



18 SETTEMBRE 2019

Comparazione e legittimazione.
Considerazioni sull'uso dell'argomento
comparatistico nella giurisprudenza
costituzionale recente, a partire dal
caso Cappato

di Davide De Lungo

Cultore della materia in Diritto costituzionale
LUISS Guido Carli – Roma

Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato^{*}

di Davide De Lungo

Cultore della materia in Diritto costituzionale
LUISS Guido Carli – Roma

Sommario: 1. Introduzione; 2. La comparazione esplicita: Carter v. Canada e Nicklinson v. Ministry of Justice; 3. La comparazione implicita: il modello tedesco dell'*Unvereinbarkeitserklärung* e l'esperienza spagnola; 4. L'argomento comparatistico come "risorsa di legittimazione" nello Stato costituzionale aperto.

1. Introduzione

Con l'ordinanza n. 207 del 2018, resa a proposito del c.d. caso Cappato, la Corte costituzionale ha evidenziato alcuni profili d'illegittimità dell'art. 580 c.p., nella parte in cui, sancendo il divieto assoluto di aiuto al suicidio, finisce per ledere la libertà di autodeterminazione di quei malati che siano comunque capaci di formare ed esprimere in modo consapevole la propria volontà sul fine-vita. Il giudice costituzionale, però, data l'impraticabilità di una pronuncia d'annullamento "secco", e alla luce del complesso quadro di interessi da bilanciare, ha rinviato la trattazione della causa ad una nuova udienza di merito, invitando nelle more il Parlamento ad intervenire.

La pronuncia si segnala, fuor di dubbio, per l'alta sensibilità del tema toccato, quello del suicidio assistito, che chiama in gioco questioni politiche ed etiche particolarmente avvertite, fra le quali, fino ad oggi, il legislatore non è riuscito ad operare una sintesi.

Non meno interessante, dal punto di vista processuale, è la tecnica decisoria inedita impiegata per salvaguardare la discrezionalità delle Camere, sollecitandone al contempo un intervento per quanto possibile "a data certa", finalizzato a risolvere le tensioni rilevate in punto di legittimità costituzionale. A sostegno delle proprie conclusioni, la Corte richiama – evento tutt'altro che frequente nella sua

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

giurisprudenza – due sentenze straniere: *Nicklinson v. Ministry of Justice* (2014) della Corte Suprema del Regno Unito¹ e *Carter v. Canada* (2015), resa dalla Corte Suprema canadese².

Ad un'analisi più approfondita, però, le suggestioni della comparazione all'interno dell'ordinanza si rivelano più profonde di quanto non appaia a colpo d'occhio, proiettandosi su due piani: quello della comparazione esplicita, realizzata tramite l'espressa citazione dei precedenti con i quali il giudice costituzionale si confronta in modo aperto; e quello che potrebbe dirsi della comparazione implicita, scorgendosi in modo piuttosto agevole, dietro la peculiare tecnica decisoria adottata, l'influenza del modello tedesco della *Unvereinbarkeitserklärung* e in parte anche dell'esperienza spagnola.

Se, poi, si mette a sistema l'ordinanza Cappato con alcune fra le più importanti, e discusse, pronunce degli ultimi anni, l'uso della comparazione nella giurisprudenza costituzionale recente si colora di una valenza particolare. Come si cercherà di dimostrare, esiste un nesso piuttosto stretto fra il ricorso all'argomento comparatistico e le esigenze di legittimazione dei poteri dell'organo, specie ove questo si muova ai confini della propria giurisdizione. L'impiego più frequente della comparazione, in questa prospettiva, sembra corrispondere a un fabbisogno di legittimazione connesso a un duplice "sforzo" messo in atto dalla Corte: da un lato, adeguare la propria strumentazione alle nuove esigenze di governo della giustizia costituzionale, tipiche degli ordinamenti di democrazia pluralista; dall'altro lato, auto-riposizionarsi progressivamente all'interno del *multilevel constitutionalism*, e più in particolare nel circuito di tutela multilivello dei diritti.

Nelle pagine che seguono, si muoverà dall'analisi dei precedenti e delle esperienze straniere assunte a riferimento, in modo esplicito e implicito, dalla Corte nell'ordinanza n. 207, per poi tentare una riflessione di carattere più generale sull'uso della comparazione nella giurisprudenza recente.

2. La comparazione esplicita: *Carter v. Canada* e *Nicklinson v. Ministry of Justice*

I precedenti presi in considerazione, come accennato, sono le sentenze *Nicklinson v. Ministry of Justice* (2014) della Corte Suprema del Regno Unito e *Carter v. Canada* (2015), resa dalla Corte Suprema canadese.

In effetti, le pronunce, oltre a originare da vicende fattuali analoghe, presentano significativi profili di sovrapposizione con l'ordinanza n. 207.

¹ Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*, [2014] UKSC 38.

² Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter v. Canada*, 2015, CSC 5.

Anzitutto, è speculare il quadro di diritto positivo entro cui le decisioni intervengono, qualificando tutti e tre gli ordinamenti in termini d'illecito penale l'aiuto e l'istigazione al suicidio³. Gli "omologhi" della disciplina italiana sono rappresentati, nell'ordinamento canadese, dal combinato disposto degli artt. 14 e 241 del *Criminal Code*⁴; nell'ordinamento britannico, dall'art. 2 del *Suicide Act* del 1961⁵.

Speculari sono anche, nella sostanza, l'iter logico-argomentativo e i parametri evocati a fondamento delle decisioni. Tutte quante individuano la *ratio* della criminalizzazione nell'intento di tutelare soggetti vulnerabili, che versino in condizioni di totale o parziale incapacità di autodeterminarsi.

Su queste premesse, l'ordinanza n. 207 coglie il *vulnus* costituzionale nell'assolutezza del divieto di aiuto al suicidio, il quale, in presenza di malati in grado di disporre con piena consapevolezza delle proprie libertà e diritti costituzionali, si ritrova privo di giustificazione, e contrario ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità.

Allo stesso modo, la Corte canadese conclude per l'illegittimità rilevando che «the object of the prohibition is not, broadly, to preserve life whatever the circumstances, but more specifically to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness [...] the prohibition catches people outside the class of protected persons. It follows that the limitation on their rights is in at least some cases not connected to the objective and that the prohibition is thus overbroad». Così declinato, il divieto è contrario all'art. 7 della Costituzione, che stabilisce il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza, nel comprimere i quali il legislatore incontra i due limiti invalicabili della «overbreadth» e della «gross disproportionality». Peraltro, proprio l'interpretazione evolutiva che la giurisprudenza, nel

³ Una notazione di carattere storico: l'ordinamento britannico ha depenalizzato il suicidio solo nel 1961, quello canadese nel 1972. In Italia invece né il Codice del 1930, né quello del 1889, penalizzavano il suicidio: scelta di politica criminale, questa, dettata – come noto – da considerazioni legate non al rango del bene giuridico protetto, ma all'efficacia preventiva della sanzione.

⁴ In base all'art. 241 «everyone is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 14 years who, whether suicide ensues or not, **(a)** counsels a person to die by suicide or abets a person in dying by suicide; or **(b)** aids a person to die by suicide». L'art. 14 esclude l'efficacia scriminante dell'avente diritto, nel disporre che «no person is entitled to consent to have death inflicted on them, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person who inflicts death on the person who gave consent». Non è inutile ricordare, peraltro, che fino al 1972 il suicidio stesso, almeno nella forma del tentativo, era penalmente sanzionato dall'art. 238, che comminava due anni di reclusione.

⁵ «A person ("D") commits an offence if: (a) D does an act capable of encouraging or assisting the suicide or attempted suicide of another person, and (b) D's act was intended to encourage or assist suicide or an attempt at suicide.

(1A) The person referred to in subsection (1)(a) need not be a specific person (or class of persons) known to, or identified by, D. (1B) D may commit an offence under this section whether or not a suicide, or an attempt at suicide, occurs. (1C) An offence under this section is triable on indictment and a person convicted of such an offence is liable to imprisonment for a term not exceeding 14 years».

corso del tempo, ha impresso a questi due limiti – in aggiunta, è chiaro, alle nuove acquisizioni della scienza – consente alla Corte di rovesciare il precedente della sentenza *Rodriguez* del 1993⁶.

Del tutto simmetrico è il ragionamento della Corte Britannica, che si discosta dalle conclusioni cui gli altri giudici pervengono solo momento di applicare lo scrutinio di proporzionalità: qui la maggioranza, facendo leva sia sul margine di apprezzamento di cui gli Stati membri godono nell'applicazione della Convenzione, sia sull'elevato coefficiente di discrezionalità che spetta al legislatore, non ravvisa gli estremi dell'incompatibilità manifesta fra disposizione interna e art. 8 CEDU. Solo nelle *dissenting opinions* dei giudici Hale e Kerr si sostiene che l'assolutezza del divieto, anche a fattispecie in cui il malato sia pienamente in grado di autodeterminarsi, è irragionevole: vi si legge, infatti, che «to the extent that the current universal prohibition prevents those who would qualify under such a procedure from securing the help they need, [we] consider that it is a disproportionate interference with their right to choose the time and manner of their deaths. It goes much further than is necessary to fulfil its stated aim of protecting the vulnerable. It fails to strike a fair balance between the rights of those who have freely chosen to commit suicide but are unable to do so without some assistance and the interests of the community as a whole».

Un ulteriore profilo di convergenza – che si coglie già a livello grafico dall'analoga formulazione dei presupposti, elencati con i numeri e le lettere – risiede nell'attenzione, serbata da tutti e tre i giudici, nel sagomare in maniera puntuale i casi-limite nei quali il divieto assoluto di aiuto al suicidio dovrebbe recedere a fronte della volontà dell'interessato. L'ordinanza n. 207 evoca «ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (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»; la sentenza *Carter* fa riferimento alla fattispecie della «competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition»; in *Nicklinson*, il giudice Hale individua, per i malati, «four essential requirements.

⁶ Il riferimento è alla sentenza *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. Il cuore dell'*overruling* risiede in questo passaggio: «in particular, the law relating to the principles of overbreadth and gross disproportionality had materially advanced since *Rodriguez*. The majority of this Court in *Rodriguez* acknowledged the argument that the impugned laws were “over-inclusive” when discussing the principles of fundamental justice [...] However, it did not apply the principle of overbreadth as it is currently understood, but instead asked whether the prohibition was “arbitrary or unfair in that it is unrelated to the state’s interest in protecting the vulnerable, and that it lacks a foundation in the legal tradition and societal beliefs which are said to be represented by the prohibition” [...] By contrast, the law on overbreadth, now explicitly recognized as a principle of fundamental justice, asks whether the law interferes with some conduct that has no connection to the law’s objectives (*Bedford*, at para. 101). This different question may lead to a different answer».

They would firstly have to have the capacity to make the decision for themselves. They would secondly have to have reached the decision freely without undue influence from any quarter. They would thirdly have had to reach it with full knowledge of their situation, the options available to them, and the consequences of their decision: that is not the same, as Dame Elizabeth pointed out in *Re B (Treatment)*, as having first-hand experience of those options. And they would fourthly have to be unable, because of physical incapacity or frailty, to put that decision into effect without some help from others».

Questo sforzo di contenimento definitorio può agevolmente ricondursi all'intento di indirizzare il successivo intervento del legislatore, quasi prefigurando delle "rime obbligate", e preservare, al contempo, la tenuta del presidio penale sul bene giuridico della vita.

Ultimo, ma centrale, tratto che accomuna le posizioni assunte è la tendenza a considerare l'argomento una *political question*: le Corti, pur riscontrando la sussistenza di elementi di tensione o addirittura di vizi di legittimità, si riconoscono inidonee, o comunque non legittimate, ad operare direttamente interventi correttivi, declinando la giurisdizione a beneficio del Parlamento. Questa sorta di *référé législatif*, pur strutturato attorno a un identico nucleo argomentativo, presenta alcune sfumature diverse.

Nell'ordinanza n. 207 si enfatizza l'insufficienza degli strumenti a disposizione del giudice costituzionale: risultano infatti impraticabili sia pronunce di tipo caducatorio, le quali, determinando la caduta del divieto, produrrebbero situazioni ancor più irragionevoli di quelle che si intendono ripianare; sia pronunce di tipo additivo, mancando soluzioni costituzionalmente vincolate, in uno scenario che si caratterizza, al contrario, per amplissimi margini di discrezionalità politica.

In *Carter*, il giudice canadese conclude che «Parliament must be given the opportunity to craft an appropriate remedy» evocando, accanto alla molteplicità dei valori in gioco da bilanciare in una «complex regulatory response», anche i problemi connessi all'intreccio di competenze fra Federazione e Stati membri⁷.

⁷ «At this stage of the analysis, the courts must accord the legislature a measure of deference. Proportionality does not require perfection: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 78. Section 1 only requires that the limits be "reasonable". This Court has emphasized that there may be a number of possible solutions to a particular social problem, and suggested that a "complex regulatory response" to a social ill will garner a high degree of deference (*Hutterian Brethren*, at para. 37) [...] On the one hand, as the trial judge noted, physician-assisted death involves complex issues of social policy and a number of competing societal values. Parliament faces a difficult task in addressing this issue; it must weigh and balance the perspective of those who might be at risk in a permissive regime against that of those who seek assistance in dying. It follows that a high degree of deference is owed to Parliament's decision to impose an absolute prohibition on assisted death. On the other hand, the trial judge also found — and we agree — that the absolute prohibition could not be described as a "complex regulatory response" (para. 1180). The degree of deference owed to Parliament, while high, is accordingly reduced [...] It is for Parliament and the provincial legislatures to respond». Nella successiva sentenza *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13, la Corte, nell'accogliere la richiesta di proroga della sospensione, aggiunge: «we do not underestimate the agony of those who continue to be denied access to the help that they need to end their suffering. That should be clear from the Court's reasons for judgment

La Corte Suprema del Regno Unito, dal canto suo, esalta le virtù del processo deliberativo parlamentare, quale sede naturale di composizione delle istanze del pluralismo: regolamentazioni che chiamino in causa «choice between two fundamental but mutually inconsistent moral values, upon which there is at present no consensus in our society [...] are inherently legislative in nature [...] the Parliamentary process is a better way of resolving issues involving controversial and complex questions of fact arising out of moral and social dilemmas. The legislature has access to a fuller range of expert judgment and experience than forensic litigation can possibly provide. It is better able to take account of the interests of groups not represented or not sufficiently represented before the court in resolving what is surely a classic “polycentric problem”»⁸.

Le rilevanti affinità fra le tre pronunce non devono, tuttavia, far completamente velo rispetto alle differenze che pure corrono fra queste: gli scostamenti si colgono, in particolare, nella tecnica impiegata per lasciare all’infungibile apprezzamento del legislatore un congruo *spatium deliberandi*, e nella tipologia decisoria adottata.

L’ordinanza n. 207 realizza un’operazione giuridica piuttosto articolata: compie, o almeno lascia intendere, un accertamento dell’illegittimità costituzionale della norma, senza tuttavia dichiararla; ne sospende “d’autorità” l’applicazione al giudizio *a quo*, rinviando a una nuova udienza per la definizione del merito; prefigura, qui per ragioni “d’autorevolezza”, una sospensione della sua applicazione anche

on the merits. However, neither do we underestimate the complexity of the issues that surround the fundamental question of when it should be lawful to commit acts that would otherwise constitute criminal conduct. The complexity results not only from the profound moral and ethical dimensions of the question, but also from the overlapping federal and provincial legislative competence in relation to it. The Court unanimously held in its judgment on the merits that these are matters most appropriately addressed by the legislative process. We remain of that view. That the legislative process needs more time is regrettable, but it does not undermine the point that it is the best way to address this issue».

⁸ La considerazione di cui al testo è svolta dal giudice Sumption, il quale individua due ulteriori profili che giustificano il deferimento al Parlamento della questione: « the first is that, as I have suggested, the issue involves a choice between two fundamental but mutually inconsistent moral values, upon which there is at present no consensus in our society. Such choices are inherently legislative in nature. The decision cannot fail to be strongly influenced by the decision-makers’ personal opinions about the moral case for assisted suicide. This is entirely appropriate if the decision-makers are those who represent the community at large. It is not appropriate for professional judges. The imposition of their personal opinions on matters of this kind would lack all constitutional legitimacy [...] Secondly, Parliament has made the relevant choice. It passed the Suicide Act in 1961, and as recently as 2009 amended section 2 without altering the principle. In recent years there have been a number of bills to decriminalise assistance to suicide, at least in part, but none has been passed into law. Lord Joffe introduced two bills on the House of Lords in 2004 and 2005. The 2005 bill went to a second reading in May 2006, but failed at that stage [...] Sometimes, Parliamentary inaction amounts to a decision not to act. But this is not even an issue on which Parliament has been inactive. So far, there has simply not been enough Parliamentary support for a change in the law. The reasons why this is so are irrelevant. That is the current position of the representative body in our constitution. As Lord Bingham observed in *R (Countrywide Alliance) v Attorney-General* [2008] AC 719 at para 45, “[t]he democratic process is liable to be subverted if, on a question of moral and political judgment, opponents of the Act achieve through the courts what they could not achieve in Parliament.”».

negli altri giudizi, tramite la proposizione dell'incidente di costituzionalità, là dove i giudici dovessero condividere il ragionamento della Corte e ritenere sussistenti nei procedimenti innanzi a essi pendenti i presupposti della rilevanza e non manifesta infondatezza. Il tutto con una pronuncia, almeno nella forma, di carattere processuale.

La Corte Suprema canadese segue una soluzione più lineare: accerta nel merito l'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate, stabilendo che «[Section 241](#) (b) and [s. 14](#) of the [Criminal Code](#) unjustifiably infringe [s. 7](#) of the [Charter](#) and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person», la quale versi nelle condizioni individuate in sentenza. Al contempo, però, viene espressamente stabilito che «the declaration of invalidity is suspended for 12 months [...] The [Charter](#) rights of patients and physicians will need to be reconciled in any legislative and regulatory response to this judgment»; in pendenza della sospensione, il divieto rimane in piedi, senza alcuna possibilità di esenzione caso per caso. Peraltro, a fronte dell'inerzia del Parlamento dovuta anche a scadenze elettorali, la Corte ha consentito successivamente in via eccezionale – su istanza dell'Attorney General – una proroga di ulteriori 4 mesi, fino al 6 giugno 2016⁹; a distanza di una decina di giorni, è stata infine approvata la nuova legge. Il congegno della *suspended declaration* non è una novità della sentenza *Carter*: si tratta di un espediente di matrice pretoria, privo di ancoraggio nel diritto positivo¹⁰, ricavato sulla base di argomenti tutti riconducibili alla logica del bilanciamento o al principio di continuità dell'ordinamento¹¹.

⁹ Con la sentenza *Carter v. Canada* (Attorney General), 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13. Merita di essere riportato il passaggio della motivazione, con cui la Corte giustifica l'estensione della proroga: «The first question is whether this Court should order an extension of the suspension of the declaration of invalidity. To suspend a declaration of the constitutional invalidity of a law is an extraordinary step, since its effect is to maintain an unconstitutional law in breach of the constitutional rights of members of Canadian society. To extend such a suspension is even more problematic. The appellants point to the severe harm caused to individuals by the extension. Extraordinary circumstances must be shown. The burden on the Attorney General who seeks an extension of a suspension of a declaration of constitutional invalidity is heavy. In this case, the length of the interruption of work on a legislative response to the Court's decision due to a federal election constitutes such a circumstance. Parliament was dissolved on August 2, 2015 and officially resumed on December 3 of that year. This four-month delay justifies granting an extension of the suspension of the declaration of invalidity, but only for four months».

¹⁰ Che anzi, parrebbe escluderlo recisamente, dal momento che l'art. 52 della Costituzione del 1982 stabilisce: «the Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect». Un congegno profondamente dissimile dalla «suspended declaration», ma che potrebbe essere impiegato a scopi analoghi, è la c.d. *Notwithstanding Clause* dell'art. 33 della Costituzione: «Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter». In forza di tale clausola, il parlamento federale o quelli statali possono consentire a una legge incostituzionale per violazione dei diritti fondamentali di continuare a operare per un certo periodo di tempo: scenario prospettabile anche per superare un'eventuale declaratoria d'illegittimità giurisdizionale.

¹¹ In letteratura, il primo impiego della sospensione della declaratoria d'incostituzionalità è individuato nella sentenza *Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721: qui la Corte giustifica la propria conclusione di non

Nonostante pervenga a esiti opposti, lineare è anche la decisione della Corte Suprema del Regno Unito che, pur riconoscendosi in via di principio abilitata a sindacare l'eventuale incompatibilità della normativa nazionale rispetto al diritto convenzionale, rigetta il gravame, ammettendo che le delicate valutazioni sottese alla definizione normativa della materia spettano necessariamente al legislatore. Valutazioni che, però, questo non può astenersi dall'operare in tempi brevi: la motivazione è increspata da diverse venature critiche, che culminano nelle due *dissenting opinions* dei giudici Hale e Kerr¹². È appena il caso di osservare, a margine, che la Corte britannica ha serbato un atteggiamento prudente forse anche oltre il necessario per garantire il risultato: infatti, la pronuncia d'incompatibilità eventualmente adottata, secondo quanto stabilito dallo *Human Rights Act* del 1998, non avrebbe inciso in maniera immediata sulla validità o sull'efficacia della disposizione nazionale contraria alla CEDU, ma avrebbe aperto un procedimento rispetto al quale è comunque il Parlamento ad avere l'ultima parola¹³. Forse anche per questa prudenza, nessuno dei tentativi di riforma fino ad oggi presentati è mai giunto a compimento.

caducare immediatamente tutte le leggi pubblicate solo in una delle due lingue ufficiali (francese e inglese) evidenziando come, altrimenti, «the constitutional principle of the rule of law would be violated [...] The principle of rule of law, recognized in the *Constitution Acts* of 1867 and 1982, has always been a fundamental principle of the Canadian constitutional order. The rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws to govern society. Law and order are indispensable elements of civilized life. This Court must recognize both the unconstitutionality of Manitoba's unilingual laws and the Legislature's duty to comply with the supreme law of this country, while avoiding a legal vacuum in Manitoba and ensuring the continuity of the rule of law». Nella successiva sentenza *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, il differimento degli effetti pronuncia, riguardante alcune disposizioni che accordavano un trattamento peggiore ai figli adottivi piuttosto che a quelli naturali, viene motivato argomentando che «the logical remedy is to strike down but suspend the declaration of invalidity to allow the government to determine whether to cancel or extend the benefits». La Corte, peraltro, non è insensibile rispetto all'impatto che tale tipologia decisoria determina sulle prerogative parlamentari: «to delay nullification forces the matter back onto the legislative agenda at a time not of the choosing of the legislature, and within time limits under which the legislature would not normally be forced to act. This is a serious interference in itself with the institution of the legislature [...] The question whether to delay the application of a declaration of nullity should therefore turn not on considerations of the role of the courts and the legislature, but rather on considerations listed earlier relating to the effect of an immediate declaration on the public». Si vedano, più di recente, *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, e *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58; pronuncia, quest'ultima, assai interessante, dal momento in cui sembra subordinare la concessione della sospensione alla dimostrazione, da parte di chi la richiede, degli effetti sproporzionati che l'efficacia immediata della declaratoria determinerebbe («The state has not met the high standard of showing that a declaration with immediate effect would pose a danger to the public or imperil the rule of law»). In dottrina, cfr. A. O'Neill, *Invalidity and Retrospectivity under the Irish and Canadian Constitutions*, in *Constitutional Forum Constitutionnel*, V. 15, n. 3/2006.

¹² Cfr. parr. 300, 326, 343, 344 e 350 della sentenza.

¹³ Come noto, ai sensi dell'art. 4, nell'ipotesi in cui ravvisi il contrasto fra un atto normativo e la Convenzione, il giudice adotta una “declaration of incompatibility” la quale, tuttavia, per espressa previsione «does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and is not binding on the parties to the proceedings in which it is made». In seguito a tale dichiarazione, può avviarsi una procedura d'esame parlamentare (art. 19), fermo il potere del Ministro competente, in presenza di presupposti assai stringenti, di adottare una “remedial action”, «by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility» (art. 10).

Riassumendo: nel caso italiano, l'intervento del legislatore è sollecitato mediante il rinvio a data fissa dell'udienza per la definizione (probabilmente nel senso dell'incostituzionalità) del merito; nel caso canadese, con il differimento nel tempo dell'efficacia della pronuncia d'incostituzionalità; nel caso britannico, con una pronuncia di rigetto, vestita con un velato monito al Parlamento.

3. La comparazione implicita: il modello tedesco dell' *Unvereinbarkeitserklärung* e l'esperienza spagnola

Il riferimento comparatistico più suggestivo, però, è forse quella rimasto nella penna del giudice costituzionale¹⁴: sin dai primi commenti, non è sfuggita l'assonanza strutturale fra la decisione adottata dalla Corte e il paradigma tedesco della *Unvereinbarkeitserklärung*, in realtà già per alcuni versi riecheggiato nella giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 10 del 2015¹⁵.

Non è questa la sede per una ricostruzione approfondita delle sentenze d'incompatibilità nel sistema tedesco, sulla quale peraltro si è ormai sviluppata una florida letteratura¹⁶. Quel che qui interessa,

¹⁴ L'influenza del modello è forse tradita dalla Corte, però, là dove afferma che «i delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la *compatibilità* [enfasi aggiunta] di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti». L'evocazione del giudizio di compatibilità suona quasi – al lettore malizioso – come una citazione di gusto “ellenistico” all'esperienza tedesca.

¹⁵ Notazione sulla quale si sono soffermati diversi autori: cfr. ad esempio R. Pinardi, La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività, in *Consulta.online*, Studi, 2015/1; R. Romboli, L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, in *Forum di Quad. cost.*, 6.4.2015 ; N. Fiano, La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale tra dichiarazione d'incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca, in *Forum di Quad. cost.*, 29.6.2016. La suggestione del modello tedesco sulla giurisprudenza costituzionale italiana, comunque, è questione per così dire “antica”: cfr. già, fra molti lavori, AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario. Roma, 23-24 novembre 1988, Giuffrè, Milano, 1989; M. D'Amico, Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità, Giuffrè, Milano, 1993; R. Pinardi, L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare l'inerzia del legislatore, Giuffrè, Milano, 2007.

¹⁶ Per limitarsi ai principali contributi apparsi nella letteratura italiana e tedesca, cfr. almeno J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungsnichtigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden Baden, 1980; K. Hein, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Gesellschaft, Baden-Baden, 1988; C. Pestalozza, *Verfassungsprozessrechts*, Beck, München, 1991; i contributi di R. Romboli ed E. Denninger in AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo n. 81 u.c. della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano, 1993, 195 ss. e 240 ss.; H. Lechner – R. Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 1996; J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale. La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, Giappichelli, Torino, 2000; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002; J. Isensee – P. Kirchhof (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts. Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung*, C.F Müller, Heidelberg, 2014; K. Schlaich – S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2018. Per un'utile raccolta della casistica

piuttosto, è porre in luce anzitutto i tratti di “consanguineità” che consentono in una certa misura di accostare la tipologia decisoria in parola con l’ordinanza n. 207; poi, passarne in rassegna le diverse declinazioni, anche al fine di ragionare, partendo da un’esperienza più matura, circa i possibili sviluppi futuri della strada imboccata dalla Corte costituzionale nel caso Cappato.

L’*Unvereinbarkeitserklärung*, come noto, è una pronuncia d’accertamento dell’incompatibilità della norma oggetto di scrutinio rispetto al parametro costituzionale; si distingue dalla sentenza di nullità (*Nichtigkeitslehre*) per la mancanza del momento costitutivo, poiché la norma riconosciuta incompatibile non viene espunta dall’ordinamento: la rimozione del vizio, infatti, non è il frutto immediato della decisione di accoglimento del *Bundesverfassungsgericht*, ma è posticipata ad un momento successivo, e demandata a un soggetto diverso, cioè al legislatore, in capo al quale viene disposto un vincolo ad intervenire, in tempi stretti o addirittura entro termini prestabiliti (*Frist*), non di rado accompagnato da indicazioni e limiti contenutistici.

Il monito, od ordine, al legislatore (*Reformgebot*), è dunque un primo elemento caratterizzante dell’*Unvereinbarkeitserklärung*, il quale si sostanzia nell’obbligo di migliorare la disposizione (*Nachbesserungspflicht*), mediante adattamenti prefigurati in modo tanto più stringente dal giudice, quanto più la correzione è “a rime obbligate” rispetto alla Costituzione¹⁷. Circa le conseguenze dell’eventuale inadempimento del legislatore, di regola è lo stesso Tribunale federale a stabilirle fin da subito, con una casistica variegata che spazia dalla conversione dell’incompatibilità in nullità radicale, all’individuazione pretoria di regole transitorie o destinate a trovare applicazione una volta decorso inutilmente il termine ultimo per provvedere¹⁸.

Tuttavia, è sul piano dell’applicabilità che si colgono gli effetti più peculiari della sentenza d’incompatibilità. Al riguardo sono emerse nella prassi tre varianti¹⁹: tutte quante lasciano impregiudicata la vigenza della norma; a mutare, però, è la sua idoneità ad essere applicata dagli organi giurisdizionali e amministrativi.

giurisprudenziale in lingua italiana, cfr. P. Passaglia (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, dicembre 2014, 27 ss., e M.T. Rörig (a cura di), *Le pronunce d’incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, ottobre 2018, 1 ss., entrambi in Corte costituzionale – Servizio Studi – Area di diritto comparato, disponibile al sito www.cortecostituzionale.it.

¹⁷ Cfr. H. Lechner – R. Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 138.

¹⁸ Ad esempio, per la conversione in nullità radicale, cfr. BVerfGE 92, 53; per l’adozione di una normativa transitoria, cfr. BVerfGE 97, 228. L’inadempimento, peraltro, è abbastanza frequente: cfr. G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale*, cit., 66 ss.

¹⁹ Riprendendo una classificazione già utilizzata da E. Denninger in AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale*, cit., 242 ss.

Nella variante “pura”, la dichiarazione d’incompatibilità comporta la c.d. *Anwendungssperre*, cioè il blocco dell’applicazione: dalla pubblicazione della sentenza fino all’intervento del legislatore si produce uno stato di sospensione (*rechtliche Schwebezustand*), in costanza del quale la norma riconosciuta incompatibile non può essere applicata al giudizio *a quo*, né all’interno di altri processi e procedimenti pendenti o successivi²⁰. Polarmente contrapposta è la figura della sentenza d’incompatibilità integrata dall’ordine d’applicazione (*weitere Anwendbarkeit*): quando ricorre alla tipologia decisoria in parola, il Tribunale di Karlsruhe accerta il vizio ma al contempo dispone che la norma, nelle more dell’intervento del legislatore, continui a trovare applicazione, fatto salvo in alcuni casi un “premio di cattura” nel giudizio *a quo*. Analizzando la giurisprudenza, l’opzione per questa formula almeno in apparenza contraddittoria è sempre giustificata facendo leva sulla logica del bilanciamento, declinato, volta a volta, come esigenza di evitare vuoti normativi, di assicurare la certezza giuridica o di scongiurare esiti ancor più illegittimi di quelli determinati dai vizi rimossi²¹.

La terza variante, infine, è quella della *Übergangsregelung*: la declaratoria d’incompatibilità e il blocco d’applicazione sono accompagnate da una disciplina transitoria e cedevole, elaborata in sentenza dallo stesso Tribunale federale, destinata a venir meno una volta entrata in vigore la nuova normativa di foggia legislativa²².

Ora, l’accostamento della consolidata giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* con la tecnica decisoria adottata dalla Corte italiana nel caso Cappato rivela diversi parallelismi.

Anzitutto, il tema del suicidio assistito e la formulazione dell’art. 580 c.p. presentano tutti i requisiti individuati nella riflessione scientifica tedesca quale presupposto per far luogo alla sentenza d’incompatibilità²³: l’elevato gradiente di discrezionalità politica; la presenza di un’omissione legislativa, qui consistente nella mancata esclusione dal divieto di una serie di fattispecie ben individuate; la lesione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e uguaglianza, che tanto il mantenimento della disposizione, quanto il suo annullamento secco comporterebbero.

Simile, poi, è il quadro di diritto positivo da cui entrambe le Corti muovono. Sia in Germania che in Italia la possibilità di modulare nel tempo l’efficacia delle sentenze d’annullamento non è prevista, così come manca – nell’ordinamento tedesco, almeno fino alla riforma del 1970 – il riconoscimento di un *tertium*

²⁰ Si vedano, a titolo d’esempio, BVerfGE, 8, 1; 8, 28; 72, 330; 86, 148. Cfr. G. Cerrina Feroni, Giurisdizione costituzionale, cit., 213 ss.; J. Isensee – P. Kirchhof (a cura di), Handbuch des Staatsrechts, cit., 818 ss.

²¹ Si vedano ad esempio BVerfGE 16, 130; 61, 319; 72, 330; 92, 53; 96, 09; 236, 09.

²² Cfr. ad esempio BVerfGE 61, 319; 91, 186 e 97, 228. In argomento cfr. C. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Duncker und Humblot, Berlin, 1966, 55; G. Cerrina Feroni, Giurisdizione costituzionale, cit., 220 ss.; J. Isensee – P. Kirchhof (a cura di), Handbuch des Staatsrechts, cit., 814 ss. K. Schlaich – S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, cit., 538.

²³ Cfr. in particolare K. Hein, Die Unvereinbarerklärung, cit., 92.

genus, ulteriore rispetto alla coppia legittimità – nullità/annullamento²⁴. Il silenzio, se non l'implicito divieto, normativo è stato superato con una giurisprudenza creativa.

Speculari risultano, ancora, l'incedere dell'argomentazione, imperniata sul fulcro decisivo del bilanciamento, e il dispositivo, con cui si assegna un termine al legislatore per risolvere la smagliatura costituzionale rilevata in motivazione.

Ultima sovrapposizione è quella “materiale”. Fra gli ambiti d'impiego elettivo della *Unvereinbarkeitserklärung*, specie nella forma della *weitere Anwendbarkeit* – per ragioni facilmente intuibili – rientrano il diritto tributario, il diritto elettorale e quello penale. Se per le norme fiscali assume rilievo prevalente la preoccupazione di scongiurare problemi di finanza pubblica²⁵, e per quelle elettorali la continuità dell'organo²⁶, nel settore penale – come è avvenuto nell'ordinanza Cappato – il peso decisivo è da attribuirsi alle esigenze di sicurezza pubblica e di presidio dei beni giuridici fondamentali²⁷. Non sembra casuale che proprio a tali ambiti siano riconducibili tre delle più controverse sentenze recenti della Corte costituzionale (la n. 1 del 2014, la n. 10 del 2015, e l'ordinanza n. 207 del 2018), indicate come altrettanti, raffinati tentativi di eludere la gabbia della retroattività.

Ad ogni modo, se quello tedesco della *Unvereinbarkeitserklärung* è con ogni probabilità il principale modello d'ispirazione, a livello di tecnica decisoria, tenuto a riferimento dalla Corte, non è un fuor d'opera rammentare come pure il Tribunale costituzionale spagnolo abbia ormai da tempo fatto propri orientamenti giurisprudenziali del tutto in linea con questi sviluppi.

L'esperienza iberica, guardata più da vicino, denota infatti una parabola speculare a quella seguita, pur con sfumature diverse, dai giudici costituzionali italiano e tedesco²⁸. Le analogie sono numerose e profonde.

²⁴ Gli effetti delle sentenze d'illegittimità costituzionale sono indicati nella legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale (BVerfGG). Nella versione originaria, era contenuto un riferimento esclusivo alle sentenze di nullità; la riforma del 1970 invece, recependo l'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi fin dagli anni '50, ha dato esplicito ingresso nel testo (almeno a livello di “citazione”) anche alle pronunce d'incompatibilità: cfr. artt. 31, 78, 79, 93 e 95 BVerfGG. Un appiglio positivo sul quale la Corte tedesca ha poi fatto leva per giustificare il proprio potere di sollecitare l'intervento del legislatore o dettare norme transitorie è l'art. 35 BVerfGG, in base al quale «il Tribunale costituzionale federale può stabilire nella sua decisione chi è chiamato ad eseguirla; può anche, in singoli casi, regolare forme e modi dell'esecuzione».

²⁵ Davvero innumerevoli le pronunce al riguardo: cfr. le già citate 72, 330; 16, 130; 61, 319

²⁶ Cfr. BVerfGE 16, 130.

²⁷ Particolarmente significative le recenti BVerfGE 966, 09 e 2365, 09: con la prima, è stata riconosciuta l'incompatibilità costituzionale della normativa in materia di custodia di sicurezza, accompagnandola tuttavia con l'ordine d'applicazione fino all'intervento del legislatore, fatta eccezione una serie limitata di casi, per evitare una scarcerazione generalizzata non controllabile; con la seconda, si è provveduto in maniera analoga, questa volta con riferimento alle norme sulla cooperazione penale internazionale, al fine di evitare vuoti di potere investigativo.

²⁸ Sul tema, cfr. almeno F. Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22, gennaio - aprile 1988, 9 ss.; E. García De Enterría, *Un paso importante para el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de*

L'art. 164 della Costituzione lascia in apparenza impregiudicata la questione dell'efficacia retroattiva o meno della declaratoria d'incostituzionalità²⁹; solo nel 1979, con la *Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, il diritto positivo ha optato in modo chiaro per una nullità con efficacia *ex tunc*³⁰. In coerenza con questa cornice normativa, nel periodo compreso fra il 1978 e il 1989 il Tribunale costituzionale ha proceduto a dichiarare nulle e prive di efficacia *ab origine* le previsioni contrarie alla Carta³¹. Uno snodo fondamentale si ebbe, però, con la sentenza n. 45 del 20 febbraio 1989, in materia d'imposizione fiscale delle persone fisiche: pur rilevando il vizio delle norme impugnate, il Tribunale ne ha accertato – coniando una nuova categoria – la *simple incostitucionalidad* (traducibile come mera incostituzionalità), senza tuttavia procedere all'annullamento, e preferendo piuttosto affidare al legislatore, dati gli ampi margini di discrezionalità e il rischio di lesioni all'equilibrio della finanza pubblica, l'intervento correttivo³². Le pronunce degli anni successivi, rese per lo più in materia fiscale, economica o sanzionatoria, continuando su questo filone si

ineficacia de las leyes constitucionales, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 81, 1989, 5 ss.; J. Jiménez Campo, *Qué hacer con la ley inconstitucional*, nonché R. Punset Blanco, *Canon, carácter vinculante, contenido e efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes* (Algunas reflexiones a la luz de la ponencia de J. Jiménez Campo), entrambi in AA.VV., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional e Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, 15 ss. e 81 ss.; M. Carrillo – L. M. Díez-Picazo – F. J. García Roca – A. Garrorena Morales – J. González Pérez – L. Murillo De La Cueva, *Encuesta sobre reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 18, 2006.

²⁹ L'art. 164 dispone: «Le sentenze del Tribunale Costituzionale saranno pubblicate sul Bollettino Ufficiale dello Stato, unitamente alle opinioni individuali, ove espresse. Hanno valore di cosa giudicata dal giorno successivo alla loro pubblicazione e non sono in alcun modo ricorribili. Quelle che dichiarano la incostituzionalità di una legge o di una norma con forza di legge e tutte quelle che non si limitino a una valutazione di un diritto, hanno pienezza di effetti verso tutti. Salvo diversa disposizione contenuta nella sentenza, la legge manterrà vigore per la parte non interessata dalla incostituzionalità».

³⁰ Ai sensi dell'art. 39 della legge organica «quando la sentenza dichiara la incostituzionalità, dichiarerà anche la nullità dei precetti impugnati, così come, nel caso, degli altri precetti della stessa Legge, disposizione o atto con forza di Legge ai quali debba estendersi per connessione o conseguenza. 2. Il Tribunale costituzionale potrà fondare la dichiarazione di incostituzionalità sulla violazione di qualunque precetto costituzionale, sia o no stato invocato nel corso del processo».

³¹ Cfr. ad esempio le sentenze nn. 14 del 1981, 60 del 1986, 19 e 116 del 1987.

³² «Por otra parte, este art. 1 constituye un excelente ejemplo del anchísimo margen de libertad del legislador tributario según la Constitución. Es imperioso preservar esta libertad política de configuración, lo que impide, en este caso, pasar de la mera o simple declaración de inconstitucionalidad (sin declaración de nulidad), como se defendió en las anteriores alegaciones. Toda esta compleja vicisitud legislativa ilustra de las muy desproporcionadas consecuencias de un pronunciamiento invalidante que engendraría un vacío jurídico contradictorio con las ideas de orden jurídico y de convivencia según Derecho [...] Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27.1 de su Ley Orgánica), cuya ilegitimidad constitucional, sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad) hace jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio de 1988, puesto que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución». Sulla pronuncia, cfr. E. García De Enterría, *Un paso importante*, cit., 5 ss.

sono arricchite di moniti sempre più stringenti al legislatore ad intervenire, in spirito di leale collaborazione fra istituzioni, entro tempi stretti³³; per la prima volta, con la sentenza n. 164 del 2013, il tribunale ha fissato un termine certo al legislatore (pari a 1 anno) entro cui provvedere, lasciando intendere che, in caso d'inadempimento, la norma avrebbe perso efficacia retroattivamente³⁴. Merita segnalare, peraltro, come nel 2007 sia stata approvata una riforma della *Ley orgánica del Tribunal Constitucional*; nella versione originale, il testo, recependo gli sviluppi giurisprudenziali, consentiva espressamente al Tribunale costituzionale di modulare l'efficacia nel tempo della pronuncia d'incostituzionalità, per un periodo massimo non superiore a 3 anni, anche per concedere al legislatore il termine di adeguarsi a eventuali indicazioni riportate in sentenza. Sebbene questa parte sia stata poi stralciata, la mancata positivizzazione non ha influito sui successivi sviluppi della giurisprudenza.

Sullo sfondo, il ricorso alla *simple incostitucionalidad* risulta – non diversamente da quanto avviene in Germania e Italia – sempre il frutto di valutazioni legate agli equilibri di bilancio, alla certezza del diritto, al timore per violazioni costituzionali ancora più gravi, alla deferenza verso la discrezionalità del legislatore o all'*horror vacui*.

4. L'argomento comparatistico come “risorsa di legittimazione” nello Stato costituzionale aperto.

La disamina della ricca messe di precedenti e modelli evocati nell'ordinanza Cappato induce una riflessione più generale sull'uso dell'argomento comparatistico da parte della Corte costituzionale

Il tema, come noto, è piuttosto arato nel dibattito scientifico fin dagli anni '80³⁵.

³³ In questo filone di sentenze possono citarsi le nn. 13 del 1992, 96 del 1996, 195 del 1998, 208 e 235 del 1999.

³⁴ Nella fattispecie, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto un vizio della legge nazionale in materia di economia sostenibile, approvata senza la preventiva consultazione della Comunità autonoma delle Canarie. Dopo aver svolto una serie di considerazioni, la pronuncia conclude: «para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Canarias, que viene establecida directamente por la Constitución, y, por otro, los propios intereses de la Comunidad Autónoma de Canarias, que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo de un año, plazo que se considera razonable para que, en su caso, se sustituyan las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento constitucional del informe previo emitido por el poder legislativo de la Comunidad Autónoma de Canarias».

³⁵ L. Pegoraro, La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80, in Quad. cost., 1987, 601 ss.; Id. – P. Damiani, Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali, in DPCE, 1999, 411 ss.; A. Somma, L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, Giuffrè, Milano, 2001; L. Pegoraro, L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in G.F. Ferrari – A. Gambaro (a cura di), Corti nazionali e comparazione giuridica, ESI, Napoli, 2006, 477 ss.; V. Zeno-Zencovich, Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?, in DPCE, 2005, 1993 ss.; A. Baldassarre, La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo, in DPCE, 2006, 983 ss.; V. Zeno-Zencovich, Una postilla ad Antonio Baldassarre, in DPCE, 2006, 992 ss.; A. Sperti, Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente, in Rivista di diritto costituzionale, 2006, 125 ss.; P. Ridola, La giurisprudenza costituzionale e la comparazione, in Id., Diritto

Altrettanto ben avvertite sono le difficoltà metodologiche cui si va incontro, nell'accingersi allo studio del tema. È stato efficacemente evidenziato, al riguardo, come l'influenza del diritto comparato sullo stile e sugli snodi della motivazione non sia tutta e sola quella "dichiarata", che si manifesta nelle citazioni e nei rinvii espressi; all'opposto, il più delle volte l'esperienza straniera agisce in modo magmatico³⁶, indirizzando in modo conscio o inconscio i processi decisionali, con un peso peraltro non secondario delle sensibilità personali dei singoli giudici³⁷.

All'inafferrabilità della cripto-comparazione, deve poi aggiungersi un ulteriore aspetto: nell'ambito dei sempre più profondi processi d'integrazione sovranazionale e internazionale in cui lo Stato è coinvolto, l'esperienza degli altri Paesi è spesso mediata o assorbita all'interno di norme giuridiche e orientamenti giurisprudenziali prodotti dai nuovi livelli ordinamentali. Ciò da un lato implica lo smarrimento della fonte originaria; dall'altro lato incide sul grado del vincolo, il quale, anziché riposare sull'autorevolezza e condivisibilità dell'argomento, assume cogenza normativa³⁸. Il fenomeno è particolarmente intenso nel caso del diritto europeo e convenzionale: la circolazione dei modelli e l'azione omogeneizzante sono garantite sia in fase statica, grazie alla matrice comune e condivisa delle norme; sia in fase dinamica, attraverso una serie di tecniche pretorie quali la distillazione delle tradizioni costituzionali comuni mediante la comparazione valutativa (*wertende Rechtsvergleichung*), la dottrina del margine d'apprezzamento, l'individuazione del *consensus standard*, l'interpretazione conforme.

Nei limiti appena precisati, il possibile interesse nasce da alcuni profili di novità che paiono emergere dalla giurisprudenza recente, di cui la pronuncia in commento è esemplificativa: l'impressione è che la comparazione, rispetto al passato, sembra utilizzata in modo non solo più esplicito, ma anche più "coraggioso". Se, infatti, si guarda a molti *landmark cases* degli ultimi anni, risulta che la Corte ha usato regolarmente l'argomento comparatistico – sia pur *ad adiuvandum* rispetto ad altri passaggi motivazionali – per giustificare prese di posizione in ambiti contrassegnati da un elevato tasso di discrezionalità del legislatore, al limite del *domaine réservé* della politica, o per dotarsi di poteri e strumenti tutt'altro che scontati alla luce delle norme che disciplinano il processo costituzionale. Possono qui ricordarsi: la

comparato e diritto costituzionale europeo, Giappichelli, Torino, 2010, 293 ss.; P. Passaglia, Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015, in consultaonline.

³⁶ L'immagine è ripresa da P. Ridola, La giurisprudenza costituzionale, cit., 299.

³⁷ Numerosi esempi di influenza certa, sebbene non dichiarata, della comparazione, sono riportati da A. Baldassarre, La Corte costituzionale, cit., 988 ss. L'Autore, peraltro, svolge una pregevole analisi degli altri fattori organizzativi che hanno portato a un ruolo più saldo della comparazione all'interno delle dinamiche decisionali della Corte.

³⁸ Elemento che, per certi versi, induce molti studiosi a interrogarsi circa il futuro della comparazione: cfr., al riguardo, le profonde osservazioni di P. Ridola, La giurisprudenza costituzionale, cit., 303.

sentenza n. 138 del 2010, sui matrimoni *same sex*³⁹; la sentenza n. 1 del 2014, che, penetrando al cuore della legge elettorale, ha dichiarato illegittimo il premio di maggioranza senza soglia⁴⁰; la sentenza n. 120 del 2014, sull'insindacabilità dei regolamenti parlamentari, in cui la comparazione incrina la futura tenuta dell'autodichia sui rapporti di lavoro con i dipendenti e con i terzi⁴¹; la sentenza n. 170 del 2014, relativa agli effetti sul matrimonio del cambio di sesso di uno dei coniugi⁴²; la sentenza n. 10 del 2015, dove la

³⁹ Il riferimento, in particolare, è alla disciplina delle unioni omosessuali, rispetto alle quali nel punto 10 del diritto si rileva come «numerosi Paesi [...] hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso».

⁴⁰ Cfr. punto 3.1. del diritto: «il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato dalle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n. 270 del 2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.). Esso, infatti, pur non vincolando il legislatore ordinario alla scelta di un determinato sistema, esige comunque che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi (sentenza n. 43 del 1961) ed assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto. In ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano, nei quali pure è contemplato detto principio e non è costituzionalizzata la formula elettorale, il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita", ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare (BVerfGE, sentenza 3/11 del 25 luglio 2012; ma v. già la sentenza n. 197 del 22 maggio 1979 e la sentenza n. 1 del 5 aprile 1952)».

⁴¹ Cfr. punto 4.4. del diritto: «se altrettanto valga per i rapporti di lavoro dei dipendenti e per i rapporti con i terzi, è questione controversa, che, in linea di principio, può dar luogo ad un conflitto fra i poteri; infatti, anche norme non sindacabili potrebbero essere fonti di atti lesivi di diritti costituzionalmente inviolabili e, d'altra parte, deve ritenersi sempre soggetto a verifica il fondamento costituzionale di un potere decisorio che limiti quello conferito dalla Costituzione ad altre autorità. L'indipendenza delle Camere non può infatti compromettere diritti fondamentali, né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili. Come affermato da questa Corte, davanti a ciò che «[...] esuli dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare e non sia per intero sussumibile sotto la disciplina di questo (perché coinvolga beni personali di altri membri delle Camere o beni che comunque appartengano a terzi), deve prevalere la "grande regola" dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24, 112 e 113 della Costituzione)» (sentenza n. 379 del 1996). Peraltro, negli ordinamenti costituzionali a noi più vicini, come Francia, Germania, Regno Unito e Spagna, l'autodichia sui rapporti di lavoro con i dipendenti e sui rapporti con i terzi non è più prevista. Nel nostro ordinamento è altresì significativo che molteplici decisioni di questa Corte, oltre che della Corte di Strasburgo, abbiano assoggettato a stretta interpretazione la stessa immunità parlamentare prevista dal primo comma dell'art. 68 Cost., riconosciuta soltanto quando sia dimostrato, secondo criteri rigorosi, il nesso funzionale fra l'opinione espressa e l'attività parlamentare, proprio per limitare l'impedimento all'accesso al giudice da parte di chi si ritenga danneggiato (*ex plurimis*, sentenze n. 313 del 2013, n. 98 del 2011, n. 137 del 2001, n. 11 e n. 10 del 2000)».

⁴² Cfr. punto 5.6 del diritto: «sulla linea dei principi enunciati nella riferita sentenza, è innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni "specifiche" e "particolari" di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.

Corte si è riconosciuta la facoltà di elidere del tutto la retroattività della pronuncia d'annullamento⁴³; la sentenza n. 269 del 2017, che ha invertito l'ordine d'esame della doppia pregiudiziale, riservando alla Corte costituzionale, in materia di diritti fondamentali, una sorta di *ius primi verbi*⁴⁴. Senza dimenticare altri

La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05)».

⁴³ Cfr. punto 7 del diritto: «il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare «una tutela sistemica e non frazionata» (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»: per questo la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che «[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (sentenza n. 85 del 2013). Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo. Del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale».

⁴⁴ Cfr. punto 5.2. del diritto: «fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S, M.B.). Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito. In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione (si veda ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13).

Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)». L'espressione

autorevoli precedenti, meno prossimi, di cui la sentenza n. 303 del 2003, che ha forgiato il congegno della chiamata in sussidiarietà, è forse il più emblematico⁴⁵.

Occorre dunque, a questo punto, provare a interrogarsi sulle ragioni che giustificano la nuova tendenza. In questa prospettiva, il filo rosso che collega l'impiego della comparazione e l'*empowerment* della Corte si scorge nei peculiari meccanismi di legittimazione dell'organo.

Nella deliberata assenza di un legame di derivazione diretto dal popolo sovrano⁴⁶, la legittimazione⁴⁷ degli organi di giustizia costituzionale si alimenta – per riassumere gli esiti della riflessione maturata in modo abbastanza trasversale nella riflessione scientifica occidentale – da un quadro composito di fonti⁴⁸.

Alcuni criteri di legittimazione operano *ex ante*, risiedendo nella intrinseca peculiarità della funzione loro affidata, cioè tutelare la rigidità della Costituzione, con le garanzie e gli impianti assiologici in essa configurate, o nelle modalità di composizione dell'organo, tese ad assicurare l'autorevolezza e indipendenza dei giudici⁴⁹.

Altri criteri, invece, operano *ex post*, nel senso che si attivano se e nella misura in cui l'organo, nel concreto esercizio della propria funzione, soddisfa determinati parametri: la capacità di moderare i conflitti, di concorrere nell'orientamento dei processi di integrazione e sviluppo sociale, di far “respirare” le norme costituzionali attraverso un'interpretazione sensibile all'evolversi dei tempi, di dialogare con le altre

ius primi verbi è di G. Scaccia, Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, in *Giur. cost.*, n. 6/2017, 2954.

⁴⁵ Cfr. punto 2.1. del diritto «il nuovo art. 117 Cost. distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statali; con un rovesciamento completo della previgente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali.

In questo quadro, limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*) o alla *clausola di supremazia* nel sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)].».

⁴⁶ Secondo la tesi realista di V. Crisafulli, Giustizia costituzionale e potere legislativo. Relazione generale di sintesi alla III Conferenza delle Corti costituzionali europee (Roma, 20-22 ottobre 1976), in *Studi in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, la circostanza che la Corte non sia un organo rappresentativo è un'anomalia ben studiata, volta ad assicurarne l'estraneità rispetto all'influenza della politica e al continuum maggioritario, così da assolvere alle funzioni garantiste attribuitele.

⁴⁷ Per tale qui intendendosi il titolo in virtù del quale le Corti esercitano il proprio potere, sia sotto il profilo del suo fondamento istituzionale, che della percezione da parte dei destinatari delle decisioni: cfr. D. Fisichella, *Lineamenti di scienza politica*, Carocci, Roma, 2011, 75.

⁴⁸ Un quadro davvero completo, al riguardo, è dato da L. Mezzetti – M. Belletti – E. D'Orlando – E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, 168 ss.

⁴⁹ Pegoraro parla, al riguardo, di aristocrazia del sapere: L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 1998, 165.

istituzioni e la propria *constituency*⁵⁰. Grazie a questa seconda tipologia di criteri, la legittimazione delle decisioni sarà tanto maggiore, quanto più esse si presenteranno come il frutto di un procedimento orientato dalla razionalità discorsiva, costruito attraverso argomenti e categorie radicate nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale, aperto e sensibile verso la sempre più vasta platea di interlocutori delle Corti⁵¹. Non per caso, l'ordinanza 207, e il filone giurisprudenziale di cui essa costituisce il più recente punto d'emersione, restituisce l'immagine plastica di una Corte che, per scelta o per necessità, nel contesto dello Stato costituzionale aperto, ricerca il dialogo con le sue controparti.⁵²

Allora, l'incremento del peso della comparazione nell'economia delle motivazioni, può leggersi come un corollario naturale dell'allargamento (a livello nazionale e internazionale) dell'uditorio dei giudici costituzionali, della loro integrazione entro circuiti di comunicazione e "reciproca fertilizzazione"⁵³ delle esperienze costituzionali, della sedimentazione di un patrimonio comune di principi. Le sentenze si arricchiscono di riferimenti incrociati e confronti in vista di una condivisione, o almeno di una

⁵⁰ La funzione di mediazione del conflitto e d'integrazione sociale è variamente sostenuta da L. Elia, Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme, in *Giur. Cost.*, 1965; F. Modugno, Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale, in *Rass. dir. Pubbl.*, 1966; P. Häberle, Lo Stato costituzionale, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, 2005. Il concetto di *constituency*, ripreso dalla dottrina americana, indica l'insieme di soggetti alla cui verifica è sottoposta una decisione. Nel caso dei giudici costituzionali, l'insieme è vasto: gli artefici della nomina, verso cui si nutre riconoscenza; tutti gli altri soggetti verso cui possono vantarsi aspettative; i colleghi che compongono il collegio; la comunità dei giuristi, nazionale e internazionale, sempre pronta a vivisezionare ogni decisione; i tribunali stranieri, europei e internazionali; l'opinione pubblica. Sul tema, cfr. M.J. Perry, *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New-Haven, London, 1982; C.H. Perelman – L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Bruxell, 1988; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, 162. Sul tema dei processi di legittimazione derivanti dall'allargamento del circolo ermeneutico e sul ruolo della "società aperta degli interpreti della Costituzione" cfr. P. Häberle, *Öffentlichkeit und Verfassung*, in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker und Humblot, Berlin 1978, 225 ss., P. Ridola, Prime riflessioni sullo "spazio pubblico" nelle democrazie pluralistiche, in Id., *Diritto comparato*, cit., 43 ss., nonché Id., Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale, in *Nomos*, n. 2/2018, 9 ss.

⁵¹ Riprendendo l'insegnamento di A. Baldassarre, *La Corte costituzionale*, cit., 986. Spunti davvero meritevoli d'attenzione anche in M. Luciani, Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia), in *Pol. Dir.*, 1998, 365 ss.

⁵² La dimensione del costituzionalismo dialogico è evocata nell'ordinanza Cappato rispetto al Parlamento «va dunque conclusivamente rilevato che, laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, 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». Ma anche nella sentenza 269 del 2018 si evocava qui nella prospettiva del dialogo fra Corti: «il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)».

⁵³ Riprendendo qui la felice immagine di G. Silvestri, Considerazioni introduttive alla III sessione del XVI Congresso delle Corti costituzionali europee - Vienna, 13 maggio 2014, in consultaonline.org.

condivisibilità, la più larga possibile, proprio perché dovranno validarsi, e dunque legittimarsi, conclusioni destinate a essere immesse non più in un ordinamento autoreferenziale e chiuso, ma in un sistema di vasi comunicanti.

A testimonianza dell'intima connessione fra comparazione e legittimazione, è utile sottolineare come l'*auctoritas* dei precedenti stranieri sia richiamata più spesso nelle fasi di consolidamento delle esperienze costituzionali oppure nelle congiunture di transizione e crisi, quando il ruolo delle Corti nella dialettica interistituzionale non è ancora ben definito o perde stabilità. Il dato diminuisce, per converso, nelle esperienze più mature, in cui il giudice costituzionale ha ormai consolidato la propria posizione all'interno del sistema dei poteri⁵⁴.

L'argomento comparatistico, quindi, non è (solo) un artificio retorico o un vezzo estetico, ma uno strumento di legittimazione, attraverso il quale la Corte, giustificando opzioni inedite o addirittura ardite, rivendica o ridefinisce i propri poteri e, su un piano più generale, la propria posizione all'interno del sistema.

La portata in qualche caso dirompente delle pronunce recenti e il particolare fabbisogno di legittimazione che esse denunciano possono forse trovare due spiegazioni.

La prima, è lo sforzo di adeguare la propria strumentazione alle nuove esigenze di governo della giustizia costituzionale negli ordinamenti di democrazia pluralista: adeguamento che, avvenendo *praeter* o addirittura *contra legem*, richiede, appunto, un fondamento di legittimazione alternativo, offerto anche dalla comparazione.

In un panorama assai frastagliato, in cui coesistono, e molto spesso confliggono, una miriade di identità, rivendicazioni e interessi, il diritto esibisce ormai un volto "mite"⁵⁵. A torto o a ragione, l'assolutezza teorica della sua tenuta prescrittiva può essere (ed è) relativizzata in concreto all'interno del giudizio di bilanciamento, per assicurare la sintesi, dialettica e inclusiva, del molteplice in sistemi sempre più complessi. E la soggezione alla logica del bilanciamento vale non solo per le norme sostanziali, ma anche per quelle processuali: emblematica è la vicenda – descritta in queste pagine – della modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze di annullamento, o degli altri rimedi escogitati per permettere al legislatore un intervento *in extremis*, che registra forti assonanze in ordinamenti pur molto diversi.

Peraltro, la cedevolezza delle categorie è propiziata anche dall'esplosione della domanda di giustizia costituzionale. L'inceppamento e il malfunzionamento del canale di produzione legislativa, che in regime

⁵⁴ Cfr. P. Ridola, La giurisprudenza costituzionale, 299. Nella letteratura tedesca, spunti in H. Vorländer, Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Id. (a cura di), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006, 22-24.

⁵⁵ Il riferimento qui, ovviamente, è a G. Zagrebelsky, Il diritto mite, Einaudi, Torino, 1992.

di democrazia rappresentativa è il primo veicolo di riconoscimento dei diritti, determinano la deviazione delle istanze inevase verso gli organi giurisdizionali. La pressione costante di rivendicazioni tipicamente *legislative in nature* finisce per trasfigurare lo stesso processo logico e decisionale del giudice, innestando all'interno delle meccaniche sillogistiche momenti di mediazione e di coesione che dovrebbero essere propri del processo legislativo⁵⁶. La supplenza giurisdizionale delle istituzioni rappresentative si traduce nella proiezione della decisione “a fare stato” al di là del caso singolo, e specie per i giudici costituzionali, ad operare come legislatori positivi e non più solo negativi, in senso kelseniano; ciò importa necessariamente una accentuata sensibilità per le ricadute sistemiche complessive di squisita natura politica, alle quali si avverte l'esigenza di corrispondere anche tramite soluzioni inedite. Ecco qui che, nel muoversi sul crinale incerto fra giurisdizione e legislazione, l'elemento comparatistico e il conforto delle esperienze straniere può fungere da appiglio argomentativo per sopperire alla carenza di legittimazione, di cui la Corte fisiologicamente soffre all'atto di esercitare funzioni quasi-normative.

La seconda spiegazione del più disinvolto impiego dell'argomento comparatistico può cogliersi nell'ambito di un progressivo auto-riposizionamento della Corte all'interno del *multilevel constitutionalism*, e più in particolare nel circuito di tutela multilivello dei diritti: la maggior parte dei riferimenti all'esperienza straniera, infatti, ricorre nelle sentenze in cui si fa questione di diritti fondamentali⁵⁷. Il dato, a ben guardare, non sorprende: nelle dinamiche evolutive dello Stato costituzionale verso modelli aperti e cooperativi, caratterizzati dalla rottura del guscio della sovranità e dall'instaurazione di fitte reti d'interdipendenze culturali e giuridiche fra ordinamenti⁵⁸, i diritti fondamentali circolano con maggiore facilità in forza di un'attitudine all'universalizzazione cosmopolitica emersa e rafforzatasi all'indomani della Seconda Guerra Mondiale⁵⁹. Peraltro, fra i processi di omogeneizzazione e la comparazione emerge un rapporto biunivoco di tipo causa-effetto: al crescere del grado di assimilabilità giuridica e culturale dei diversi ordinamenti, cresce la congruenza di approcci interpretativi di tipo comparativo; allo stesso modo, l'impiego della comparazione induce spinte uniformanti nelle realtà messe a confronto.

⁵⁶ Tendenza ben evidenziata da R. Bin, Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 623.

⁵⁷ Dato ben evidenziato da P. Passaglia, Il diritto comparato, cit., 604. Cfr. anche A. Sperti, Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 125 ss.

⁵⁸ Si riprendono qui i modelli teorici elaborati da P. Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat, in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., 407 ss. e S. Hobe, Der offene Verfassungsstaat, Duncker und Humblot, Berlin, 1998, sui quali cfr. ampiamente P. Ridola, Profilo storico del costituzionalismo moderno, in Id., *Diritto comparato*, cit., 22 ss.

⁵⁹ È stato efficacemente rilevato come esista una «linea di tensione tra la comparazione costituzionale e la tradizione del diritto pubblico dello Stato nazione, con il suo robusto impianto di categorie e di apparati dogmatici formati entro il bozzolo impenetrabile ed esclusivo della sovranità»: cfr. P. Ridola, La giurisprudenza costituzionale, cit., 294; tale tensione è più evidente con riferimento alle norme che regolano l'organizzazione dello Stato, dove più da vicino si esprime la sovranità, mentre tende ad allentarsi, col tempo, sul terreno dei diritti.

Proprio la naturale inclinazione comparatistica dei diritti fondamentali consente alla Corte di invocare lo *ius alii loci* per legittimare una rivendicazione di competenze, rispetto ad alcune tendenze oggetto da tempo di approfondita disamina in sede scientifica: l'assorbimento delle questioni di legittimità costituzionale in questioni di contrasto col diritto europeo, e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; l'esigenza di scoraggiare la diretta disapplicazione del diritto nazionale per contrasto con la Carta da parte dei giudici comuni, al fine di indurli comunque, in caso di doppio contrasto, a rivolgersi in via prioritaria alla Corte italiana⁶⁰; la "concorrenza" sempre più intensa della Corte europea dei diritti dell'uomo, sovente percepita, e non di rado incline ad atteggiarsi, come una sorta di tribunale costituzionale, collocato peraltro in una posizione processuale privilegiata grazie all'accesso individuale diretto e al nuovo parere consultivo introdotto dal Protocollo 16⁶¹. Fenomeni, tutti, che si traducono nell'essiccamento non solo del processo costituzionale, ma anche della carica precettiva della Costituzione.

Di fronte a questo triplice assedio, il giudice costituzionale tenta di contrastare i fenomeni "centrifughi" che col tempo ne hanno marginalizzato il ruolo, facendo leva anche sull'esperienza straniera: l'intento è riaffermare nel sistema la sua *primauté* come giudice dei diritti, in coerenza con l'opzione per il modello di giustizia costituzionale accentrato, e quello di primo interprete e mediatore dell'identità storico-culturale del nostro ordinamento, così come essa è sedimentata nella Costituzione, nel dialogo con le altre Corti. Ma non è solo sul piano esterno che si gioca il processo di ridefinizione del ruolo della Corte: la legittimazione alimentata dall'argomento comparatistico supporta il giudice costituzionale pure nel ricalibrare con esattezza il proprio punto d'innesto all'interno della forma di governo, nei rapporti con le altre istituzioni apicali dello Stato apparato. La progressiva eliminazione delle zone franche della giustizia costituzionale, di solito maturate nell'ombra di alcuni domini riservati della politica, è indice di un riposizionamento, se non di un rafforzamento, della Corte rispetto agli altri poteri, con la funzione di superarne inerzie e sclerotizzazioni⁶².

⁶⁰ Su questi aspetti G. Scaccia, *Giudici comuni*, cit., 2950 ma anche A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia. Relazione all'incontro di studio tra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia*, Siviglia 26-28 ottobre 2017, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

⁶¹ Cfr. R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti?*, cit., 627. È appena il caso di precisare qui, che il Protocollo 16 ha raggiunto il numero di ratifiche necessario per entrare in vigore; l'Italia, dal canto suo, non ha però ancora provveduto alla ratifica.

⁶² Cfr. ancora R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti?*, cit., 634 sul tema delle zone franche. In questa prospettiva, l'incursione nella legge elettorale operata con la sentenza n. 1 del 2014, e ancor più nella sentenza n. 35 del 2017, appaiono paradigmatiche. Ma anche la discussa ordinanza n. 17 del 2019, nell'ammettere il sindacato della Corte sulla violazione delle regole che presiedono al procedimento legislativo in sede di conflitto d'attribuzione, sia pur alla condizione che il vizio sia grave e manifesto, rappresenta un (timido) ridimensionamento delle prerogative della politica.