce, in particolare, a quelle pronunce definite di "rigetto con accertamento di incostituzionalità", vale dire quelle che si concludono nel senso dell'infondatezza. A ben vedere, tale tipologia di pronunce è da tenere ben distinta rispetto a quelle ipotesi di incostituzionalità accertata ma non dichiarata che, invece, si concludono con una dichiarazione di inammissibilità, motivata dall'esigenza di preservare la discrezionalità del legislatore. Tuttavia, secondo l'Autore, il loro superamento da parte di una seconda pronuncia implicherebbe comunque una certa incongruità con quanto affermato nella prima. In particolare, l'utilizzo di una (successiva) dichiarazione di incostituzionalità con effetti *ex tunc*, travolgendo tutti i rapporti non ancora consolidati, «si porrebbe in evidente *contrasto teleologico* con quell'esigenza di "continuità" dell'ordinamento normativo che aveva viceversa motivato l'adozione di una precedente decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"».

Difatti, tale tipologia decisoria è stata elaborata proprio per fronteggiare i casi in cui un illegittimo vuoto di disciplina può essere colmato in più e diversi modi per essere compatibile con la Costituzione, nell'ottica di una maggiore collaborazione con il legislatore. Con essa, infatti, la Corte può rimuovere autonomamente e definitivamente l'incostituzionalità[98] e, allo stesso tempo, salvaguardare la discrezionalità legislativa, limitandosi ad orientare l'ordinamento immettendovi un principio generale[99].

A ben vedere, quindi, quantomeno fino alla stagione più recente della giurisprudenza costituzionale, il limite delle rime obbligate ha continuato ad essere rispettato. Da un lato, perché rappresentava ancora il necessario fondamento per l'utilizzo di sentenze manipolative "pure", di addizione o sostituzione "di regola". Dall'altro lato, perché, per decidere questioni che prospettassero plurime soluzioni normative per superare l'incostituzionalità, la Corte tendeva ad utilizzare additive di principio che – come più volte sottolineato – non implicano la scelta di una delle soluzioni possibili e quindi non determinano un'invasione inammissibile della discrezionalità legislativa; di cui, anzi, è richiesto un esercizio in concreto per il passaggio dal principio alla regola.

Tuttavia, allo stato attuale, entrambi i fondamenti risultano profondamente in crisi.

Sul fronte delle additive di principio, come si è già avuto modo di rilevare, l'inerzia del legislatore *anche* nella successiva e necessaria fase di legiferazione in concreto – che necessariamente deve seguire una pronuncia di tale tipologia – sta determinando un evidente insuccesso di tale tecnica decisoria[100].

Sul fronte del limite delle rime obbligate in sé considerato, le recenti decisioni sulla proporzionalità della pena, sopra analizzate, denotano un

---

[98] Cfr. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3211.
[99] Cfr. G.M. SALERNO, *Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria*, in *Giur. it.*, 1989, I, 771 ss., spec. 776-778 che, tra i primi, mise in luce la peculiarità del meccanismo che caratterizza le additive di principio, soprattutto sul fronte degli ampi margini di operatività che esse conferiscono al legislatore. Non a caso, l'Autore definisce le pronunce in esame come «manipolative di rinvio» (al legislatore), dal momento che, con il loro utilizzo, è a quest'ultimo che compete l'esercizio in concreto della propria discrezionalità, tramite la determinazione del «contenuto della mutata disposizione in modo organico e coerente con il complessivo ordinamento normativo».
[100] Sull'inerzia del legislatore quale causa dell'insuccesso delle sentenze additive di principio, si veda più approfonditamente *supra*, cap. II, § 5.

superamento ormai evidente della necessaria sussistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata per adottare sentenze manipolative. Di fronte al bivio tra creazione della lacuna normativa (con l'accoglimento semplice) e rispetto della discrezionalità legislativa (con una dichiarazione di inammissibilità), la Corte si apre a forza una terza via: a prescindere dalla mancanza delle rime obbligate, l'accoglimento non avviene più tramite un'additiva di principio ma – ed è questo il punto – integrando il tessuto normativo con una regola puntuale, quindi con una manipolativa classica[101].

La differenza è fondamentale, dal momento che, con tali decisioni, il Giudice delle leggi introduce autonomamente una regola puntuale che, inevitabilmente, rappresenta la scelta di una di quelle opzioni normative che avrebbe dovuto discrezionalmente individuare il legislatore.

Si realizza, così, una delle forme più compiute di *supplenza* da parte della Corte costituzionale[102]. Essa, tuttavia, rappresenta l'epilogo preannunciato di un'incostituzionalità già riscontrata in precedenza e trova fondamento nella necessità di rimuovere dall'ordinamento una norma che l'infruttuosa attesa del legislatore ha reso *gradualmente* più incostituzionale, fino ad un punto di non-tollerabilità.

Tali valutazioni emergono con chiarezza anche dalle stesse motivazioni che giustificano l'accoglimento "definitivo", ove la Corte supera espressamente quanto affermato nelle proprie precedenti pronunce d'inammissibilità[103]. Basti

[101] Deve rilevarsi che, in ogni caso, le recenti sentenze della Corte costituzionale sulla mancanza di proporzionalità dei trattamenti sanzionatori in materia penale, ove la Corte ha sanzionato la manifesta irragionevolezza intrinseca della pena, difficilmente si sarebbero potute risolvere con un'additiva di principio: dovendosi evidentemente escludere la possibilità di un mero accoglimento, come si potrebbe dichiarare l'incostituzionalità di un certo *quantum* di pena se non sostituendolo con un diverso *quantum* ritenuto conforme a Costituzione? A ben vedere, in tali casi, difficilmente potrebbe operare un principio generale.

[102] Si tratta anche di quanto emerge dalla *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 17, ove il Presidente Lattanzi afferma che, in ipotesi come quella in esame (nel caso di specie si riferiva proprio alla sentenza n. 222 del 2018), la Corte «si trova in ogni caso *a scegliere* una disciplina normativa, per così dire *di supplenza*, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito» (corsivi aggiunti).

[103] Al di là di quello che potrebbe apparire *prima facie*, tale superamento non rappresenta certo una contraddizione della pronuncia precedente, né può ritenersi che in questo modo la Corte sconfessi se stessa. Non può non rilevarsi, infatti, che il discredito sarebbe ben maggiore se la Corte decidesse di continuare a prediligere la via dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa. Non solo, infatti, ciò consentirebbe di mantenere in vita una previsione legislativa illegittima, con evidente lesione del principio di legalità costituzionale, nell'incertezza di un intervento legislativo che potrebbe essere tardivo o – in astratto – del tutto assente. Ma a rigor di

guardare alle motivazioni della sentenza n. 40 del 2019, ove si afferma che la nuova misura sanzionatoria individuata dalla Corte, «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificatamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore»[104]. In questo modo, facendo proprie le indicazioni provenienti dal giudice remittente, la Corte ha ritenuto tale soluzione *costituzionalmente adeguata, benché non obbligata*.

Sono questi i passaggi motivazionali che evidenziano ulteriormente come «la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite "relativo" per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato "seguito" all'invito ad esercitarla in concreto»[105].

Sembrerebbe, infatti, che il tempo in cui il legislatore è rimasto inerte rispetto al precedente ammonimento della Corte abbia logorato i confini della discrezionalità legislativa, rendendoli più facilmente valicabili; l'incostituzionalità è divenuta non più tollerabile e, di conseguenza, i limiti dell'intervento manipolativo si sono affievoliti, dando vita ad una sorta di rivoluzione di metrica: parafrasando la sentenza n. 40 del 2019, sembrerebbe che ci si possa ormai accontentare di "*rime adeguate*", anziché pretendere la sussistenza di "rime obbligate".

---

logica, la vera contraddizione sarebbe non accogliere una questione di cui si è già sancito il futuro accoglimento. Basti pensare alla sentenza n. 179 del 2017 ove, prospettando le conseguenze del permanere dell'inerzia legislativa in merito all'illegittimità dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 (e che in effetti ha anticipato l'epilogo della sentenza n. 40 del 2019), il giudice costituzionale ha affermato che, «in mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe però successivamente obbligata a intervenire, non mai *in malam partem*, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza» (Corte cost., sentenza 7 giugno 2017, n. 179; punto n. 4.6 del *Considerato in diritto*).

[104] Corte cost., sentenza n. 40 del 2019, punto n. 5.3 del *Considerato in diritto*.

[105] Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 650, il quale evidenzia, altresì, il profondo mutamento del ruolo che le "rime obbligate" rivestono nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Oggi esse possono giustificare un intervento "immediato" della Corte se la lacuna è colmabile senza sovrapporsi alla discrezionalità del legislatore, mentre, al contrario, ne impediscono l'intervento nel caso sussistano plurime opzioni per superare l'incostituzionalità. Tuttavia, «in quest'ultimo caso – ed è qui la novità –, le "rime obbligate" non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in "seconda battuta", ove la questione torni alla sua attenzione a seguito di monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità, trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna» (*ivi*, 653).

Non vi è dubbio che decisioni di questo tipo, pur trovando una valida giustificazione, rischino di esercitare un'eccessiva pressione sugli equilibri istituzionali. D'altronde, è impossibile negare la portata dirompente di sentenze come la n. 222 del 2018 o la n. 40 del 2019. La drasticità e la consapevolezza con cui la Corte ha mostrato di poter superare il limite delle rime obbligate, che da decenni conforta(va) la dottrina costituzionalistica anche a fronte delle decisioni più ardite della giurisprudenza costituzionale, rischiano di lasciare un retrogusto amaro o quantomeno alcune perplessità anche in chi – come chi scrive – confida nella necessaria preminenza del principio di legittimità costituzionale, che deve poter valere anche sull'esercizio della discrezionalità legislativa, quando colpevolmente inerte.

Tuttavia, non può negarsi che esse rispondano a un'esigenza concreta: quella di evitare che si creino zone d'ombra su cui la Corte costituzionale difficilmente riuscirebbe ad arrivare ogni volta che dovesse trovarsi davanti al muro dell'inerzia legislativa. Un muro che diventa non più tollerabile quando sono in gioco diritti fondamentali[106] (come nel caso della sentenza n. 40 del 2019) o valori che destano l'attenzione della società civile[107].

D'altronde, la legittimazione della Corte costituzionale si ricava dalla Costituzione e dall'esigenza di una sua difesa, per cui deve ritenersi che è rinunciando ad esercitare quest'ultima che essa rischierebbe di perdere la propria legittimazione, non superando il limite della discrezionalità legislativa. Anzi,

---

[106] Sul punto, si veda A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 792 ss., secondo cui, «nel complesso, il nuovo indirizzo giurisprudenziale sposta il baricentro del sindacato di costituzionalità sul versante della tutela dei diritti»; un risultato consentito anche – continua l'Autore – «dal superamento della dottrina della rima obbligata a favore di una soluzione sanzionatoria alternativa». Tale mutamento è reso possibile grazie alla nuova centralità che assume l'art. 27, comma 3, Cost. all'interno del giudizio di costituzionalità sulla misura della pena. Tale disposizione, infatti, implica una maggiore attenzione alla tutela delle posizioni individuali, mentre il precedente schema triadico, che ruotava meramente attorno al perno dell'art. 3 Cost., privilegiava uno scrutinio sulla coerenza normativa del legislatore penale.

[107] Attenzione nei confronti della quale la Corte sembra, negli ultimi anni, essere particolarmente sensibile, come dimostra l'inedito utilizzo dei comunicati stampa, anticipatori rispetto alla pubblicazione delle decisioni. Sul tema, cfr. D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. soc.*, n. 2/2018, 255 ss., spec. 274 ss. e, sul comunicato stampa quale strumento del potere di esternazione presidenziale, cfr. C. TOMBA, *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 251 s.

questo deve ritenersi superabile – e quindi "relativo" – qualora «l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali *sine die*, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo»[108].

4. *Il reato di aiuto al suicidio e l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*

Alla luce del mutamento giurisprudenziale in atto, permane e si rafforza l'auspicio che il legislatore possa dare maggiore seguito ai richiami della Corte costituzionale, nell'ottica di una comune collaborazione volta al rispetto del principio di legalità costituzionale. Ciò vale nel caso in cui si tratti di meri moniti che, se ascoltati, possono addirittura evitare che venga a crearsi l'incostituzionalità. Ma vale ancor di più qualora si tratti di decisioni in cui la Corte già accerta il *vulnus* costituzionale e, proprio per questo, ammonisce il legislatore prospettando, a mo' di *ultimatum*, una futura dichiarazione di illegittimità costituzionale in caso di ulteriore inerzia.

Tuttavia, non si può nascondere che tra Corte e legislatore sia stata la prima a tentare maggiormente di rendere fruttuoso il rapporto. Tra le righe delle sue pronunce, infatti, si nota costantemente la ricerca di un dialogo con il legislatore, nella perdurante preoccupazione di non ledere la sua sfera di discrezionalità, pur nella consapevolezza di non poter rinunciare al corretto esercizio della propria funzione di garanzia costituzionale. Non vi è dubbio, infatti, che la graduale "sperimentazione" delle tecniche decisorie della Corte «possa essere letta come

[108] Così M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 664 s. Ciò non vuol dire che la discrezionalità legislativa non debba rappresentare un "limite" per la Corte nell'ambito del giudizio di costituzionalità, ma che ad esso non possa riconoscersi una valenza *assoluta*. Se fosse diversamente, se cioè esso valesse come limite invalicabile da parte della Corte, «vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione (che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione), almeno laddove non sia possibile un'integrazione giurisprudenziale dell'enunciato che possa dirsi, in senso stretto, a "rime obbligate"». Un'eventualità che – secondo l'Autore – si porrebbe in contrasto con la stessa ragion d'essere della Corte costituzionale, vale a dire quella di assicurare la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi.

espressiva di una precisa volontà non solo e non tanto di evitare la creazione di vuoti normativi ma di non sconfinare nell'ambito proprio della politica»[109].

Emblematica, da quest'ultimo punto di vista, è l'ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, sul noto "caso Cappato": non vi è dubbio che essa sia frutto di detta "sperimentazione" sul fronte delle tecniche, dal momento che rappresenta un vero e proprio *unicum* negli oltre sessant'anni di attività della Corte costituzionale; allo stesso tempo, la scelta per tale inedita tipologia di pronuncia ha tra le sue ragioni d'essere anche quella di collaudare uno strumento che consenta di prevenire eventuali frizioni con il legislatore e di non invadere la sua discrezionalità[110]. Un'esigenza avvertita ancor più fortemente, ove si consideri la delicatezza delle questioni sottese.

Con tale decisione, infatti, la Corte si è pronunciata, in via interlocutoria, sulla legittimità costituzionale della disciplina prevista dal Codice penale per il reato di aiuto al suicidio, di cui all'art. 580. Tale articolo, al primo periodo del primo comma, reca l'incriminazione delle condotte di "*istigazione al suicidio*" («chiunque *determina* altri al suicidio o *rafforza* l'altrui proposito di suicidio») o di "*aiuto al suicidio*" («chiunque […] ne *agevola* in qualsiasi modo l'esecuzione»), entrambe punite con la pena della reclusione da cinque a dodici anni.

La questione è stata sollevata dalla Corte di assise di Milano con ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43[111], nell'ambito del noto caso sul suicidio assistito di

---

[109] Così M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 96 s.

[110] Parte della dottrina, tuttavia, ha messo in luce come l'utilizzo dell'ordinanza n. 207 del 2018 da parte della Corte rappresenti, in realtà, il frutto della complessità della questione ad essa sottoposta, tale da indurla «alla invenzione di una nuova specie di decisione, la sola a suo dire in grado di poter offrire un qualche appagamento alle esigenze evocate in campo dal caso o, quanto meno, di rimediare per un certo tempo all'adozione della decisione finale, nella speranza che il legislatore provveda a far luogo ad una disciplina idonea a farsi carico di tali esigenze»; così A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, n. 1/2019, 92 s.

[111] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 14 marzo 2018, n. 11 – 1ª Serie speciale. Per un'anali più approfondita sulle ragioni che hanno portato la Corte di assise di Milano a sollevare la questione di legittimità costituzionale, si vedano M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corriere giur.*, 2018, VI, 737 ss., S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *federalsimi.it*, n. 10/2018, 1 ss. e, per un particolare approfondimento sulla vicenda processuale che ha condotto davanti alla Corte costituzionale, cfr. S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Riv.*

Fabiano Antoniani (conosciuto come Dj Fabo), che ha visto imputato Marco Cappato[112].

Come emerge dalle motivazioni del giudice *a quo*, nel perimetro del reato di aiuto al suicidio rientrano le condotte di chi, «in ogni modo», consente un'*agevolazione* della realizzazione di un proposito suicida altrui; realizzazione che deve essere in rapporto di derivazione causale con la condotta dell'agente. Nel dar conto dell'interpretazione dell'art. 580 c.p. secondo il "diritto vivente", l'ordinanza di remissione evidenzia che la Corte di Cassazione, nell'unica sentenza ove ha fornito un'interpretazione delle condotte di cui all'art. 580 c.p.,

BioDiritto, n. 3/2018, 153 ss., spec. 158 ss. Per un'analisi sugli eterogenei spunti di riflessioni sollevati dall'ordinanza di remissione, si veda altresì A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Atti del Seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte costituzionale del 23 ottobre 2018 sulla questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. – Università degli Studi di Bologna, 12 ottobre 2018*, in *Forum. Quad. cost.*, n. 10/2018, *passim*.

[112] Come sommariamente riportato anche nell'ordinanza di remissione della Corte di assise di Milano, la vicenda trae origine dall'incidente stradale in cui venne coinvolto, la notte del 13 giugno 2014, Fabiano Antoniani. A causa di tale incidente, egli rimase affetto da cecità permanente e tetraplegico, divenendo non più autonomo nella respirazione (per la quale necessitava dell'ausilio – sebbene non continuativo – del respiratore), nell'alimentazione e nell'evacuazione. A ciò si aggiungevano le sofferenze derivanti da contrazioni e spasmi ricorrenti che difficilmente potevano essere superate farmacologicamente. Non erano però venute meno le funzioni intellettive, grazie alle quali egli rimaneva capace di intendere e di volere. Conclusi infruttuosamente i diversi e numerosi tentativi di cura e riabilitazione e acquisita la consapevolezza dell'impossibilità di ottenere futuri miglioramenti, nella primavera del 2016 Antoniani decise di voler porre termine alla sua vita. Iniziò così ad acquisire informazioni su alcune strutture svizzere che praticavano l'assistenza al suicidio, tra cui l'Associazione *Dignitas*. In Italia, invece, contattò l'Associazione Luca Coscioni – che svolge attività di informazioni e supporto nelle scelte di fine vita – ed entrò in contatto diretto con Marco Cappato. Dopo alcuni incontri, durante i quali Cappato prese cognizione delle condizioni di salute dell'Antoniani e della sua intenzione di non volersi sottoporre in Italia alla sedazione profonda con interruzione delle cure (una possibilità che lo avrebbe condotto alla morte, ma lasciando che la malattia facesse lentamente il suo corso), Antoniani ribadì il suo intento di recarsi in Svizzera per porre fine alla sua vita presso una delle cliniche che praticavano assistenza al suicidio. Un intento che venne manifestato anche pubblicamente (anche con un appello al Presidente della Repubblica). Cappato decise quindi di accompagnare Antoniani in Svizzera e lo trasportò con un'apposita vettura, guidata dallo stesso Cappato. Giunti presso l'Associazione *Dignitas*, il personale verificò nuovamente le sue condizioni di salute e raccolse il suo consenso, in conformità con la vigente normativa svizzera. Il 27 febbraio 2017, con la vicinanza dei suoi cari e dei suoi familiari, Antoniani attivò con i denti il dispositivo grazie al quale si iniettò il farmaco che, poi, lo portò alla morte. Nell'ambito del procedimento instaurato a seguito delle spontanee dichiarazioni rese da Cappato ai Carabinieri di Milano, con ordinanza di imputazione coatta del G.i.p. di Milano (adottata dopo che la Procura chiese l'archiviazione) venne contestato a Cappato il reato di cui all'art. 580 c.p. In particolare, egli avrebbe "rafforzato" l'intento suicida di Antoniani prospettandogli la possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso l'Associazione *Dignitas* e attivandosi per mettere in contatto i familiari di Antoniani con quest'ultima. Inoltre, egli avrebbe "agevolato" l'esecuzione del suicidio, accompagnando Antoniani da Milano presso la sede della *Dignitas* in Svizzera. Se le condotte di rafforzamento vennero escluse nel corso dell'istruttoria, emerse con certezza la condotta di agevolazione. Su cui, tra l'altro, è stata poi motivata la rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata.

ha dato una lettura particolarmente stringente a tale previsione, ritenendo che la fattispecie incriminatrice *de qua* venga integrata da qualsiasi contributo materiale al suicidio, a prescindere dalle ricadute psicologiche sul soggetto passivo e sull'alterazione del suo processo deliberativo. Un'interpretazione che, quindi, renderebbe le condotte di istigazione e aiuto al suicidio *alternative* tra loro[113].

Ebbene, il rigore a cui inevitabilmente conduce l'interpretazione letterale della disciplina contenuta nell'art. 580 c.p. ha condotto la Corte di assise di Milano a dubitare della legittimità costituzionale del reato di aiuto al suicidio, quantomeno nell'incriminazione in termini *assoluti* che da tale disposizione si ricava. La sua formulazione risente, infatti, dell'ideologia diffusa all'entrata in vigore del Codice Rocco del 1930, quando il suicidio era considerato un atto carico di disvalore, alla luce «della sacralità/indisponibilità della vita in correlazione agli obblighi sociali dell'individuo ritenuti preminenti nel corso del

[113] Ci si riferisce in particolare alla decisione della Corte di Cassazione, sez. I penale, sentenza 6 febbraio 1998, n. 3147. Trattasi di una pronuncia dalla quale, come emerge dalla stessa ordinanza di remissione, con il tempo si è gradualmente distaccata la giurisprudenza di merito, che ha provato a fornire una lettura costituzionalmente orientata della previsione di cui all'art. 580 c.p.; come tra l'altro è stato fatto anche dalla Procura di Milano in sede di richiesta di archiviazione nei confronti di Marco Cappato. Sul punto, si veda A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la* libertà *di morire*, in *Forum Quad. cost.*, n. 3/2018, 4 ss., spec. nota n. 15, ove tra l'altro l'Autrice evidenzia che sia difficile sostenere che possa parlarsi di un'interpretazione giurisprudenziale dominante, di un vero e proprio "diritto vivente" sull'art. 580 c.p., se con esso si intende «il suo *ripetuto e costante uso nel tempo*, nonché il *grado di consenso ottenuto* tra i vari giudici». Sul punto, possono riprendersi le considerazioni di T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351 ss. – uno dei primi contributi alla teorizzazione della dottrina del "diritto vivente" – secondo cui «la norma viene sempre formulata in vista di casi (reali o ipotizzati), il cui giudizio così ritrova un elemento di continuità con giudizi di casi precedenti e la formulazione della norma costituisce il ponte sempre da costruire tra un passato e un futuro; *vive* appunto nel momento di questo passaggio» (corsivo aggiunto). Condizioni che, a ben vedere, difficilmente si sono prospettate per l'interpretazione dell'art. 580 c.p.

regime fascista»[114] e dell'approccio *paternalistico* con cui il legislatore penale del 1930 intendeva proteggere il bene giuridico della vita[115].

Per questo, il profondo mutamento apportato dall'entrata in vigore della Costituzione impone – secondo il giudice *a quo* – una diversa considerazione del diritto alla vita, focalizzato sul principio personalistico di cui all'art. 2 Cost. e su quello dell'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. Da essi scaturisce la «preminenza dell'individuo nella struttura sociale del Paese», cui corrisponde la necessità di non concepire la vita umana «in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare», giacché «da questi stessi principi

[114] Corte di assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43 (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 2018, n. 11 – 1ª Serie speciale, 39). Sul punto si veda F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019, 487 ss., che mette in luce come una sorta di "dovere di vivere" tenda ad emergere proprio nell'ambito dei regimi totalitari, ove «la vita del singolo, in una prospettiva eminentemente olistica, ha un valore peculiare in quanto parte di un tutto, e dunque il singolo che vi rinuncia compie un gesto delittuoso (quasi un furto) nei confronti del Re, dello Stato o del Partito, indebolendone le forze e danneggiando così non solo se stesso, ma l'intera comunità di cui è parte». Un'impostazione che viene meno – evidenzia l'Autore – con l'avvento della visione liberale e del principio personalista, ove l'autodeterminazione diviene «principio cardinale», portando con sé la possibilità «di disporre del *proprio* corpo e della *propria* vita secondo le *proprie* convinzioni». Sull'incoerenza storica della previsione del reato di cui all'art. 580 c.p., si veda in particolare A. PISU, *Fine vita. La Corte costituzionale si rivolge al legislatore inaugurando una nuova stagione di «relazionalità istituzionale»*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 1/2019, 122 ss. Sulla parziale resistenza, nel nuovo ordinamento costituzionale, delle concezioni generali sulla tutela del bene della vita proprie del legislatore del 1930, si veda S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in *federalismi.it*, n. 9/2012, *passim*, spec. 3 s.

[115] Sul punto, cfr. D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7/2018, 57 ss., secondo cui "paternalistica" è quella «*norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno*». Nel caso dell'aiuto al suicidio, si tratterebbe in particolare di una forma di paternalismo *indiretto*, poiché la norma non si rivolge direttamente al soggetto da tutelare, ma contro un terzo. Come evidenziato dall'Autore, le condotte criminose contemplate dall'art. 580 c.p. (così come l'ipotesi di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p.) rappresentano forme di *tutela paternalistica della vita* senz'altro ispirate dall'ideologia autoritaria del regime fascista, ma con radice storiche ed etiche più profonde. Ne deriverebbe qualche perplessità in merito alla rilettura costituzionalmente conforme del reato di aiuto al suicidio avanzata dalla Corte di assise di Milano, giacché – secondo l'Autore – «assumere l'autodeterminazione del singolo come oggetto di tutela è una rimodulazione dell'impianto di tutela, non un'interpretazione delle norme penali vigenti» (*ivi*, 59). In via di principio, l'adozione di un approccio paternalistico da parte del legislatore penale, che si esprima nella scelta di incriminare l'aiuto al suicidio, deve ritenersi giustificabile: evidenzia l'Autore che, se la vita rappresenta il bene giuridico da tutelare, «il precetto "non uccidere" può ragionevolmente articolarsi in precetti come "non uccidere chi ne faccia richiesta", e anche "non aiutare altri a suicidarsi"» (*ivi*, 70). A ben vedere, infatti, sono opzioni rientranti nel piano della politica del diritto. Il problema dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, allora, potrebbe essere più correttamente inquadrato alla luce dell'*assolutezza* del divieto. È in questi termini che la Corte di assise di Milano avrebbe «eccessivamente allargato» il problema della legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., che andrebbe riformulato «avendo riguardo alla specifica situazione di chi, gravemente malato, sia dipendente da terapie necessaria *quoad vitam*, che potrebbe legittimamente rifiutare» (*ivi*, 71). Più in generale, sulle scelte di ispirazione paternalistica del legislatore penale, cfr. G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberismo penale*, in *Foro. it.*, 2009, V, 227 ss.

costituzionali deriva la libertà per l'individuo di decidere sulla propria vita ancorché da ciò dipenda la morte»[116]. Una libertà che trova ulteriore fondamento nell'art. 32 Cost. e nel principio di *autodeterminazione terapeutica* che da esso si ricava[117], il quale limita i poteri di intervento dello Stato nella tutela della salute delle persone, specialmente per quanto riguarda il rispetto delle scelte del paziente «nell'individuare le cure a cui sottoporsi e l'obbligo di rispettarne la decisione, anche se da questo possa derivare la sua morte»[118].

Dopo aver messo in luce anche gli apporti fondamentali della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle questioni di fine vita[119], il giudice *a quo* si concentra poi sull'importanza della tutela offerta dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)[120] che si pone l'obiettivo di tutelare la vita, la salute, la dignità e

---

[116] Corte di assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43 (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 2018, n. 11 – 1ª Serie speciale, 39). Sul ruolo del diritto alla vita nel sistema costituzionale, si vedano le recenti considerazioni di G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, n. 7/2018, 2302 ss., relative all'approvazione della legge 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»). Pur mancando nel testo costituzionale una definizione su cosa debba intendersi per "vita", essa risulta comunque il presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali che nella Costituzione trovano riconoscimento e protezione. Così – secondo l'Autore – un'"interpretazione ragionata" degli artt. 2, 13 e 32 Cost. consentirebbe «di affermare che non è configurabile né un obbligo (coercibile) di vivere, né un diritto di morire con l'aiuto di terzi su richiesta dell'interessato». La vita rappresenterebbe, quindi, «un diritto personalissimo, inviolabile da parte di tutti i terzi (compreso lo Stato); ma non può considerarsi indisponibile per il suo titolare». Sul punto, si veda anche D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 66 ss.

[117] Sul principio di autodeterminazione nelle scelte di fine vita si veda, fra tutti, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 250 ss.

[118] Così Corte di assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43 (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 2018, n. 11 – 1ª Serie speciale, 40). In tale passaggio, il giudice *a quo* riporta anche le decisioni della giurisprudenza di merito rese nell'ambito di due delle principali vicende in tema di fine vita, ovvero quelle sui noti casi Welby (G.u.p. di Roma, sentenza 23 luglio 2017) ed Englaro (Corte Cass., Sez. I civ., sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748).

[119] Cfr. Corte di assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43 (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 2018, n. 11 – 1ª Serie speciale, 41-43). Com'è noto, le questioni di fine vita hanno trovato costantemente protezione da parte della Corte di Strasburgo, stante la loro correlazione con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), in particolare agli artt. 2 («Diritto alla vita») e 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»). Due previsioni opportunamente richiamate dal giudice *a quo*, assieme alle pronunce della Corte di Strasburgo sui casi *Pretty v. The United Kingdom* (2346/02) del 29 aprile 2012, *Haas v. Switzerland* (31322/07) del 20 gennaio 2011 e, da ultimo, *Gross v. Switzerland* (67810/10) del 14 maggio 2013, reperibili in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[120] Per un'analisi più approfondita sulla legge n. 219 del 2017 si vedano, *ex multis*, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018, spec. 81 ss.; ID., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 110 ss.; L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n.*

l'autodeterminazione della persona, stabilendo che nessun trattamento sanitario possa essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato (art. 1). Come si legge nell'ordinanza di remissione, tale legge – oltre ad aver previsto la possibilità di redigere le proprie Disposizioni anticipate di trattamento (DAT), introducendo anche nel nostro ordinamento una forma di "testamento biologico" – ha quindi «riconosciuto espressamente il diritto di rifiutare l'idratazione o l'alimentazione artificiale, ha vietato trattamenti terapeutici finalizzati a prolungare la vita ad ogni costo e ha riconosciuto al malato il diritto di scegliere di porre fine alla propria vita in stato di sedazione profonda nel caso di "sofferenze refrattarie alle cure"»[121].

Così, alla luce dell'evidente emersione del diritto di libera autodeterminazione *anche* nelle scelte di fine vita, la Corte di assise di Milano ritiene ingiustificata la sanzione penale per chi partecipi esclusivamente alla mera attuazione di un proposito suicida altrui che si è già formato in maniera libera e consapevole, limitandosi ad agevolarne l'esecuzione.

Inoltre, ai dubbi di legittimità costituzionale sull'incriminazione di cui all'art. 580 c.p. si aggiungono quelli sul relativo trattamento sanzionatorio. Difatti, come visto nei precedenti paragrafi, la materia della pena è governata anzitutto dai principi di ragionevolezza della sanzione e della sua proporzionalità rispetto al disvalore della condotta incriminatrice (che trovano fondamento, in particolare, negli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.). Ciò richiederebbe necessariamente di distinguere la pena prevista per il reato di *istigazione* al suicidio da quella prevista per il reato di mera *agevolazione*. Eppure, al contrario, le condotte sono unificate dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, essendo entrambe punite con la reclusione da cinque a dodici anni, nonostante

219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p., in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, n. 2/2018, 415 ss.; G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, cit., 2302 ss.; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 14 ss.; F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, cit., 504-507; C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un* modus moriendi *che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (n. 219/2017)*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1/2018, 191 ss.

[121] Corte di assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018, n. 43 (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 2018, n. 11 – 1ª Serie speciale, 43).

l'istigazione abbia evidentemente una portata più incisiva (sarebbe meglio dire: determinante) sotto il profilo causale[122].

Sono quindi due le questioni sollevate dalla Corte di assise di Milano in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: la prima nella parte in cui quest'ultimo incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione, a prescindere dal contributo apportato alla determinazione o al rafforzamento di un proposito di suicidio altrui; la seconda nella parte in cui punisce indifferentemente, con lo stesso *quantum* di pena, le condotte di istigazione e di agevolazione del suicidio.

Come anticipato, la Corte costituzionale si è pronunciata su tali questioni con l'ordinanza 24 settembre 2018, n. 207.

Analizzando per il momento gli aspetti di natura sostanziale – e riservando la trattazione di quelli più marcatamente "processuali" per il paragrafo successivo – sin dalle prime battute della parte motiva in diritto, la Corte chiarisce che la tesi del giudice *a quo*, «nella sua assolutezza», non può essere condivisa. Questo perché non può ritenersi illegittima la scelta del legislatore penale – d'altronde in linea anche con le altre legislazioni contemporanee – di voler dare protezione agli individui rispetto a decisioni prese in proprio danno,

[122] Questo secondo profilo inerente al trattamento sanzionatorio – che si è tradotto in una seconda questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 c.p., sollevata con la medesima ordinanza – è approfondito in particolare da A. PUGIOTTO, *L'altra* quaestio *del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum Quad. cost.*, 2019, 1 ss. Nonostante le due questioni abbiano lo stesso «spessore costituzionale» per il giudice *a quo*, la Corte costituzionale, come si vedrà, le ha ordinate secondo «un rapporto di subordinazione logica e cronologica, pronunciandosi *esclusivamente* sull'ambito di applicazione della norma, tacendo invece della sua cornice edittale». A ben vedere, però, è il rispetto della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato (che nel giudizio di costituzionalità si ricava dall'art. 27 della legge n. 87 del 1953) ad esigere una decisione *anche* a tal riguardo. Per di più, come evidenzia l'Autore, se in passato la Corte ha costantemente tenuto un atteggiamento di *self restraint* nel giudizio di legittimità costituzionale sulla pena (stanti gli evidenti e ampi margini della discrezionalità del legislatore penale), come si è anche avuto modo di evidenziare nei paragrafi precedenti, attualmente si registrano numerose decisioni in cui si dichiara l'illegittimità di un trattamento sanzionatorio per la sua manifesta irragionevolezza intrinseca. E allora emerge con evidenza la necessità di poter dichiarare l'illegittimità quantomeno della pena prevista per il reato *de qua*. Difatti, se pure si ritenesse necessario mantenere la rilevanza penale per tali condotte – come sostiene d'altronde la stessa Corte costituzionale, che rileva profili di illegittimità nel divieto *assoluto* di aiuto al suicidio, ma non nel prevedere una qualsiasi forma di cooperazione materiale ad esso finalizzata – la possibilità di "manipolare" (*rectius*: diminuire) la pena consentirebbe di «ridefinire *in mitius* la portata sanzionatoria, senza alcuna generalizzata depenalizzazione» (*ivi*, 3 s.). Sulla questione inerente al trattamento sanzionatorio del rato di aiuto al suicidio, si veda anche D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 72 ss.

creando una «cintura protettiva» attorno ad essi per inibire «ai terzi di cooperare in qualsiasi modo» alla realizzazione del loro proposito suicida[123].

Alla luce di tali considerazioni, la Corte nega che vi sia un contrasto tra l'incriminazione dell'aiuto al suicidio e i parametri costituzionali invocati, con una serie di argomentazioni che – per lo meno in questa prima parte della pronuncia – avrebbero portato a ritenere che la decisione si concludesse con la forma della sentenza di rigetto per infondatezza[124].

L'espressa esclusione di un'incompatibilità con la Costituzione viene motivata dal Giudice delle leggi partendo anzitutto dal diritto alla vita e dall'art. 2 Cost., giacché deve ritenersi che da esso derivi «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»[125]. In questo modo, la Corte costituzionale assume una posizione netta su quale debba ritenersi il bene giuridico tutelato dal reato di cui all'art. 580 c.p. e che consisterebbe, per l'appunto, nel bene della vita[126].

---

[123] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

[124] Cfr. GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 36-39 che evidenzia la natura multiforme dell'ordinanza n. 207 del 2018, derivante dal possedere al suo interno – sia nella struttura sia sul piano delle argomentazioni – elementi di diverse tipologie decisorie "classiche" della Corte. Come anticipato, nella prima parte, cioè quella fino ad ora illustrata, l'ordinanza presenterebbe le fattezze di una sentenza di rigetto per infondatezza della questione, come coerentemente si potrebbe presumere dall'espressa esclusione di un'incompatibilità con la Costituzione. Sul punto si veda anche L. PESOLE, *L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, in *Giur. cost.*, 2018, VI, 2871 ss. La natura "multiforme" dell'ordinanza *de qua* è messa in luce anche da C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum Quad. cost.*, 2019, 4 ss., che evidenzia come tale decisione racchiuda, allo stesso tempo: un rigetto, un accoglimento, un rinvio dell'udienza con monito, e da G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, 16 ss. che parla, a tal proposito, di una struttura "bipolare" dell'ordinanza che, sul piano della struttura, presenterebbe «una prima parte, per così dire, *pro vita* – all'incirca fino alle due prime righe del punto 8 – e una parte, direbbe qualcuno, *pro choice*».

[125] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

[126] Sul punto, cfr. R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3 ss. che evidenzia come, in questo modo, il Giudice delle leggi abbia disatteso quanto prospettato dalla Corte di assise di Milano nell'ordinanza di remissione che, invece, aveva cercato di ridefinire l'oggetto di tutela dell'art. 580 c.p. «individuandolo nella libertà di autodeterminazione e alla luce di questa ridefinizione aveva sollevato dubbi sulla legittimità dell'incriminazione della agevolazione in termini di inoffensività/irragionevolezza». Né di certo la Corte sembra aderire all'idea del legislatore del 1930: al contrario si nega espressamente la possibilità di concepire la vita come un bene indisponibile da tutelare anche nell'interesse della collettività. Secondo l'Autore, quindi, la Corte si collocherebbe «in un orientamento culturale decisamente personalistico», una posizione per così dire "mediana" tra la

Queste considerazioni si collegano strettamente al passaggio successivo, ove la Corte costituzionale ritiene non condivisibile la ricostruzione del giudice *a quo* che, sulla base degli artt. 2 e 13 Cost., desume erroneamente una generale inoffensività dell'aiuto al suicidio a fronte della necessaria prevalenza del diritto all'autodeterminazione individuale. La Corte, infatti, evidenzia che anche la mera cooperazione materiale al suicidio possa compromettere interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, primo fra tutti quello della vita. È necessario, quindi, mantenere il presidio di una tutela penalistica nei confronti di tali condotte per proteggere quelle persone che, avvicinandosi alla scelta di compiere un gesto estremo, potrebbero esservi facilitate da interferenze esterne di qualsiasi genere; specie ove si tratti – come spesso accade in tali circostanze – di persone in stato di debolezza e fragilità psicofisica, di anzianità o di solitudine[127]. Una condizione che, anzi, la Repubblica deve adoperarsi a proteggere con maggiore incisività, in virtù del richiamo di cui all'art. 3, comma 2, Cost.

Per tali ragioni, «al legislatore penale non può ritenersi inibito […] vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite»[128].

Sono simili considerazioni che porterebbero a ritenere che la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 580 c.p. si concluda, poi, nel senso dell'infondatezza. Ma se è pur vero che la Corte costituzionale ha ritenuto di non condividere la ricostruzione del giudice *a quo* nella sua «assolutezza», stante l'esigenza di mantenere la rilevanza penale della mera agevolazione del suicidio altrui, non ha affatto escluso che la disciplina sindacata presentasse profili di illegittimità costituzionale. Ed è proprio questa prospettata incostituzionalità, legata all'esigenza di dare la precedenza al rispetto della discrezionalità legislativa, che ha condotto la Corte all'adozione di un'inedita tecnica decisoria.

---

concezione statalistica della vita strumentalizzata per finalità collettive e la concezione individualistica caratterizzata da una supervalutazione dell'autodeterminazione.

[127] *Ivi*, 4.

[128] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

4.1. *Una nuova tecnica decisoria? La Corte accerta l'incostituzionalità, non la dichiara e rinvia l'udienza nell'attesa di un (auspicato) intervento legislativo*

Nell'ordinanza n. 207 del 2018, pur riconoscendo l'astratta compatibilità della disciplina censurata con la Costituzione, la Corte ha comunque rilevato dei profili di incostituzionalità nella previsione del divieto di aiuto al suicidio *in termini assoluti*. Si tratterebbe, in particolare, di un vuoto di tutela per quei soggetti le cui condizioni cliniche impediscono di usufruire delle garanzie che l'ordinamento predispone per tutelare il principio di autodeterminazione nelle scelte di fine vita[129].

Tale situazione è riscontrabile in tutti quei casi in cui – come chiarito dalla Corte costituzionale – una persona sia «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»[130].

A ben vedere, in queste circostanze cliniche, l'*auto*-determinazione non può che rimanere nella psiche del soggetto, sotto forma di presa di coscienza, di intenzione, perché non vi è modo di realizzarla in concreto, sul piano fattuale,

[129] Parte della dottrina sottolinea che, in questo modo, la Corte abbia posto in essere una sorta di "riformulazione" della questione sottopostale dal giudice *a quo*. Si veda, a tal riguardo, L. PESOLE, *L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, cit., 2872 ss. secondo cui, per l'appunto, nel rilevare l'incostituzionalità della carenza di tutela sopra menzionata, la Corte è riuscita a riformulare la questione, evitando così di doversi rifugiare in una decisione di rigetto o di inammissibilità. Ciò rappresenterebbe un sintomo dell'attuale evoluzione della giurisprudenza costituzionale che si esprime nella possibilità, per la Corte stessa, di realizzare «tutti gli aggiustamenti necessari per mettere in luce la sussistenza di un'incostituzionalità», a prescindere dai parametri invocati dal giudice *a quo*. Sul punto si vedano anche M. PICCHI, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, 6 s. e G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit., 6 ss. Quest'ultima, in particolare, evidenzia un allargamento del *thema decidendum* ad opera della Corte che, «dal giudizio sul *reato di aiuto al suicidio e sulle relative pene*», passa poi «a disquisire del *diritto al suicidio assistito* o, meglio, *del vuoto* legislativo consistente nella mancata previsione di un tale presunto diritto», diventando così «giudice *del fatto*».

[130] Cfr. Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

senza l'assistenza di terzi[131]. Esattamente come nel caso da cui ha tratto origine il giudizio *a quo*.

La Corte evidenzia come, infatti, le misure previste dalla legislazione vigente possano in alcuni casi rivelarsi insufficienti a garantire al malato di porre fine alla propria vita con dignità e senza sofferenze ulteriori per sé e per i propri cari. Il riferimento va, in particolare, alla citata legge n. 219 del 2017 – oggetto di un ampio passaggio della pronuncia della Corte – che ha segnato un momento di sviluppo fondamentale nel riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica, offrendo la possibilità di rifiutare un determinato trattamento sanitario anche nel caso in cui ciò si dovesse rivelare indispensabile per rimanere in vita. Tuttavia, quello che tale legge evidentemente non prevede è invece la possibilità per il medico «di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte»[132]. Tuttavia, può accadere che se un soggetto versi nelle condizioni cliniche individuate dalla Corte – come vi versava Antoniani – avere a disposizione la sola possibilità di interrompere un trattamento sanitario, per realizzare così l'intento di porre fine alla propria vita, possa dar luogo a un processo lento, carico di sofferenze per sé e per le persone che sono al suo fianco, contrario alla propria idea di dignità nel morire.

La Corte, quindi, rileva essenzialmente un problema di *ragionevolezza* nella formulazione in termini assolutistici del divieto di aiuto al suicidio. Non vi è

[131] Si tratta, infatti, di ipotesi in cui «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha diritto di rifiutare»; così Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

[132] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 9 del *Considerato in diritto*. Parte della dottrina, infatti, evidenzia come la legge n. 219 del 2017 – che rappresenta il risultato di una valutazione ponderata, raggiunto dopo un dibattitto parlamentare lungo e complesso – non abbia certo inteso riconoscere «un *diritto* (coinvolgente i terzi) a morire», bensì offrire tutela alle scelte di rinuncia o interruzione di un trattamento sanitario, in virtù di quanto previsto dall'art. 32, comma 2, Cost. Così L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5 ss., secondo cui, tuttavia, con le proprie argomentazioni la Corte avrebbe fatto parzialmente virare il proprio giudizio di legittimità costituzionale proprio sulla legge n. 219 del 2017 e sulla ragionevolezza del punto di equilibrio in essa fissato. Dall'ordinanza *de qua*, infatti, parrebbe emergere che «un legislatore il quale riconosca al paziente – come è – il diritto di decidere sui trattamenti sanitari, compreso il diritto di *sottrarsi* ai trattamenti salvavita […] e pur sempre evitando di soffrire, ma non autorizzi il cooperare a una condotta che cagiona, *hic et nunc*, la morte del paziente stesso, si porrebbe *al di fuori* della Costituzione italiana».

dubbio che l'incriminazione di cui all'art. 580 c.p. abbia ad oggetto il bene della vita, la cui centralità richiede che venga apprestata una certa soglia di tutela – anche penalistica – nei suoi confronti, per garantire che un soggetto che versi in situazioni psicofisiche critiche non sia agevolato con troppa disinvoltura nella scelta di morire. Né potrebbe costituzionalmente tollerarsi l'ipotesi inversa, ovvero quella caratterizzata da una rilettura in chiave individualistica di tale disposizione che porti ad un'egemonia del principio di autodeterminazione e all'eliminazione – con una dichiarazione di incostituzionalità piena – della rilevanza penale delle condotte in esame[133].

Si rivela, allora, opportuno un "nuovo" bilanciamento. Perché l'art. 580 c.p., così per come è, nella sua assolutezza, finisce «per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse situazioni soggettive»[134].

---

[133] Sul punto, cfr. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *Diritti comparati*, 23 novembre 2018, che evidenzia le criticità irragionevoli della normativa italiana sull'aiuto al suicidio. Secondo l'Autore, la problematica maggiore consisterebbe nel fatto che l'art. 580 c.p. prende in considerazione solo ed esclusivamente il bene della vita. Questo non può tradursi, tuttavia, in un'ingiustificata torsione a favore dell'autonomia del soggetto, «svilendo in modo eccessivo e, quindi, irragionevole (perché assoluto), il principio della protezione della vita la cui tutela è compito dello Stato assicurare». Per questo, per l'appunto, è necessario un bilanciamento: «la tutela della vita – ed in particolare la protezione dei soggetti più deboli e vulnerabili – si assicura proprio garantendo che ogni persona possa sì esprimersi attraverso la propria autodeterminazione, ma sempre nel rispetto di determinati limiti anche quando non si interferisca in sfere giuridiche altrui». Sul punto si veda anche R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., 5 che mette in luce la necessità di non intendere il bene della vita e quello della libertà di autodeterminazione in contrapposizione tra loro, in cerca di una prevalenza di uno sull'altro. Al contrario, essi devono dar vita ad «un rapporto – per così dire – in concreto e dialogico, in cui vita e autodeterminazione sono messi *in relazione*, modulandosi gli equilibri a seconda del contesto in cui la persona si trova ad agire» (corsivi aggiunti).

[134] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 9 del *Considerato in diritto*. In questo senso, l'art. 580 c.p. potrebbe leggersi come un ostacolo al libero esercizio dell'autodeterminazione del singolo nella scelta di terapie che possano consentirgli di superare una condizione di sofferenza. Un ostacolo che proprio lo Stato avrebbe il compito di rimuovere. Difatti, come evidenzia F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, cit., 509, uno Stato liberale e pluralista non dovrebbe giudicare né condannare ma, al contrario, rispettare e aiutare il singolo nelle scelte di fine vita, mostrandosi

In quest'ultimo passaggio, quindi, la Corte *accerta l'incostituzionalità*. Tuttavia, a differenza di quello che dovrebbe essere il naturale epilogo di tale riconoscimento (vale a dire una pronuncia di accoglimento)[135], i giudici costituzionali dichiarano che, «allo stato»[136], non possono porre rimedio all'illegittimità riscontrata con «la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte»[137]. È una classica manifestazione di *horror vacui*, dal momento che in tali affermazioni vi è l'evidente timore di lasciare privo di un presidio penale il bene della vita che, potenzialmente, potrebbe subire un'offesa da condotte di mera agevolazione del suicidio. Difatti, la rimozione della rilevanza penale di tali condotte porterebbe, di per sé, ad una situazione di maggiore incostituzionalità.

Non solo. Come è evidente, il reato di aiuto al suicidio – che tocca delicatissimi ambiti etici legati alle scelte di fine vita – «è suscettibile di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base

collaborativo e solidale. A tal fine, lo Stato «deve adoperarsi per allontanare l'infelicità, sostenere e tutelare i deboli, difenderli da spregevoli strumentalizzazioni, creare le condizioni affinché il disagio e l'abbandono che sono causa di tanti suicidi, nelle molte case abitate dalla solitudine, nella famiglie indigenti, nelle carceri, talora nei luoghi e negli ambienti più inattesi, siano rimossi, o almeno alleviati».

[135] Sul punto possono riprendersi le considerazioni di R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, cit., 80 ss., spec. 81, secondo cui, nelle decisioni *lato sensu* di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, la Corte «non conclude in maniera logicamente conseguente l'*iter* argomentativo pregresso con l'adozione di un dispositivo di accoglimento, ma finisce al contrario per non annullare (sia pure "per il momento") la disciplina sottoposta al suo controllo, esortando contemporaneamente il legislatore ordinario ad intervenire in tempi brevi onde adeguare la normativa vigente ai precetti della Costituzione».

[136] Come si vedrà meglio in seguito, questo inciso – opportunamente inserito dalla Corte in tale passaggio della propria decisione – è denso di significato. In questo modo, infatti, essa lascia aperta la porta ad una (eventuale) futura incostituzionalità nel caso in cui il legislatore non dovesse intervenire. Sul punto si veda, ad esempio, quanto osservato da C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 3 s. che inquadra l'inciso *de qua* tra le «locuzioni retoriche infilate a scopo cautelativo nei passaggi principali», proprio per riservarsi la possibilità di *rivalutare* le condizioni di un suo possibile intervento in futuro (oltre ad essa vi sarebbe quella – sempre al punto n. 10 del *Considerato in diritto* – secondo cui i delicati bilanciamenti da compiere sono «in linea di principio» di competenza del Parlamento; *ivi*, nota n. 14). La rilevanza di tale locuzione è sottolineata anche da M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 661, nota n. 47. Secondo l'Autore, con il suo utilizzo, la Corte sembrerebbe implicitamente affermare che, pur non potendo – per l'appunto – "allo stato" rimediare all'incostituzionalità, potrà farlo in futuro, una volta scaduto infruttuosamente il termine dato al legislatore.

[137] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 10 del *Considerato in diritto*.

di scelte discrezionali»[138]. Trattasi di scelte che devono spettare, in primo luogo, al legislatore democraticamente eletto, con evidente esclusione di un intervento di natura manipolativa da parte della stessa Corte costituzionale. Il Parlamento, infatti, rappresenta la sede naturale e costituzionalmente più opportuna per effettuare il bilanciamento tra i valori coinvolti nella questione in esame[139]. Ed è tale considerazione che, nonostante l'accertamento dell'incostituzionalità, spinge la Corte a decidere di non accogliere la questione: una soluzione dettata dal citato timore di creare una lacuna nell'ordinamento ancora più incostituzionale della disciplina censurata, unita all'impossibilità di intervenire in un ambito in cui, non solo vi è un'evidente assenza di "rime obbligate", ma i valori coinvolti richiedono ancor più del solito che sia *in primis* il legislatore ad esercitare la propria discrezionalità in conformità al proprio indirizzo politico.

A ben vedere, quindi, si è ancora una volta dinnanzi ad una decisione di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*[140].

---

[138] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 10 del *Considerato in diritto*. In tale passaggio, la Corte prosegue evidenziando anche alcune delle scelte discrezionali che potrebbero e dovrebbero essere effettuate in tale sede, come «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di un'obiezione di coscienza del personale coinvolto nella procedura». Non solo. Viene dato anche conto del fatto che l'introduzione di una forma di suicidio assistito non necessariamente dovrebbe riguardare la previsione di cui all'art. 580 c.p., ma potrebbe anche realizzarsi con una revisione della legge n. 219 del 2017.

[139] Sul punto, cfr. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare* e ID., *La Corte è "attendista" … «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». Nota a Corte cost., ord. n. 2017 del 2018*, in *Forum Quad. cost.*, n. 11/2018, 4 ss. che sottolinea l'opportunità di una discussione parlamentare a tal riguardo, la cui pubblicità consentirebbe di produrre «un dibattito politico serio, supportato scientificamente e dirimente per le tematiche definite eticamente sensibili».

[140] L'ordinanza n. 207 del 2018 viene inquadrata in tale tipologia decisoria all'interno di diversi commenti. Si vedano, *ex multis*, U. ADAMO, *op. ult. cit.*, 11; A. ANZON, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *Giur. cost.*, 2018, VI, 2459 ss.; L. PESOLE, *L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, cit., 2877 ss.; R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessione su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, VI, 2465 ss., spec. 2468 ss. Quest'ultimo, in particolare, ne sottolinea le differenze rispetto alle decisioni di "incostituzionalità differita", tra le quali altra parte della dottrina ha invece inserito l'ordinanza *de qua* (fra tutti, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018). In particolare, secondo l'Autore, la differenza con l'incostituzionalità differita si fonderebbe su tre ordini di ragioni: in primo luogo, con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte non dichiara l'incostituzionalità della disposizione impugnata, ma si limita – come si vedrà – ad effettuare un rinvio a nuova udienza dell'esame della questione; in secondo luogo, lo scadere di tale termine individuato dalla Corte non determinerà l'automatico annullamento della disposizione, dal momento che si tratta di un mero rinvio; infine, non viene differita ad una certa data «la sicura dichiarazione d'incostituzionalità» della fattispecie sindacata che, anzi,

Come già visto nel corso del presente lavoro, solitamente tali pronunce portano la Corte a dichiarare l'inammissibilità della questione per rispetto della discrezionalità legislativa. Pronunce che si concludono con un ammonimento nei confronti del legislatore sulla precaria tollerabilità di una disciplina già ritenuta incostituzionale. Per cui, qualora dovesse essere sollevata nuovamente la questione e all'ammonimento non fosse stato dato seguito, la Corte ben potrebbe dichiarare l'illegittimità, stante la sopravvenuta intollerabilità del *vulnus* costituzionale a causa del protrarsi dell'inerzia legislativa.

Tuttavia, nell'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte si mostra lucidamente consapevole dell'insuccesso che, negli anni, hanno mostrato quelle tecniche decisorie di consueto utilizzate in casi analoghi e che richiederebbero una pronta risposta da parte del legislatore[141]. Per cui, non solo viene esclusa – almeno nella prima fase del giudizio – la possibilità di un mero accoglimento, ma viene esclusa anche la possibilità di ricorrere alla dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore con semplice monito nei suoi confronti. Difatti, come afferma la stessa Corte, tale tecnica ha «l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non

rappresenta «solo uno dei molteplici esiti». A ciò si aggiunga quanto messo in luce da P. CARNEVALE, *Incappare in… Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 2/2019, 363 che evidenzia come un differimento *pro futuro* degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale, per quanto utile a sollecitare un intervento legislativo, nel caso di specie avrebbe «tuttavia lasciato privo di risposta il problema della costituzionalità per i rapporti pregressi, ivi compreso il giudizio *a quo*, cui la norma impugnata avrebbe potuto continuare ad applicarsi».

[141] Ci si riferisce al passaggio (all'inizio del punto n. 11 del *Considerato in diritto*) in cui la Corte costituzionale afferma che «in situazioni analoghe a quella in esame […] ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la propria pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato». Salvo poi chiarire che ciò implica l'inconveniente, in caso di perdurante inerzia legislativa, di dover attendere che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale; un'eventualità incerta e potenzialmente anche molto distante nel tempo. Si tratta di un effetto che, però, nel caso di specie, «non può considerarsi consentito», alla luce dei valori in esso coinvolti. Sul punto si veda L. MADAU, *Intervento*, in AA.VV., *Il forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019, 221 ss., secondo cui, «come spiega l'ordinanza stessa, […] l'introduzione di tale nuova tecnica decisoria è strettamente collegata alla vicenda e alla (s)fortuna incontrata dai moniti indirizzati dalla Corte al legislatore, quasi mai assecondati da quest'ultimo, con la conseguenza di aver lasciato in vita, per periodi di tempo anche molto lunghi, normative non conformi a Costituzione». Per analoghe considerazioni, si vedano anche U. ADAMO, *op. ult. cit.*, 5 e M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 660 ss.

preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione»[142]. In questo modo, si consentirebbe la permanenza dell'incertezza su un intervento legislativo che potrebbe essere tardivo o – in astratto – del tutto assente: uno scenario senz'altro da scongiurare, soprattutto ove si consideri la delicatezza della questione e l'importanza dei valori ad essa sottesi, che rendono impraticabile la via di soluzioni che tengano la disciplina incostituzionale in vita, nell'attesa di un incerto intervento legislativo[143].

Le medesime considerazioni dovrebbero valere – anche se la Corte non le cita espressamente – per le additive di principio, dal momento che, anche in questo caso, si tratta di una tecnica decisoria che inevitabilmente richiede un intervento del legislatore che disciplini in maniera puntuale il principio introdotto dalla Corte; un intervento che in questo caso sarebbe indispensabile, non potendosi di certo lasciare, nell'ambito di una questione di tale rilevanza, che l'applicazione del principio rimanga soggetta alla potenziale altalenanza e difformità degli orientamenti della magistratura.

Sono queste preoccupazioni ad aver portato la Corte a fare un ulteriore passo in avanti nell'elaborazione del proprio armamentario decisionale, coniando una nuova tecnica per consentirle di superare l'evidente *impasse* determinata dalla questione in esame.

Anche questa volta viene data la precedenza istituzionale – senz'altro costituzionalmente opportuna – ad un intervento del legislatore. Ma questa possibilità – vale a dire quella di operare il bilanciamento degli interessi coinvolti nelle questioni di fine, evitando così le ripercussioni dirompenti di una dichiarazione di incostituzionalità – non viene riconosciuta al legislatore "a tempo indeterminato". E questo perché sarebbe altrettanto intollerabile consentire la vigenza *sine die* di una norma di cui è stata già accertata l'incostituzionalità.

---

[142] Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

[143] Sul punto, cfr. P. CARNEVALE, *Incappare in… Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 364. Più in generale, sull'opportunità di un intervento legislativo nelle scelte di fine vita, si veda. S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, cit., 18 ss.

Così, facendo leva «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»[144], la Corte decide di "combinare" una pronuncia dalla portata monitoria, in cui viene accertata ma non dichiarata l'incostituzionalità, con un *contingentamento dei tempi* a disposizione del legislatore. A tal fine, viene disposto il *rinvio* della trattazione delle questioni ad una data fissa, in modo da lasciare ad esso circa un anno per superare l'incostituzionalità, seguendo le indicazioni della Corte[145], lasciando nel frattempo sospeso il giudizio *a quo*. Un'inedita tecnica decisoria che – aderendo alla definizione fornita dal Presidente della Corte Giorgio Lattanzi – può considerarsi un'ordinanza "di incostituzionalità prospettata"[146]. D'altronde, stante il tenore della pronuncia, in caso di inerzia legislativa sembrerebbe che il Giudice delle leggi non possa far altro che dare seguito al (precedente) accertamento dell'incostituzionalità.

[144] Come afferma la stessa Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207 del 2018, al punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

[145] Non a caso parte della dottrina vi ha visto una sorta di «"ordinanza-delega", con tanto di indicazione di oggetto, principi, criteri direttivi, termine»; così C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perpplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 2018, VI, 2476 ss. La sostanziale natura di "delega" nei confronti del legislatore viene evidenziata anche da A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su* Cappato, in *Forum Quad. cost.*, 2019, 1, secondo cui, per di più, i "principi e criteri direttivi" delle leggi di delega sarebbero spesso connotati da ampiezza e flessibilità maggiori rispetto ad alcuni passaggi dell'ordinanza n. 207 del 2018.
Non vi è dubbio che il Parlamento, qualora avesse voluto dar seguito all'ordinanza n. 207 del 2018 e ai rilievi di incostituzionalità in essa contenuti, avrebbe dovuto tenere in stretta considerazione i rilievi della Corte costituzionale in essa contenuti. Tuttavia, a parere di chi scrive, pur a voler vedere nell'ordinanza *de qua* una "delega" nei confronti del Parlamento, ciò corrisponderebbe a quanto usualmente accade con l'utilizzo di decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata e, in fin dei conti, anche con le additive di principio. In tali casi, infatti, è l'indicazione dell'illegittimità costituzionale in sé a fornire la strada da seguire al legislatore, rimanendo, poi, nella sua piena discrezionalità l'*an*, il *quando* e senz'altro anche il *quomodo* del proprio intervento normativo. Difatti, la mancanza di strumenti effettivamente vincolanti per il legislatore nel dar seguito alle pronunce della Corte costituzionale non può che lasciare a questo anche la libertà di scegliere *come* dar seguito a tali pronunce (sempre che abbia intenzione di farlo). In fin dei conti, quindi, l'inattuazione del dettato contenutistico di una pronuncia del Giudice delle leggi potrebbe più che altro ritenersi espressivo di una forma di mancata collaborazione istituzionale e avere, al più, rilevanza politica. Si consideri altresì che comunque, a tale libertà del legislatore, corrisponde quella speculare della Corte di sindacare la legittimità costituzionale del nuovo intervento legislativo che, se illegittimo, lo sarà perché effettivamente incostituzionale e non certo perché alla precedente pronuncia non è stato dato seguito.

[146] Cfr. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 12.

4.2. *La sentenza n. 242 del 2019 e l'asserita preminenza della legalità costituzionale sul rispetto della discrezionalità legislativa*

Il mancato intervento del legislatore, che in principio poteva ritenersi una mera eventualità, il 24 settembre 2019 si è concretizzato, dal momento che il termine conferito dalla Corte al Parlamento per consentirgli di esercitare in concreto la propria discrezionalità, ancora una volta, è scaduto infruttuosamente.

Difatti, alla data di rinvio prevista dall'ordinanza, la Corte è nuovamente intervenuta sulla questione con la sentenza 25 settembre 2019, n. 242 – il cui contenuto è stato sommariamente anticipato dal *Comunicato del 25 settembre 2019*, rilasciato dall'Ufficio Stampa della Corte costituzionale[147] – dovendo constatare l'evidente mancato intervento del legislatore nel dar seguito all'ammonimento contenuto nella precedente ordinanza n. 207 del 2018. Al riguardo, infatti, la Corte evidenzia come, nonostante i margini di operatività che il Parlamento aveva a disposizione, «nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza. Né, d'altra parte, l'intervento del legislatore risulta imminente»[148].

Di conseguenza, il Giudice delle leggi ha inevitabilmente deciso di "tenere il punto", dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione di un proposito suicida altrui, purché ciò avvenga nel rispetto di determinate e limitate condizioni, già anticipate nella precedente decisione ed ora ulteriormente e più dettagliatamente sviluppate.

Per quanto riguarda le situazioni soggettive coinvolte, sembrerebbe che le condotte di agevolazione debbano necessariamente riguardare il proposito suicida di chi si trovi nelle condizioni cliniche già prospettate dall'ordinanza n. 207 del 2018[149]. A ciò la Corte aggiunge due principali condizioni a cui

[147] Il testo completo del comunicato, dal titolo «*In attesa del Parlamento la Consulta si pronuncia sul fine vita*», è reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, *www.cortecostituzionale.it.*

[148] Corte cost., sentenza 25 settembre 2019, n. 242, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

[149] Vale a dire le condizioni di cui alle lettere *a*), *b*), *c*) e *d*) riportate al punto n. 8 del *Considerato in diritto* dell'ordinanza n. 207 del 2018, illustrate anche *supra*, § 4, ed espressamente richiamate dalla sentenza n. 242 del 2019 al punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

subordinare la non punibilità per il reato di cui all'art. 580 c.p., nelle more di un intervento legislativo.

Da un lato, è necessario rispettare le modalità previse dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua, prevista dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, che rappresenta un opportuno "punto di riferimento" a cui agganciare il preannunciato intervento manipolativo[150]. Come chiarisce la Corte, il riferimento all'art. 1, comma 5, di detta legge consente di prevedere una "procedura medicalizzata", anche per chi – ricorrendone le condizioni – deciderà di ricorrere a forme di aiuto al suicidio. Ciò vale, in particolare, per le forme di accertamento sulla capacità di autodeterminazione del paziente e le modalità con cui egli può manifestare ed eventualmente modificare le proprie volontà; inoltre, il richiamo alla disposizione *de qua* impone, anche in questo caso, che il medico prospetti al paziente e ai suoi familiari le conseguenze della propria decisione e le sue possibili alternative. Il riferimento all'art. 2 della legge n. 217 del 2019, invece, risponde all'esigenza di coinvolgere l'interessato in un percorso di cure palliative; un'opportunità sentita ancor più fortemente nell'ambito dell'aiuto al suicidio, poiché – come chiarisce la stessa Corte – «l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta […] a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita»[151].

Dall'altro lato, la non punibilità per chi agevola l'esecuzione di un proposito suicida altrui viene subordinata alla preventiva verifica delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica facente parte del Servizio Sanitario Nazionale, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente[152].

---

[150] Come visto nei paragrafi precedenti (si veda in particolare *supra*, § 2.1), nella giurisprudenza costituzionale più recente, a fronte di interventi che rischiano di sconfinare nell'ambito delle prerogative legislative, la Corte cerca sempre di individuare chiaramente un "punto riferimento normativo", una base su cui poggiare l'intervento manipolativo. Sul punto si veda M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penale e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, 297 ss. che evidenzia come l'individuazione di norme di riferimento già vigenti nell'ordinamento rappresenta l'opportuno tentativo della Corte costituzionale «di non fare tutto da sola, ma di agganciarsi, come ha fatto anche in altri casi, a norme esistenti».

[151] Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

[152] Sul punto, cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, n. 12/2019, 49 ss. che mette in luce alcune perplessità su tale presidio di garanzia (pur ritenuto necessario). Per quanto riguarda i compiti attribuiti al Servizio Sanitario Nazionale, l'Autore si interroga sull'effettiva capacità di dette strutture di

Secondo la Corte, infatti, «la delicatezza del valore in gioco richiede […] l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»[153]. E per l'appunto, nelle more di un intervento legislativo che individui eventualmente un organo diverso, tale compito viene affidato ai comitati etici territorialmente competenti. Al riguardo deve evidenziarsi – come già messo in luce da una parte della dottrina – che la necessità di richiedere preventivamente il parere dei comitati etici territoriali, condizionando «il perimetro della norma penale al parere di soggetti estranei, e peraltro di incerta esistenza, pare vanificare completamente quelle esigenze di determinatezza e di precisione della fattispecie penale che l'art. 25 comma 2 Cost. esprime»[154].

Inoltre, in un breve passaggio della propria motivazione, la Corte si occupa anche dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, chiarendo che la decisione in esame non crea alcun obbligo in capo ai medici di dare esecuzione alle richieste di aiuto al suicidio dei malati, rimanendo affidata alla loro coscienza la scelta se procedervi o meno[155].

---

fronteggiare, dal punto di vista organizzativo, il nuovo e gravoso compito attribuitogli dalla Corte costituzionale. Ulteriori perplessità riguardano, poi, l'idoneità dei comitati etici territorialmente competenti di garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità; ciò per diversi ordini di ragioni: «per la *composizione*, non sempre tale da assicurare competenze idonee a vagliare i requisiti richiesti, di matrice clinica e non etica; per il rischio di *difformità* di approccio e di soluzioni e conseguenti possibili disparità di trattamento fra diversi comitati; per la non meglio precisata *caratura* del parere espresso, vincolante o no». Sul quest'ultimo punto, per analoghe considerazioni, si veda anche C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta online*, n. 1/2020, 73.

[153] Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

[154] Così M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 295 s.

[155] Cfr. Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, punto n. 5 del *Considerato in diritto*. Secondo parte della dottrina, tale *obiter dictum* rischierebbe di compromettere la dimensione di "diritto individuale" per l'accesso a forme di aiuto al suicidio che consentano di ottenere una morte dignitosa. Per tale conclusione, si veda L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, 368 ss., secondo cui l'esercizio del diritto individuato dalla Corte «non può essere rimesso alla "fortuna" di incontrare un medico non obiettore, ma deve essere garantito da un sistema, che – ben ponendo parametri solidi, volti ad evitare abusi e violazioni – assicuri, a chiunque si trovi nelle condizioni individuate dalla Corte, di poter procedere secondo le proprie scelte morali». La stessa Autrice, tuttavia, evidenzia come la soluzione a tale *impasse* possa derivare dalla stessa legge n. 219 del 2017, più volte richiamata dalla stessa Corte nella propria decisione. Tale legge, infatti, richiede ad ogni struttura sanitaria – pubblica o privata – di garantire con proprie modalità organizzative l'attuazione dei principi in essa stabiliti (art. 1, comma 9, legge n. 219/2017). In questo modo – evidenzia l'Autrice – «il dettato normativo intende garantire l'esercizio del diritto ad una morte dignitosa, pur in presenza di uno o più medici che esercitino obiezione di coscienza, attraverso il coinvolgimento di personale non obiettore». Una soluzione che, per l'appunto,

Tuttavia, al di là delle questioni di diritto sostanziale sommariamente illustrate, la decisione in esame contiene alcune affermazioni che – oltre ad interessare maggiormente il presente lavoro rispetto ai passaggi relativi alla disciplina dell'aiuto al suicidio – risultano di fondamentale importanza per il cammino evolutivo della giustizia costituzionale italiana, determinando una "nuova" demarcazione dei confini che separano il Giudice delle leggi dal legislatore.

A ciò viene dedicato principalmente l'intero punto n. 4 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 242 del 2019, ove la Corte afferma che, stante l'assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento a fronte della richiesta di un suo intervento nella precedente decisione, essa non può esimersi dal pronunciarsi sul merito delle questioni per «rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018»[156]. Questo anche laddove – chiarisce la Corte – la disciplina sia suscettibile di risposte differenziate da parte del legislatore, come nel caso di specie[157].

In questo modo, il Giudice delle leggi ribadisce chiaramente il proprio recente orientamento sul rispetto della discrezionalità legislativa, mostrando di poter prescindere dallo storico limite delle "rime obbligate". O meglio, come già era stato anticipato con le sentenze n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019, la Corte chiarisce che, qualora debba adottare una decisione dalla portata manipolativa, la necessaria sussistenza di una soluzione costituzionalmente obbligata non può rappresentare un limite assoluto, fisso e permanentemente invalicabile; e ciò

potrebbe valere anche per quelle ipotesi rientranti nell'ambito dell'aiuto al suicidio. Sul punto, si vedano altresì C. CUPELLI, *op. ult. cit.*, 50 e C. MASCIOTTA, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui il riconoscimento di un diritto ad essere agevolati nella realizzazione del proprio proposito suicida – purché ne ricorrano le condizioni – mal si concilia con la mancata previsione di un obbligo per la struttura sanitaria di garantire una simile prestazione.

[156] Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

[157] Secondo parte della dottrina, la permanenza di tale circostanza – cioè la sussistenza di plurime opzioni alternative tra le quali è stata la Corte ad effettuare la selezione – attribuirebbe alla decisione in esame «un elevato tasso di innovatività»: essa rappresenterebbe, infatti, «una vera e propria legislazione rivestita dalle candide forme della sentenza»; così A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019.

specie quando una pronuncia di mero accoglimento rischierebbe di generare una menomata protezione dei diritti fondamentali oggetto del proprio scrutinio[158].

Questa volta, però, la Corte è ancora più chiara e decisamente più netta: «decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, *prevalere* su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità»[159].

Nella decisione in esame, tale preminenza ha trovato, non solo un importante riconoscimento, ma anche e soprattutto la garanzia di un nuovo meccanismo operativo di garanzia. Come visto nel corso del presente lavoro, infatti, la necessità di contemperare la prevalenza della legalità costituzionale con il rispetto della discrezionalità legislativa, per la Corte ha avuto come implicazioni,

---

[158] In tali casi, come si legge nella decisione in esame, la Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitare vuoti di disciplina, «non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»; così Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, punto n. 4 del *Considerato in diritto*. A tal riguardo, può considerarsi che già C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 190-191, riteneva che «la discrezionalità del legislatore [debba] cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l'obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali». Ciò rappresenterebbe, infatti, un effetto dell'avvento della Costituzione e del conseguente superamento della sovranità parlamentare, sostituita dalla sovranità della Costituzione e dalla primarietà del principio di legittimità costituzionale che ne discende. Ebbene, nella decisione in esame – riprendendo il passaggio sopra citato – il Giudice delle leggi, per garantire ancor più efficacemente tale preminenza, si mostra ormai svincolato dalla necessaria sussistenza di una soluzione "a rime obbligate": dal sistema vigente la Corte può trarre «*i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato*» (corsivi aggiunti). Il riferimento, quindi, è a generici "criteri di riempimento costituzionalmente necessari", non ad una univoca soluzione obbligata. Una soluzione che, come si vedrà *infra*, trova una propria giustificazione nell'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa a fronte di una precedente decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Parte della dottrina ha comunque messo in luce come ciò abbia segnato il definitivo «tramonto delle "rime obbligate"», come affermato da E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, 310 ss. Secondo l'Autore, con la sentenza n. 242 del 2019, i giudici costituzionali – pur costretti dai troppi moniti rimasti inascoltati – avrebbero infatti invaso «la sfera riservata agli apprezzamenti politici del Parlamento», sostituendosi a quest'ultimo e riempiendo autonomamente quel vuoto che avrebbe altrimenti generato una decisione di mero accoglimento. In questo modo la Corte, «apparentemente rispettosa della discrezionalità del Parlamento, ma in realtà creatrice *ex nihilo* del diritto, si spinge ai confini massimi del controllo di costituzionalità sulle omissioni legislative, fino ad inserirsi in concreto nel ristretto "club" dei legislatori» (*ivi*, 315).

[159] Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, punto n. 4 del *Considerato in diritto*; corsivo aggiunto. Ritornano, in questo modo, le parole di F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 144 ss., spec. 146, secondo cui il principio di legittimità costituzionale rappresenta – per l'appunto – un «*valore preminente*» che deve governare il bilanciamento tra la funzione legislativa e la funzione di garanzia costituzionale.

a seconda dei casi: quella di non consentirle di adempiere pienamente al proprio compito di garante della Costituzione oppure quella di esporre la Corte stessa alla critica di una indebita invasione nelle prerogative del legislatore.

Invece, con il meccanismo delineatosi con l'utilizzo dell'ordinanza n. 207 del 2018 e della sentenza n. 242 del 2019, il Giudice delle leggi ha tentato di collaudare una "nuova" tecnica che le consenta di non sacrificare eccessivamente le due esigenze sopramenzionate. Sulla falsariga del meccanismo della "doppia pronuncia" – non a caso espressamente richiamato dalla sentenza in esame al punto n. 4 del *Considerato in diritto* – la Corte utilizza due decisioni in sequenza: la prima con cui, pur riscontrando un'illegittimità costituzionale, viene disposto un rinvio a data fissa per dare "precedenza" al concreto esercizio della discrezionalità del legislatore, di cui si richiede l'intervento[160]; la seconda – eventuale – con cui viene definitivamente dichiarata l'incostituzionalità in caso di perdurante inerzia legislativa[161].

Ancora una volta emerge come il confine che separa la funzione di garanzia costituzionale da quella legislativa sia essenzialmente mobile, potendo avanzare o arretrare nel corso del tempo per contemperare, al meglio, la necessaria preminenza della legalità costituzionale con il dovuto rispetto della discrezionalità del legislatore.

[160] Come chiarisce la stessa Corte, infatti, l'esigenza di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia deve avere «la priorità» su quella di assicurare la preminenza della legalità costituzionale; cfr. Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

[161] Come anticipato da parte della dottrina, quindi, la Corte sembrerebbe confermare che lo scorrere del tempo rappresenta un fattore determinante ai fini dell'accoglimento di una precedente questione conclusasi con un'incostituzionalità accertata ma non dichiarata per rispetto della discrezionalità legislativa: quest'ultima, infatti, può rappresentare un limite quando ancora può tollerarsi l'attesa di un intervento del legislatore, ma non può ostacolare in perpetuo un intervento – anche manipolativo – del Giudice delle leggi che gli consenta di garantire il rispetto e la preminenza della legalità costituzionale. Trattasi di quanto già prospettato da M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 648 ss.; una conclusione che, nella sentenza n. 242 del 2019, sembrerebbe trovare un nuovo esplicito riconoscimento. Sul punto si veda più approfonditamente *supra*, nota n. 68.

5. *Sui "nuovi orizzonti per le sentenze manipolative in diritto penale", alla luce delle potenzialità insite nella tecnica decisoria utilizzata per il c.d. "caso Cappato"*

Al di là degli aspetti di natura più marcatamente sostanzialistica, sommariamente illustrati nei paragrafi precedenti, le peculiarità dell'ordinanza n. 207 del 2018, specie se letta nell'ambito del meccanismo operativo delineatosi con l'adozione della sentenza n. 242 del 2019, possono essere prese come spunto per alcune riflessioni su quali siano i "nuovi orizzonti per le sentenze manipolative in diritto penale"[162].

Non vi è dubbio che l'ordinanza *de qua* rappresenti un ulteriore strumento con cui il Giudice delle leggi ha tentato di preservare la sfera di discrezionalità del legislatore senza rinunciare, al contempo, alla propria funzione di garanzia. D'altronde, ciò emerge da quella che si potrebbe definire come una lettura "autentica" dell'ordinanza n. 207 del 2018, vale a dire quella offerta dalla *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018* del Presidente della Corte Giorgio Lattanzi che a tale decisione ha dedicato un ampio passaggio. In particolare, quest'ultima avrebbe tentato di dare risposta al frequente presentarsi dell'alternativa «tra soluzioni di inammissibilità che preservano la discrezionalità legislativa, ma lasciano insoddisfatti interessi costituzionali meritevoli di tutela, e pronunce di accoglimento che, sacrificando tale discrezionalità, offrono tutela a questi ultimi, ma perturbano l'ordinamento, fino a lasciarlo privo di una compiuta disciplina legislativa che la Corte non ha né titolo né mezzi per somministrare»[163].

Sembrerebbe allora forse eccessivo vedere nell'ordinanza n. 207 del 2018 una decisione "*pilatesca*", un *escamotage* della Corte per "lavarsi le mani" della soluzione di una questione delicata come quella ad essa sottoposta; una

[162] Trattasi di un riferimento testuale al titolo degli interventi di A. Pugiotto e E.M. Casonato, nel corso del Seminario di studi tenuto presso la sede di Treviso dell'Università degli Studi di Padova, il 17 maggio 2019, dal titolo "*Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*".
[163] *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 11. Che si tratti di una pronuncia volta a salvaguardare i rapporti con il legislatore emerge chiaramente anche dal testo della stessa ordinanza, laddove si afferma che essa è adottata con «uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»; così Corte cost., ordinanza n. 207 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

pronuncia con cui, in fin dei conti, la Corte avrebbe – per riprendere una definizione ricorrente in dottrina – "deciso di non decidere"[164].

Al contrario, la Corte sembrerebbe essersi fatta carico dei molteplici e delicati interessi costituzionali – da quelli di natura sostanziale a quelli relativi agli equilibri istituzionali – venuti in rilievo nella questione sollevata sulla legittimità costituzionale del suicidio assistito[165]. Sul piano sostanziale, ciò è avvenuto dando la precedenza alla sede più opportuna ove realizzare il bilanciamento tra i valori coinvolti nelle questioni di fine vita, vale a dire il Parlamento, ove siede il legislatore democraticamente eletto. Difatti, come viene affermato nella stessa ordinanza n. 207 del 2018, qualora la questione di legittimità costituzionale riguardi valori di primo rilievo, «il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta e immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere», si deve consentire al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che […] una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»[166].

---

[164] Cfr. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora… (A margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3/2018, 568 ss. In particolare, l'Autore riscontra nell'utilizzo di tale tecnica il segnale di un'evidente indecisione, all'interno del Collegio, sulla portata da conferire ad un eventuale accoglimento. Scartata l'ipotesi del rigetto – perché altrimenti non vi sarebbe stato bisogno del rinvio – il suo utilizzo potrebbe denotare: o una convergenza verso un accoglimento, seppur parziale, della questione, oppure un quadro «ancora fluido e non ben definito» che avrebbe portato, «data la rilevanza della posta in palio», alla scelta di «guadagnare tempo e attendere, dunque, la maturazione della decisione». In entrambi i casi, un'incertezza che avrebbe condotto la Corte, per l'appunto, a "non decidere". Di diverso avviso sembrerebbe essere altra parte della dottrina, come L. PESOLE, *L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, cit., 2878 che espressamente esclude possa trattarsi di un caso in cui la Corte ha deciso di non decidere; come chiarisce l'Autrice, infatti, «il 24 settembre 2019 una decisione dovrà necessariamente essere assunta e, in caso di mancato intervento del legislatore, probabilmente sarà una decisione che dichiara l'incostituzionalità che è già stata accertata»; come poi verificatosi.

[165] Sul medesimo punto, per considerazioni di segno contrario, cfr. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit. Secondo l'Autore, dalla combinazione delle due decisioni deriverebbe «una lezione rilevante (e preoccupante)» sotto un duplice profilo: sia sul piano processuale, per l'uso disinvolto che la Corte mostra di fare delle proprie tecniche decisorie, sia sul «piano istituzionale, laddove si definiscono (e ridefiniscono) senza sosta, *iussu iudicis*, gli equilibri (e squilibri…) tra la stessa Corte e il legislatore».

[166] Corte cost., ordinanza n. 207 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

Sul piano degli equilibri istituzionali, la Corte ha fatto ciò che da sempre ritiene e *si ritiene* in suo potere: ha effettuato un bilanciamento tra la discrezionalità del legislatore e il principio di legalità costituzionale. Pur avendo riscontrato una lesione di quest'ultima ad opera dell'assolutezza del divieto di suicidio assistito, la Corte ha deciso di dare una "temporanea" precedenza al legislatore che – lungi dal rappresentare una scelta di "non decidere" – sembrerebbe il sintomo di una particolare attenzione verso l'osservanza delle rispettive prerogative costituzionali.

Anche alla luce di tali considerazioni, pur nella consapevolezza che l'ordinanza n. 207 del 2018 non ha rappresentato per il legislatore uno strumento stimolante al punto da assicurarne l'intervento, la nuova tecnica decisoria cela delle potenzialità tali da non rappresentare un insuccesso, anche a fronte del suo mancato seguito legislativo[167]. Nonostante il risultato tendenzialmente già preannunciato, definitivamente realizzatosi con la sentenza n. 242 del 2019, l'intento lodevole perseguito con la combinazione delle due pronunce in esame è quello di aver *arginato i tempi dell'incertezza*, di aver puntualmente indicato un termine oltre il quale l'incostituzionalità non è più tollerabile.

Ciò implica delle rilevanti ripercussioni dal punto di vista giuridico. In primo luogo, il rinvio della trattazione non pregiudica la posizione giuridica soggettiva del giudizio *a quo*, che ovviamente rimane sospeso. In secondo luogo, la motivazione dell'ordinanza di rinvio rende – almeno in termini probabilistici – non manifestamente infondate questioni analoghe; per cui, di riflesso, tale ordinanza dà copertura anche a situazioni soggettive simili a quella del giudizio *a quo*. Infine, come anticipato, la Corte ha inaugurato la possibilità di dettare "il

[167] Va da sé che, se invece all'ordinanza n. 207 del 2018 il legislatore avesse dato seguito, la Corte avrebbe potuto registrare un risultato ancor più importante. Non a caso è quanto si auspicava nella più volte citata *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 9, ove si ammette che tale decisione rappresenta «una tecnica che sarebbe destinata a maggior impiego e successo se il Parlamento sapesse trarne spunto per avviare le dovute riforme legislative, ciò che purtroppo non sempre accade». Questa (ormai vana) speranza esprime in realtà la summenzionata esigenza di una collaborazione istituzionale tra Corte e Parlamento la cui realizzazione – si aggiunge – avrebbe portato anche a superare alcune di quelle perplessità con cui è stata accolta l'ordinanza sul caso Cappato. Proprio perché, a ben vedere, la maggior parte delle critiche sono mosse all'inventiva della Corte in sé più che al singolo strumento decisorio, un eventuale "successo" in termini di seguito legislativo avrebbe consentito al Giudice delle leggi di consolidare il suo utilizzo, dando vita ad un rapporto potenzialmente fruttuoso.

calendario dei lavori", di anticipare l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa, senza che sia costretta ad attendere un'eventuale e temporalmente incerta sollevazione della medesima questione di legittimità.

Il vantaggio che potrebbe ottenersi dal consolidarsi di una tecnica di questo tipo è che, rispetto a decisioni che si concludono con un semplice monito, il rinvio della trattazione a termine fisso sottintende un giudizio di tollerabilità – e di conseguenza di *intollerabilità* – della presenza nell'ordinamento della norma incostituzionale[168].

Le tecniche analizzate nei paragrafi precedenti, anch'esse mosse dall'esigenza di contemperare la funzione di garanzia costituzionale con il rispetto della discrezionalità legislativa, finiscono costantemente per far prevalere quest'ultima fino ad un punto di rottura, che si raggiunge nel momento in cui la presenza nell'ordinamento della norma incostituzionale risulti non più tollerabile. Invece, una decisione come l'ordinanza n. 207 del 2018 consente di individuare *a priori* un termine ragionevole, per contemperare due diverse esigenze: da un lato, lasciare al legislatore il tempo necessario per dettare la disciplina della materia affetta da incostituzionalità, nel rispetto delle sue valutazioni discrezionali; dall'altro, contingentare temporalmente tale intervento, lasciando aperta la porta di una (eventuale) incostituzionalità, a cui il legislatore è già stato preparato e su cui, di conseguenza, ricadrà la responsabilità politica del mancato intervento.

Può apprezzarsi, quindi, il tentativo di coniare un nuovo e ulteriore strumento di dialogo con il legislatore, mosso da «uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»[169] che, tuttavia, provi a limitare le disfunzioni che l'inerzia legislativa da sempre porta con sé, a beneficio della certezza del diritto e della tutela delle situazioni giuridiche coinvolte.

[168] Anche se non può trascurarsi che l'individuazione di questo termine è inevitabilmente caratterizzata dalla sensibilità – e quindi in buona misura dalla discrezionalità – del Collegio.
[169] Come afferma la stessa Corte, in chiusura del punto n. 11 del *Considerato in diritto*, dell'ord. n. 207 del 2018.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989

AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990

AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993

AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011

AA.VV., *Il forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019

ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018

ADAMO U., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018

ADAMO U., *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *Diritti comparati*, 23 novembre 2018

ADAMO U., *La Corte è "attendista" ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». Nota a Corte cost., ord. n. 2017 del 2018*, in *Forum Quad. cost.*, n. 11/2018

AGOSTA S., *L'attività legislativa consequenziale alle pronunzie della Corte costituzionale tra (antichi) pregiudizi e (rinnovate) prospettive di cooperazione istituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006

ALBERTI A., *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la* libertà *di morire*, in *Forum Quad. cost.*, n. 3/2018

ANASTASIA S. – CALDERONE V. – FANOLI L. (a cura di), *L'articolo 3. Primo Rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma, 2014

ANGIOLINI V., *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988

ANZON A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992

ANZON A., *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *Giur. cost.*, 2018, VI

ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957

AZZARITI G. (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005

AZZARITI G. (SR.), *Il primo triennio di attività della Corte costituzionale in discorsi e dichiarazioni del Presidente Azzariti*, in *Giur. cost.*, 1959

AZZARITI G. (SR.), *Parole pronunciate dal Presidente Azzariti alla stampa il 28 luglio 1959*, in *Giur. cost.*, 1959

AZZARITI G., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000

BALDUZZI R. – CAVINO M. – LUTHER J. (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011

BARBARESCHI S., *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *federalsimi.it*, n. 10/2018

BARBERA A., *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, I

BARILE P. – CHELI E. – GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982

BARTOLI R., *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, VI

BARTOLI R., *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Dir. pen. cont.*, 2019

BARTOLI R., *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettata una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2019

BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, II

BARTOLI R., *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, III

BATTAGLINI M. – MININNI M. (a cura di), *Codice della Corte costituzionale*, Padova, 1964

BATTAGLINI M., *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957

BELLOCCI M. – PASSAGLIA P., *La giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee (Vilnius 2-7 giugno 2008)*, in *www.cortecostituzionale.it.*

BIANCHI P., *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000

BIANCHI P., *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006

BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018

BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P. (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006

BIN R., *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018

BISCOTTI B. – BORSELLINO P. – POCAR V. – PULITANÒ D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012

BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958

BOGNETTI G., *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990

BONOMI A., *Sono davvero inammissibili le additive* in malam partem *in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2008

BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975

BRAY C., *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe "pesanti" ma invia un severo monito al legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, n. 11/2017

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965

BRICOLA F., *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*, in *Scuola pos.*, 1963

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1973

CALAMANDREI P. – LEVI A. (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950

CALAMANDREI P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956

CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942

CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950

CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968

CARNEVALE P., *Il controllo di costituzionalità limitato alla evidenza del vizio ovvero del come la Corte può aggredire spazi politicamente sensibili senza fare politica*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017

CARNEVALE P., *Incappare in… Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 2/2019

CARTABIA M. – VIOLANTE L., *Giustizia e mito*, Bologna, 2018

CASSESE S., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015

CELOTTO A. – MODUGNO F., *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019

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

CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004

CERRI A., *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019

CERRI A., *Inammissibilità «assoluta» e infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, I

CHELI E., *Introduzione*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982

CHINNI D., *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. soc.*, n. 2/2018

CICCONETTI S.M., *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972

COLAPIETRO C., *La giurisprudenza della Corte costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996

COLAPIETRO C., *Le pronunce «erogatorie» della Corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della copertura finanziaria: le «additive di prestazione» sono per loro natura esenti dai vincoli e limiti dell'art. 81 Cost.*, in *Giur. it.,* 1989

COLAPIETRO C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990

CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, I

CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964

CRISAFULLI V., *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in ID., *Stato popolo governo*, Milano, 1985

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952

CRISAFULLI V., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967

CRISAFULLI V., *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova, 1961, I

CRISAFULLI V., *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, II, 1984

CRISAFULLI V., *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1974, II, 2

CRISAFULLI V., *Nota a Corte costituzionale, sentenza 3 ottobre 1958, n. 56*, in *Giur. cost.*, 1958

CRISAFULLI V., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956

CUPELLI C., *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, n. 12/2019

D'AMICO M., *Art. 25*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, I

D'AMICO M., *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penale e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020

D'AMICO M., *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017

D'AMICO M., *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corriere giur.*, 2018, VI

D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981

D'ORLANDO E. – MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009

DE STEFANO, A. *Giustizia costituzionale e potere legislativo in Italia. Relazione alla Terza conferenza delle Corti costituzionali europee (Roma, 1976)*, in AA.VV. *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, 2006

DELLA BELLA A. – VIGANÒ F., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 T.U. stup.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014

DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982

DOLCINI E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, VII

DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, I

DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, IV

DOLSO G.P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, V

EINAUDI M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931

ELIA L., *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965

ELIA L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 – luglio '85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985

ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962

ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954

ESPOSITO C., *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954

ESPOSITO C., *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961

ESPOSITO C., *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964

EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, n. 2/2018

EUSEBI L., *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019

FELICETTI F., *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1986, I

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2009

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019

FIANDACA G., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberismo penale*, in *Foro. it.*, 2009, V

FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000

FIORAVANTI M. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009

FIORAVANTI M., *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009

FLICK G.M., *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, n. 7/2018

FRONTONI E., *Le limitazioni dell'indennità spettante alle lavoratrici autonome. Ancora una interpretativa di rigetto «a valenza additiva»*, in *Giur. cost.*, 2002, IV

FURNO E., *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020

GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014

GALLUCCIO A., *Pene accessorie "fisse" per la bancarotta fraudolenta: la Cassazione solleva una questione di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2018

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939

GIANNINI M.S., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954

GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999

GIUBILEI A., *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in *federalismi.it*, n. 2/2018

GRIPPO P., *Il potere giudiziario in rapporto alla Costituzione dello Stato*, Napoli, 1881

GROSSI P., *L'*invenzione *del diritto*, Bari-Roma, 2017

GROSSO E., *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, 1991

GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951

GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, IV

KELSEN H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, 1928, edizione italiana a cura di C. GERACI, Milano, 1981

LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012

LAMARQUE E., *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (2000-2005)*, 2007, in *www.cortecostituzionale.it*

LAMARQUE E., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012

LAMARQUE E., *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011

LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Parigi, 1921, edizione italiana a cura di R. D'ORAZIO, Milano, 1996

LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985

LAVAGNA C., *Le costituzioni rigide*, Roma, 1964

LAVAGNA C., *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970

LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017

LEONE S., *Sindacato di ragionevolezza e* quantum *della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017

LUCIANI M., *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano, 1993

LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984

MADAU L., *Intervento*, in AA.VV., *Il forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019

MALFATTI E. – ROMBOLI R. – ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002

MANCONI L., *Prefazione*, in S. ANASTASIA – V. CALDERONE – L. FANOLI (a cura di), *L'articolo 3. Primo Rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma, 2014

MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, VI

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017

MARCENÒ V., *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 2000

MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G.L., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018

MASCIOTTA C., *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta online*, n. 1/2020

MASSARO A., *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018

MEZZANOTTE C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979

MODUGNO F. – AGRÒ A.S. – CERRI A., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008

MODUGNO F. – CARNEVALE P., *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, I

MODUGNO F. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019

MODUGNO F., *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988, II

MODUGNO F., *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989

MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982

MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1995

MODUGNO F., *Inammissibilità della* quaestio legitimitatis *per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, IV

MODUGNO F., *L'invalidità della legge. I: Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970

MODUGNO F., *L'invalidità della legge. II: Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970

MODUGNO F., *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008

MODUGNO F., *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA. VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985

MODUGNO F., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981

MODUGNO F., *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007

MODUGNO F., *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, I

MODUGNO F., *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019

MODUGNO F., *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973

MODUGNO F., *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978

MODUGNO F., *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, 1966

MODUGNO F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008

MORELLI A., *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, 2015

MORRONE A. (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Atti del Seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte costituzionale del 23 ottobre 2018 sulla questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. – Università degli Studi di Bologna, 12 ottobre 2018*, in *Forum. Quad. cost.*, n. 10/2018

MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019

MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V

MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. ita.*, 1960

MORTATI C., *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998

MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968

MORTATI C., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949

MOSCATO M., *La riserva di legge in materia penale… un principio tiranno?*, in *Forum Quad. cost.*, 2011

NANIA R., *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986

OCCHIOCUPO N. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984

OCCHIOCUPO N., *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in ID. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984

ONIDA V., *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano, 1993

ORLANDO V.E., *Principi di Diritto costituzionale*, Firenze, 1912

PACE A., *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989

PACE A., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto Albertino e di qualche altra costituzione*, Padova, 1996

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985

PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, 1968, edizione italiana a cura di G. VASSALLI, Milano, 1978

PALADIN L., *Considerazioni preliminari*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989

PALADIN L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti Costituzionali europee: spunti comparatistici*, in *Scritti in memoria di Antonio De Stefano*, Milano, 1990

PALADIN L., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1964

PALADIN L., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956

PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, II

PALAZZO F., *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, n. 7/2019

PALERMO F. (a cura di), *"Codice" di Diritto costituzionale austriaco*, Padova, 1998

PANUNZIO S., *Rivoluzione e Costituzione*, Milano, 1933

PANZERA C., *Interpretare Manipolare Combinare*, Napoli, 2013

PANZERA C., *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum Quad. cost.*, 2019

PANZERA C., *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in A. RUGGERI – L. D'ANDREA – A. SAITTA – G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007

PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996

PEGORARO L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987

PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017

PESOLE L., *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I

PESOLE L., *L'intento della Corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, in *Giur. cost.*, 2018, VI

PESOLE L., *Sull'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale: i più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.*, 1992, I

PETRUCCI M., *La Corte costituzionale*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950

PICARDI N., *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1975

PICCHI M., *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018

PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962

PINARDI R., *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sent. n. 125 del 1992 come decisione di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»*, in *Giur. cost.*, 1992

PINARDI R., *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessione su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, VI

PINARDI R., *Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale di fronte all'inerzia del legislatore quale causa di una maggior "diffusione" del giudizio sulle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002

PINARDI R., *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007

PINARDI R., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia* pro futuro *delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1991

PINARDI R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993

PINARDI R., *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992

PINARDI R., *Osservazioni a margine di una pronuncia di inammissibilità (ovvero: quando la Corte utilizza la necessità di rispettare la discrezionalità legislativa quale argomento non pertinente)*, in *Giur. cost.*, 1993

PISU A., *Fine vita. La Corte costituzionale si rivolge al legislatore inaugurando una nuova stagione di «relazionalità istituzionale»*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 1/2019

PIZZORUSSO A., *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988

PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV

PIZZORUSSO A., *Nota a Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 1977, n. 102*, in *Foro it.*, 1977, I

POLI L., *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020

POLITI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997

POLITI F., *Principio di continuità dell'ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: «giusta preoccupazione» o «eccessivo timore» della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?*, in *Giur. cost.*, 1992

PRISCO S., *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Riv. BioDiritto*, n. 3/2018

PUGIOTTO A., *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, II

PUGIOTTO A., *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992

PUGIOTTO A., *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018

PUGIOTTO A., *L'altra* quaestio *del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum Quad. cost.*, 2019

PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7/2018

PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017

PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012

RACIOPPI F. – BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909

RANELLETTI O., *Istituzioni di Diritto pubblico. Il nuovo Diritto pubblico italiano*, Padova, 1931

RAZZANO G., *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2019

RECCHIA N., *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015

RESCIGNO G.U., *Trasformazioni e problemi della responsabilità politica oggi*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005

RIMOLI F., *Appunti per uno studio sulla dimensione funzionale dei doveri pubblici*, in *federalismi.it*, n. 2/2015

RIMOLI F., *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019

RIMOLI F., *L'interpretazione "morale" della Costituzione: brevi considerazioni critiche*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012

RODOTÀ S., *La svolta «politica» della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1970, I

RODOTÀ S., *Statuti e carte delle libertà*, in *Pol. dir.*, 1980, II

ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017

ROMBOLI R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006

ROMBOLI R. (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017

ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017

ROMBOLI R., *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I

ROSSI E., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011

ROUSSEAU J.J., *Du contract social*, 1762, II

RUGGERI A. – D'ANDREA L. – SAITTA A. – SORRENTI G. (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007

RUGGERI A. – SILVESTRI G. (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000

RUGGERI A. – SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019

RUGGERI A. (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006

RUGGERI A., *Attività di garanzia e attività di indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, n. 2/2015

RUGGERI A., *Corte costituzionale e Parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro it.*, 2000

RUGGERI A., *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del "modello" e fluidità dell'esperienza*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000

RUGGERI A., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in *Consulta online*, 2014

RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, n. 1/2019

RUGGERI A., *Introduzione ai lavori*, in E. D'ORLANDO – L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009

RUGGERI A., *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 2007

RUGGERI A., *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora… (A margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3/2018

RUGGERI A., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019

RUOTOLO M. (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007

RUOTOLO M., *Art. 13*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, I

RUOTOLO M., *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione"). Audizione presso la*

Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica, Roma, 16 ottobre 2018, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018

RUOTOLO M., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014

RUOTOLO M., *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 01/2011

RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019

RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000

SACCO F., *L'impatto della giurisprudenza costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali: una prospettiva storica*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006

SALAZAR C., *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000

SALAZAR C., *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013

SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000

SALERNO G.M., *Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria*, in *Giur. it.*, 1989, I

SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, III

SANDULLI A.M., *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1963

SAREDO G., *Trattato delle leggi*, Firenze, 1871

SCACCIA G., *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999

SCUDIERO M. – STAIANO S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999

SERGES GIU., *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019

SIEYÈS J.-E., *Convenzione nazionale. Opinioni di Sieyès sulle attribuzioni e l'organizzazione del giurì costituzionale, proposta il 2 termidoro [20 luglio 1795] pronunciata alla Convenzione nazionale il 18 [5 agosto] dello stesso mese l'anno III della Repubblica* (1795), in G. TROISI SPAGNOLI (a cura di), *Opere e testimonianze politiche. Scritti editi,* Milano, 1993

SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I

SPADARO A., *"Nuove tecniche (premiali o disincentivanti) per "nuovi" diritti: dall'*hard law *al* soft law, in A. RUGGERI – L. D'ANDREA – A. SAITTA – G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007

SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativistica e assolutismo etico*, Milano, 1994

SPERTI A., *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006

STAIANO S., *Introduzione*, in M. SCUDIERO – S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999

STAIANO S., *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in *federalismi.it*, n. 9/2012

TALINI S., *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018

TALINI S., *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta online*, n. 3/2018

TOMBA C., *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017

TRIPODINA C., *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perpplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 2018, VI

TRIPODINA C., *Tentammo un giorno di trovare un* modus moriendi *che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (n. 219/2017)*, in *Forum Quad. cost.*, n.1/2018

VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale,* Torino, 2010

VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017

VIOLANTE L., *Antigone*, in M. CARTABIA – L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018

ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. I: Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018

ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. II: Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018

ZAGREBELSKY G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, Torino, 2009

ZAGREBELSKY G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988

ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993

ZICCHITTU P., *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, 2017