

Rivista N°: 4/2019  
DATA PUBBLICAZIONE: 26/11/2019

AUTORE: Antonino Spadaro\*

## I LIMITI “STRUTTURALI” DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ: LE PRINCIPALI CAUSE DI INAMMISSIBILITÀ DELLA Q.L.C.\*\*

*Sommario: 1. Premessa: la tipologia generale delle pronunzie costituzionali.- 2. La tradizionale (e discutibile) divisione delle decisioni c.d. processuali: inammissibilità per cause contingenti/formali e per cause strutturali/sostanziali. La distinzione (teorica) fra ordinanze di “restituzione degli atti al giudice a quo” e di “inammissibilità”.- 3. Cenni sulle decisioni di natura processuale per vizi contingenti/sanabili. - 4. La classificazione corretta delle decisioni processuali “di rigetto”: a) per limiti contingenti (vizi sanabili) e b) per vizi strutturali (vizi insanabili), queste ultime a loro volta distinguibili per cause “formali” e “sostanziali” (political question, discrezionalità legislativa, questioni di rilievo scientifico).- 5. I limiti dell’art. 28, l. n. 87/1953. La discutibile contrapposizione fra “giurisdizionalità” e “politicalità” delle decisioni dei tribunali costituzionali. Il felice escamotage delle “additive di principio”. - 6. Esempio di un uso corretto del self-restraint: sent. n. 138/2010.- 7. Esempio di un uso discutibile del self-restraint: sent. n. 84/2016 (c.d. “inammissibilità vestita”).- 8. Esempi coraggiosi, ma controversi, di judicial activism (sentt. nn. 1/2014 e 35/2017): la necessità di evitare (non “zone franche”, ma) “zone d’ombra” del sindacato costituzionale.- 9. Esempi di un uso probabilmente temerario del judicial activism: il superamento anche del limite delle c.d. “rime obbligate”. Le sentenze cost. nn. 236/2016, 222-233/2018, 40/2019.- 10. Conclusioni.*

### 1. Premessa: la tipologia generale delle pronunzie costituzionali

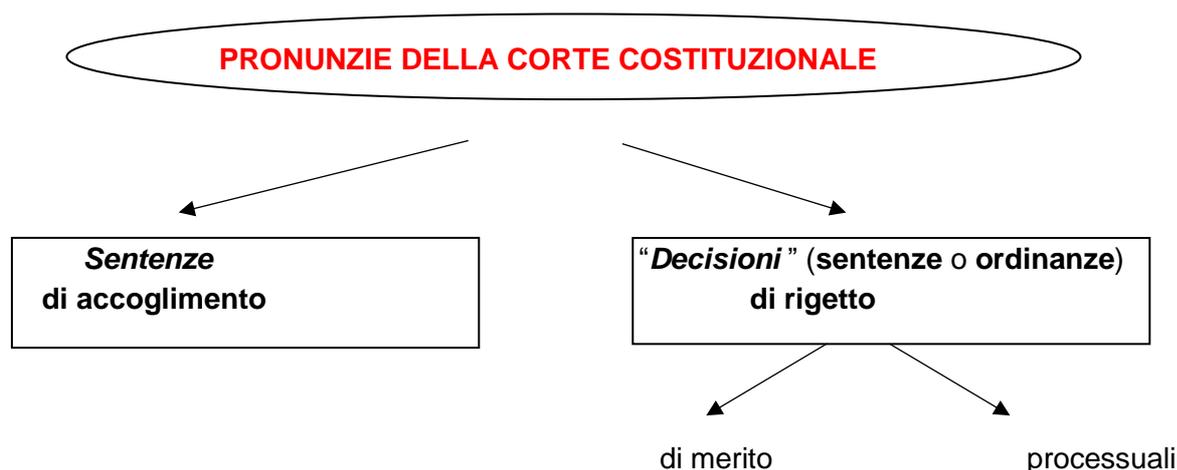
Comunemente si immagina una bipartizione delle decisioni della Corte fra pronunzie *processuali*, con cui la Corte non decide la q.l.c., e pronunzie *di merito*, con cui la Corte invece decide la q.l.c. Queste ultime, a loro volta, ordinariamente sono distinte in sentenze di accoglimento e sentenze di rigetto.

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Mediterranea di Reggio Calabria (spadaro@unirc.it).

\*\* Relazione, rivista e corredata di note, tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura, presso la Corte costituzionale, il 28 marzo 2019. Testo destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

In realtà, va riesaminata e ripensata sia la natura dell'atto (sentenza/ordinanza), sia la classificazione delle decisioni<sup>1</sup>. La dicotomia astratta e formale fra “sentenza” (definitiva) e “ordinanza” (non definitiva) è sostituita di fatto dalla bipartizione fra *a) sentenze* di accoglimento (l'unico caso in cui la “forma” della sentenza è indispensabile) e *b) decisioni* di rigetto, di merito o processuali (la cui “forma” può essere la sentenza o l'ordinanza), come evidenzia lo schema che segue:



In questo senso, è vero che l'ordinanza appaia sempre come una specie di «sentenza di rigetto atipica», senza intestazione e succintamente motivata<sup>2</sup>. Del resto è noto che la Corte – salvo che per l'accoglimento (sentenza) – non è costante nell'uso del tipo di decisione: usa la forma che più le piace di volta in volta. Per esempio, accanto all'*ordinanza*, ha adottato “anche” – in modo palesemente ridondante per lo scopo – la *sentenza*. Ciò accade persino nei casi di: *a)* restituzione degli atti al giudice *a quo*; *b)* improcedibilità; *c)* cessazione della materia del contendere; *d)* inammissibilità. Ma fortunatamente si tratta di eccezioni.

La natura e gli effetti delle *sentenze* di accoglimento, che sicuramente sono decisioni “di merito”, sono noti e non ci si sofferma qui su di esse. Sinteticamente ricordo solo: fondatezza, fondatezza nei sensi di cui alla motivazione (interpretativa di accoglimento), illegittimità consequenziale (art. 27, l. n. 87/1953). Sostanzialmente speculari sono pure natura ed effetti delle *decisioni* (sentenze e ordinanze) di rigetto “nel merito”: infondatezza, infondatezza nei sensi di cui alla motivazione (interpretativa di rigetto), manifesta infondatezza. In quest'ultimo caso, almeno in teoria, mentre le *sentenze* che attestano la manifesta infondatezza confermano una “fondatezza” già dichiarata della q.l.c., le *ordinanze* di manifesta infondatezza dovrebbero attestare invece la “non fondatezza” di questioni identiche o analoghe già

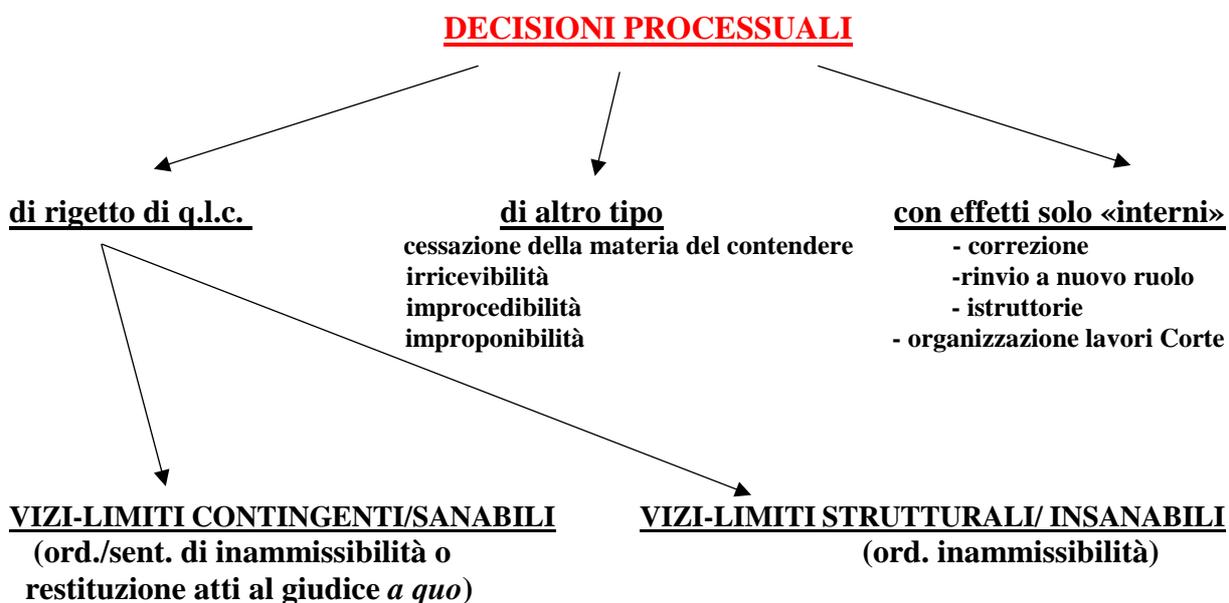
<sup>1</sup> Almeno in parte, tale sforzo di ripensamento è già stato tentato/iniziato, fra gli altri, da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, VI ed., spec. 163 ss., cui ci si è ispirati nella stesura del presente lavoro e cui si rinvia per l'impostazione generale. Da quest'ultima, però, qui ci si distacca per alcuni necessari approfondimenti e aggiornamenti.

<sup>2</sup> Tra i primi sul punto, cfr. I. FASO, *In tema di ordinanze della Corte costituzionale conclusive dei giudizi di legittimità in via incidentale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 3 ss.

decise (art. 29, l. n. 87/1953)<sup>3</sup>. Ma anche in tale contesto l'uso che la Corte fa della forma delle decisioni è piuttosto disinvolto.

A ben vedere, poi, la "tipologia" delle sentenze di merito – di accoglimento e di rigetto – è amplissima e rinvio ad altra sede per il necessario approfondimento, soprattutto di tutte le decisioni costituzionali definibili genericamente manipolative (riduttive, additive, sostitutive, ecc.)<sup>4</sup>.

La bipartizione inizialmente proposta, per quanto utile, è solo tendenziale. Infatti, ricordo non solo che – in ordine agli *effetti* – ovviamente rimangono intatte le profonde differenze fra decisioni di rigetto "nel merito" (con cui la Corte "decide" di respingere la richiesta, ritenendola *infondata*) e decisioni di rigetto "processuali" (con cui la Corte semplicemente "decide" di *non decidere*), ma anche come alcune decisioni processuali *non* siano esattamente di rigetto, ma in realtà siano piuttosto definibili come atti di natura meramente "interna". La seguente esposizione schematica di tutte le decisioni "processuali", che non limita l'analisi al solo giudizio in via incidentale, può aiutare.



<sup>3</sup> Addirittura forse potrebbe dirsi che le sentenze di *manifesta infondatezza* non sono davvero e fino in fondo decisioni "di merito", perché la Corte *si libera* subito del problema semplicemente sulla base del fatto che c'è già stato un giudizio su una questione identica. In breve, la disposizione impugnata *era* già stata annullata e quindi espunta dall'ordinamento, ma il giudice – gravemente distratto (?) – non ne ha tenuto conto.

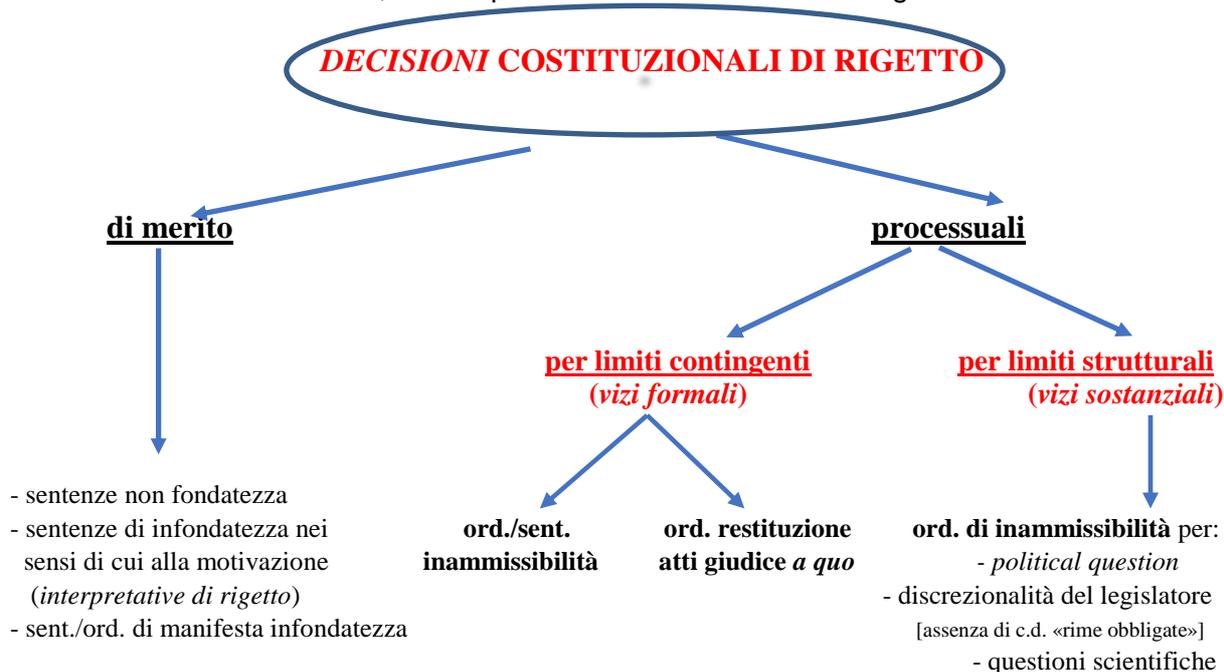
<sup>4</sup> Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, spec. 192 ss. Ivi bibl., fra cui si segnala la bella monografia di C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Per una nuova prospettiva di studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, *passim*.

Ricordo che – mentre con le decisioni di rigetto “nel merito” la Corte decide la q.l.c. nel senso dell’infondatezza: semplice, nei sensi di cui alla motivazione o manifesta (n.b.: senza per ciò stesso *mai* attestare la “legittimità” della legge, bensì solo la “non illegittimità” della norma nella particolare fattispecie considerata) – nelle decisioni di rigetto meramente “processuali”, cui fa riferimento lo schema, la Corte invoca ragioni che invece non le consentono di passare all’esame del merito della q.l.c.

**2. La tradizionale (e discutibile) *divisio* delle decisioni c.d. processuali: inammissibilità per cause contingenti/formali e per cause strutturali/sostanziali. La distinzione (teorica) fra ordinanze di “restituzione degli atti al giudice *a quo*” e di “inammissibilità”.**

In questa sede, escludendo le decisioni di rigetto *nel merito* (per lo più sentenze), mi soffermerò solo sulle decisioni di rigetto (per lo più ordinanze) per ragioni *processuali*, ossia per motivi che impediscono alla Corte di passare all’esame del merito della q.l.c.

Ciò detto, constato che comunemente si propone una *summa divisio* delle decisioni processuali adottate dai giudici costituzionali: quelle adottate di fronte a limiti “contingenti” al sindacato costituzionale, cui corrisponderebbero cause/vizi *formali* di inammissibilità, e quelle adottate di fronte a limiti “strutturali” di tale sindacato, cui corrisponderebbero invece cause/vizi *sostanziali* di inammissibilità, come specificato nello schema che segue.



Preciso subito di non condividere del tutto questa classificazione tradizionale, in quanto – fra poco lo chiarirò meglio – mentre certo tutti i limiti contingenti al sindacato costituzionale sono legati a cause/vizi meramente formali dell’ordinanza che solleva la q.l.c., per

converso non tutti i limiti *strutturali* sono imputabili a cause/vizi sostanziali, esistendone anche altri derivanti da cause/vizi *formali*.

Tuttavia lo schema ora ricordato ha almeno il pregio di distinguere fra decisioni (ordinanze/sentenze) di “restituzione degli atti” al giudice *a quo* e decisioni di “inammissibilità”<sup>5</sup>.

Pur non dovendo, in questa sede, occuparmi dell’inammissibilità per vizi contingenti legati a cause formali (su cui cfr., però, il § successivo), ricordo infatti che – in relazione a tali vizi – la Corte può rispondere alla richiesta, contenuta nell’ordinanza di rimessione, o con un’ordinanza di “inammissibilità” o con una ordinanza di “restituzione degli atti” al giudice *a quo*.

Secondo un’impostazione tradizionale, nel primo caso, la Corte accerterebbe un vizio insanabile e giudicherebbe *in via definitiva*, precludendo chiaramente e nettamente ai giudici la possibilità di riproporre la q.l.c. Invece, con la “restituzione degli atti al giudice *a quo*” – di solito legata alla presenza di non di un *factum superveniens*, ma di uno *ius superveniens* di vario genere: a) “costituzionale” (si pensi alla novella cost. n. 3/2001); b) di tipo “legislativo”; c) “giurisprudenziale italiano”; d) “giurisprudenziale europeo” (Corte di Strasburgo o del Lussemburgo) – la Corte dovrebbe rilevare un vizio di natura grave ma non irreparabile, tant’è che essa non giudica *in via definitiva*: il giudice *a quo*, così, può correggere l’ordinanza e (nella sostanza) riproporla<sup>6</sup>. Del resto: si può “riproporre” la q.l.c. solo se il vizio è sanabile ed effettivamente sanato (n. 263/2009), altrimenti non è possibile (n. 91/2009).

Ad ogni modo, tutte queste distinzioni, in astratto corrette, sono solo teoriche e tendenziali, in quanto:

- a) esistono numerosissimi casi di ordinanze di “inammissibilità” che non precludono affatto al giudice *a quo* la possibilità di rimediare all’errore e quindi, esattamente come nel caso di “restituzione degli atti” al giudice, di ripresentare la q.l.c.;
- b) come accennavo, esistono limitazioni strutturali al sindacato di costituzionalità che non sono di natura sostanziale (*political question*), ma squisitamente formale.

### **3. Cenni sulle decisioni di natura processuale per vizi contingenti/sanabili**

Per quanto, come dicevo, non tocchi a me occuparmene, giusto per escluderle dalla trattazione accenno appena alle decisioni processuali per vizi contingenti/sanabili.

La Corte, sempre restituendo gli atti al giudice *a quo* – o, n.b., pure con ordinanza di inammissibilità (che in teoria si dovrebbe applicare, invece, per vizi apparentemente insanabili) – può rilevare uno dei seguenti semplici vizi *sanabili* del procedimento, di solito dell’ordinanza di rimessione:

- mancata notifica

---

<sup>5</sup> Sul punto, fra i primi, cfr. A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo*, Milano 1965.

<sup>6</sup> In realtà, di fronte allo *ius superveniens*, forse è eccessivo parlare, come pure si fa, di un vero e proprio *vizio*, per di più grave, dell’ordinanza di rimessione. Infatti – esattamente in analogia con quanto accade nel caso di “illegittimità sopravvenuta” della disposizione – dovrebbe semmai parlarsi di un vizio non originario, ma “sopravvenuto” dell’ordinanza, tant’è che – se lo *ius superveniens* è solo formale (e dunque resta intatto il contenuto *normativo* della disposizione) – la Corte prosegue regolarmente il giudizio.

- mancata comunicazione
- mancata o carente motivazione sulla rilevanza e/o non manifesta infondatezza<sup>7</sup>
- motivazione solo *per relationem*<sup>8</sup>
- mancanza/incertezza del *petitum*<sup>9</sup>
- mancata indicazione del *verso* (ossia della soluzione auspicata) nel caso di richiesta di decisione additiva
- q.l.c. solo ipotetica, sollevata in modo generico, alternativa o ancipite, contraddittoria oscura<sup>10</sup>
- q.l.c. che non permette di identificare bene il *thema decidendum*, ecc.<sup>11</sup>
- erroneo presupposto interpretativo<sup>12</sup>, talvolta risolvibile dal giudice in via interpretativa<sup>13</sup>
- difetto di previa interpretazione adeguatrice<sup>14</sup>
- errore dichiaratamente sanabile dal giudice<sup>15</sup>
- erronea o incompleta descrizione del quadro normativo<sup>16</sup>
- omessa o carente descrizione della fattispecie<sup>17</sup>

Si ribadisce ancora che l'elenco proposto individua vizi di natura grave ma non irripetibili, tant'è che il giudice *a quo*, se vuole, può correggere l'ordinanza e (nella sostanza) riproporla.

<sup>7</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 170-299-391/2004, 29-140-236/2005, 113-319-454/2006, 92-251-408/2007, 14-265/2008, 319-347/2010, 9-277/2011, 21-104/2012, 20/2014, 100/2015, 97/2016, 22-95-129-250/2017, 9/2018. Il difetto di rilevanza può essere in senso "assoluto" (*inapplicabilità*: nn. 23-30-48-56-64-84-130-143-144-181-195/2011, 60-82-196-223-257-263-280/2012, 59-81-204/2013, 182/2016, 35-257/2017, 8-24-32/2018) o "relativo" (*ininfluenza*: nn. 56-66-80-140-159-176-236-278-337/2011, 170-315/2012, 206/2013), anche in dipendenza della applicazione preferenziale diretta della norma comunitaria (nn. 258-306/2011, 48-111/2012, 2/2017) Ricordo che nelle nn. 263/2012, 59/2013, 182/2016, 35-257/2017 e 8/2018 v'è un'erronea indicazione della disposizione applicabile: casi di *aberratio ictus*.

<sup>8</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 59/2004, 22-142-364/2005, 33-463/2006, 75-103-354/2007, 253/2008, 19/2017, 19-64/2018.

<sup>9</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 187/2004, 188/2005, 279-393/2007, 220/2014, 47/2016, 35/2017, 65/2018.

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 188/2004, 153-243-363-448/2005, 38-125-273-436/2006, 104-296-343-449/2007, 221-223/2008, 328/2011, 169-176-195/2013, 96/2014, 161/2015, 280/2016, 210/2017, 9-46/2018.

<sup>11</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 159/2004, 376/2005, 97-273/2006; 187-309-461/2007.

<sup>12</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 382/2004, 269/2005, 55/2006, 198/2007, 249/2011, 86/2013, 218/2014, 49/2015, 136/2016, 68-161/2017, 76/2018. Ma invero altre volte, in questi casi, la Corte opta invece, oscuramente, per la manifesta infondatezza (nn. 344-438/2004, 1-69-347/2005, 91-177/2006, 389-437/2007, 2-34/2008, 117-238/2017).

<sup>13</sup> Cfr. nn. 112/2005, 98/2006, 272/2007.

<sup>14</sup> Cfr., per es., nn. 244/2006, seguita dalla n. 165/2008; ma v pure nn.: 208-242/2004, 74-399-452/2005, 125-280-324/2006, 261-396-448/2007, 3-149-226/2008, 263/2009, 15/2011, 58/2012, 92/2015, 203/2016, 58-97/2017. In breve, dalla giurisprudenza sembra emergere che alla Corte basti il "tentativo" di esperire un'interpretazione adeguatrice (è sufficiente una motivazione «non implausibile» del giudice *a quo*). In questo caso, la Corte si limita ad un'*interpretativa di rigetto* (cfr. nn. 51-221/2015, 15-111/2016, 53/2017, 11-53/2018.). Se invece il giudice remittente nemmeno esperisce il tentativo, la Corte tende a pronunciarsi con una secca decisione di *inammissibilità* (cfr. nn. 42-69-194-254-255/2017 e 15-132/2018). L'orientamento, però, non è consolidato: residuano casi di *inammissibilità* per difetto di interpretazione adeguatrice, nonostante l'esperimento del tentativo da parte del giudice *a quo* (nn.253/2017 e 18-52-91/2018). La Corte "non" richiede il tentativo solo nei casi in cui: a) si tratti di vizio formale-procedimentale (per es., di eterogeneità del decreto legge: n. 94/2016); b) sussista un sicuro diritto vivente non conforme (nn. 262/2015, 15-36-85/2016), cui il giudice può attenersi, pur non essendone obbligato (n.13/2018); c) l'interpretazione conforme risulti «incompatibile con il disposto letterale della disposizione [...o...] eccentrica e bizzarra» (nn. 78/2015, 36-203/2016, 41-114/2018). Sul punto cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, spec. 236 s.

<sup>15</sup> Cfr. n. 356/2010 (ed infatti la q.l.c. è ripresentata dal medesimo giudice *a quo* con ord. n. 286 del 20.10.2011, in G.U. 4/2012: la q.l.c. è stata poi dichiarata *inammissibile* per mancanza di "rime obbligate" rispetto alla richiesta pronuncia additiva: sent. 87/2013).

<sup>16</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 50-258-276/2011, 79-184/2017, 30-80-102-134-136/2018.

<sup>17</sup> Cfr., *ex multis*, nn. 253-320-329-343/2010, 13-206/2011, 99-103-150-185-192-272-301/2012, 110-198/2013, 46-210/2017, 7-22-37-114/2018.

**4. La classificazione corretta delle decisioni processuali “di rigetto”: a) per limiti contingenti (vizi sanabili) e b) per vizi strutturali (vizi insanabili), queste ultime a loro volta distinguibili per cause “formali” e “sostanziali” (*political question*, discrezionalità legislativa, questioni di rilievo scientifico).**

Per individuare *realmente* i limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità – oggetto della presente relazione – non ci si potrà attenere alla rigida distinzione fra cause/vizi formali e cause/vizi sostanziali che ostano al sindacato costituzionale. Infatti, a mio avviso – già l’ho rilevato – se c’è piena coincidenza fra natura contingente del limite e causa *formale* del vizio sanabile, non c’è invece automatica coincidenza fra natura strutturale del limite e causa *sostanziale* del vizio insanabile (come però risulta dalla tradizionale impostazione: cfr. lo schema del § 2). Una più approfondita analisi delle decisioni processuali costituzionali non permette di considerare del tutto convincente quest’approccio e sufficiente la connessa classificazione.

Inoltre, spero ormai sia chiaro che la questione qui esaminata interessa solo il giudizio in via incidentale, nel quale del resto prioritariamente sono coinvolti i giudici, ma non riguarda “tutte” le decisioni processuali, esistendo decisioni processuali, s’è visto, anche di altro tipo e con effetti solo interni (cfr. il II schema presente nel § 1).

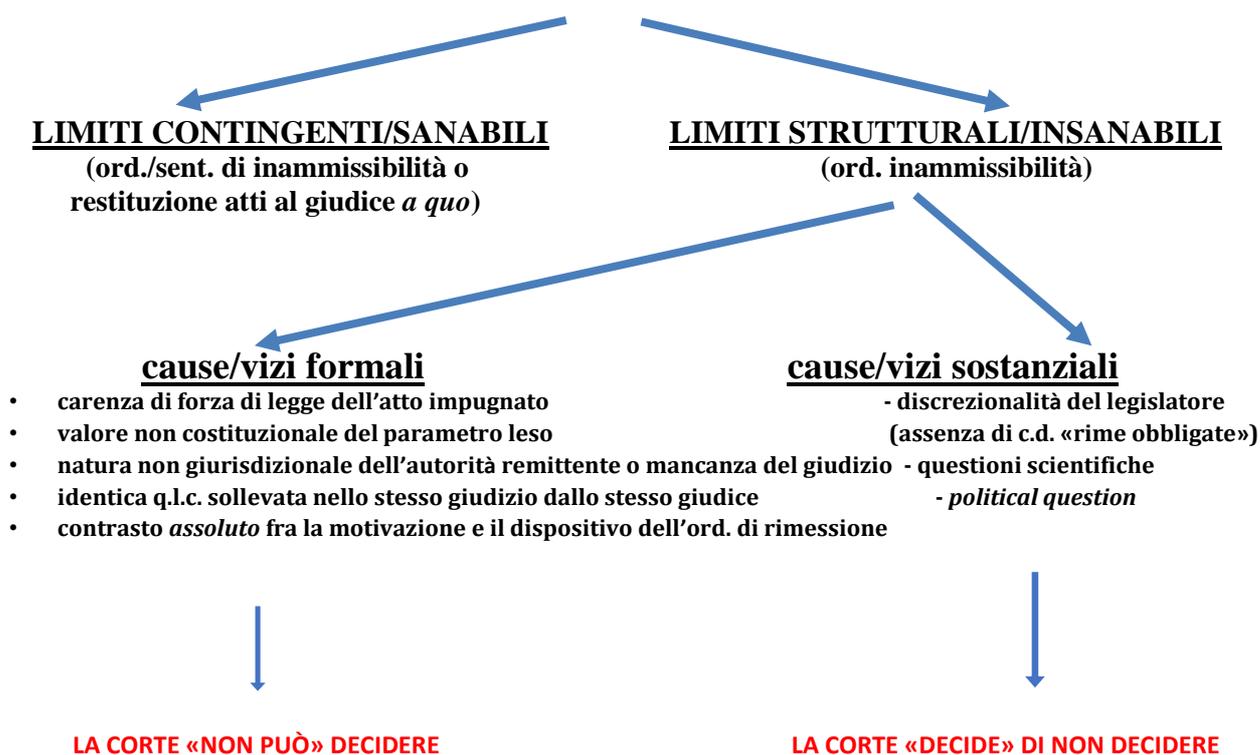
In breve, qui si stanno esaminando solo le decisioni processuali “di rigetto” ed in particolare quelle che individuano limiti strutturali, dunque vizi insanabili. Ora, in questo contesto, l’unica, vera distinzione – o *summa divisio* – che può utilmente essere fatta delle decisioni processuali di rigetto, è fra quelle che mettono in luce limiti **contingenti**, tendenzialmente **sanabili**, del sindacato costituzionale e quelle che rilevano limiti invece **strutturali**, che per converso sono **insanabili**. Nulla di più e nulla di meno.

Questa elementare bipartizione non deve, però, portare in modo semplicistico a identificare i “limiti strutturali” del sindacato costituzionale, che impediscono la nascita di una q.l.c., *esclusivamente* con le “cause, o vizi, di inammissibilità sostanziale” dell’ordinanza di rimessione. L’esistenza anche di vizi *formali* che danno vita a un limite strutturale del sindacato costituzionale – il punto, anche se trascurato, non è trascurabile – spero emerga con chiarezza dal seguente schema definitivo<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> ...in cui non a caso sono elencate “anche” le cause *formali* di inammissibilità, tutte espressione *evidente* di un vizio *insanabile* dell’ordinanza di rimessione. A ben vedere, ciò riguarda anche l’ultimo caso indicato nello schema (“contrasto *assoluto* fra la motivazione e il dispositivo dell’ordinanza di rimessione”), che non va confuso con quello in cui invece il vizio è sanabile, quando per esempio il *petitum* è carente o manca il *verso* (indicazione della specifica soluzione richiesta alla Corte). Infatti – per quanto la distinzione sia sottile – mentre nel caso di contrasto *assoluto* fra la motivazione e il dispositivo dell’ordinanza di rimessione il giudice, che insiste nel richiedere l’espunzione di una norma ritenuta illegittima, deve comunque proporre una q.l.c. *nuova*, negli altri casi questi si limita a “correggere” l’originaria ordinanza di rimessione, limitandosi a ri-proporre la *stessa* q.l.c.

## DECISIONI PROCESSUALI DI RIGETTO



Proprio il ricordato, diffuso, equivoco (identificazione dei limiti *strutturali* del sindacato costituzionale con le cause *sostanziali* di inammissibilità della q.l.c.) spiega perché la dottrina spesso si sia divisa nella valutazione del comportamento della Corte di fronte alle cause strutturali di inammissibilità della q.l.c., ora sostenendo che – grazie alle decisioni processuali, con cui la Corte non entra nel merito – essa in fondo *decide di non decidere*<sup>19</sup>, ora invece affermando, esattamente al contrario, che «le pronunce di inammissibilità adottate dalla Corte non consistono e non si risolvono mai in una sorta di scappatoia»<sup>20</sup>. La verità è che entrambe le opinioni possono essere considerate corrette a condizione, però, che vengano attribuite non genericamente alle cause strutturali di inammissibilità, ma l'una (la Corte “decide” di non decidere) solo alle cause di inammissibilità derivante da vizi *sostanziali* e l'altra (la Corte è “costretta” a non entrare nel merito) solo alle cause di inammissibilità derivanti da vizi *formali*, fermo restando che entrambe individuano limiti “strutturali”, ossia limiti e dunque vizi – a giudizio della Corte – insanabili, della q.l.c.

<sup>19</sup> Cfr., fra gli altri: M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984; A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in [www.forumccostituzionale.it](http://www.forumccostituzionale.it) (17 novembre 2006); R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisorie utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare alle inerzie del legislatore*, Milano, 2007, 88. Ma v. pure S. CASSESE (*Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, 34) secondo cui spesso la Corte: «teme di affrontare le questioni. È felice di concludere per l'inammissibilità. La cosa è tanto più vera quanto il giudizio di costituzionalità non è sempre all'inizio, ma alla fine, nel senso che si decide per l'inammissibilità quando le soluzioni in merito non hanno raccolto consensi sufficienti o non hanno convinto a sufficienza, o hanno spaventato».

<sup>20</sup> Così L. SALVATO, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità “sostanziale” della questione di legittimità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (2018), 11.

Non si consideri l'erronea classificazione dei limiti *strutturali* al sindacato costituzionale intesi in senso "solo" *sostanziale* come una questione di natura meramente "nominalistica", dunque di interesse tutt'al più scientifico-accademico, ma di nessun rilievo pratico-giuridico, proprio perché la Corte, come si ricordava, di fronte a limiti *strutturali* di natura *formale* effettivamente "non può" entrare nel merito e dunque "non" ha margini di manovra, mentre di fronte a limiti *strutturali* di natura *sostanziale* (ossia di fronte a questioni, per dir così, "politicamente" rilevanti e delicate) il suo potere discrezionale appare ben più ampio. In quest'ultimo caso, di solito – proprio perché non vuole grattacapi e rispetta la c.d. discrezionalità del legislatore – il Giudice delle leggi *decide di non decidere*, ossia di non entrare nel merito.

Tuttavia è pure vero che, negli ultimi tempi, anche in questo caso (limiti strutturali per vizi sostanziali), talora essa invece *decide di decidere*, come vedremo ora coraggiosamente (cfr. § 8), ora semmai temerariamente (cfr. § 9).

Non mi soffermo in dettaglio sui vizi "strutturali" della q.l.c. per cause *formali*, perché la loro evidenza è palmare e non dovrebbe suscitare alcun dubbio, al punto che la decisione d'inammissibilità sottende spesso una velata critica al giudice richiedente, che disturba la Corte per q.l.c. *ictu oculi*, ossia chiaramente, inammissibili<sup>21</sup>. Mi limito solo a ricordare alcuni casi classici: a) carenza di forza di legge dell'atto impugnato<sup>22</sup>; b) valore non costituzionale del parametro leso<sup>23</sup>; c) incompetenza o difetto di legittimazione del giudice<sup>24</sup> o difetto di legittimazione del ricorrente<sup>25</sup>; d) mancanza del "giudizio"<sup>26</sup> e) q.l.c. già sollevata nello stesso giudizio<sup>27</sup>; f) contrasto fra la motivazione e il dispositivo dell'ordinanza di rimessione<sup>28</sup>. Inoltre – se non ci fossero le importanti eccezioni di cui parlerò nel § 8 – dovrebbero rientrare fra i casi di limiti "strutturali" della q.l.c. per cause/vizi *formali* anche: g) il difetto assoluto di "rilevanza"; h) la mancanza dell'"incidentalità"<sup>29</sup>; i) l'assenza del nesso di "pregiudizialità"<sup>30</sup>.

---

<sup>21</sup> Di un'«impressione di voler in qualche modo "sanzionare" i giudici a quibus che "disturbano la sua [della Corte] tranquillità» parla A. PIZZORUSSO, *L'attività della Corte Costituzionale nella sessione 1987-88*, in *Foro it.*, 1988, V, 406.

<sup>22</sup> Cfr., per es., nn. 66-389/2004, 125-442/2006, 37-130-309/2007, 162/2008, 137/2011, 80-156/2013, 120/2014, 254/2016, 258/2017.

<sup>23</sup> Ciò avviene quando si fa un uso improprio dello strumento di costituzionalità (n. 246/2005), anche per avallare proprie interpretazioni (nn. 92-142/2004, 211/2005, 28-114/2006, 68-161-297/2007, 147-242/2008, 91/2014, 161/2015, 87/2016, 58/2017) e quindi per inidoneità (n. 247/2011) o genericità (n. 257/2011) del parametro.

<sup>24</sup> Cfr., fra le altre, nn. 254-357/2004, 82-170-345/2005, 27-388/2006, 119-416/2007, 266/2014, 6/2018 (in questo caso la Corte, pur trattandosi di una mancata legittimazione del remittente, discutibilmente parla di "difetto di rilevanza").

<sup>25</sup> Cfr., per es., nn. 37-47-218/2011, 6/2012, 22/2018

<sup>26</sup> Cfr. n. 170/2005.

<sup>27</sup> Cfr. nn. 122-160/2007.

<sup>28</sup> Cfr., per es., nn. 436/2001 e 5/2002.

<sup>29</sup> Cfr., per es., nn. 213/2004, 84/2006, 278/2014.

<sup>30</sup> Cfr. ora nn. 2-48-184/2017.

Qualche volta la Corte parla anche di “manifesta inammissibilità”. Quando: a) la q.l.c. era già stata dichiarata inammissibile in passato<sup>31</sup>; b) sono omesse – dopo una precedente restituzione degli atti (n. 309/2009) – le valutazioni richieste dalla Corte al remittente<sup>32</sup>; c) è sopravvenuta la mancanza di oggetto a seguito di una sentenza di accoglimento intervenuta nelle more del giudizio<sup>33</sup>; d) come già ricordato, difetto del nesso di pregiudizialità. In questi casi, la motivazione della decisione processuale assunta del Giudice delle leggi «può dirsi praticamente inesistente, essendo essa ridotta a poche righe»<sup>34</sup>.

Ci sono poi significativi casi di manifesta inammissibilità “per cause plurime”, che sembra condannino implacabilmente l’operato tecnico del giudice *a quo*. Per esempio: a) insieme per carente descrizione della fattispecie, per motivazione solo *per relationem* e per difetto di rilevanza (cfr. n. 236/2011); b) insieme per inconferenza del parametro, per assenza di rime obbligate e per difetto di previa interpretazione adeguatrice (cfr. n. 10/2013).

### **5. I limiti dell’art. 28, l. n. 87/1953. La discutibile contrapposizione fra “giurisdizionalità” e “politicità” delle decisioni dei tribunali costituzionali. Il felice *escamotage* delle “additive di principio”**

Spendo, invece, qualche parola in più in relazione ai vizi “strutturali” della q.l.c. per cause *sostanziali*, che sono di gran lunga più problematici e per i quali è fin troppo facile sollevare critiche ora ai giudici, ora alla Corte.

La critica che in prevalenza viene mossa ai giudici essenzialmente è una sola: quella secondo cui essi arditamente chiederebbero alla Corte *ciò che la Corte non può dare* (ossia una decisione “politica” per risolvere una concreta questione di “giustizia” sottoposta alla loro attenzione). Naturalmente, in astratto, i giudici comuni potrebbero essere criticati anche per il motivo opposto: ossia perché potrebbero sollevare una q.l.c. alla Corte e non lo fanno, ma comprensibilmente ciò accade ben più di rado.

Le critiche mosse alla Corte sono, invece, di due tipi esattamente speculari: a) o si ritiene che essa – per timidezza o per semplice comodità/convenienza – “decida” di non entrare nel merito, quando invece *potrebbe farlo*, permettendo così di realizzare i principi costituzionali (c.d. *judicial self-restraint*); o b) esattamente all’opposto, si critica la Corte perché *ha fatto più di quel che poteva fare*, entrando – per usare il linguaggio calcistico – a gamba tesa in un campo ad essa estraneo, quello lasciato alla discrezionalità del legislatore (c.d. *judicial activism*).

---

<sup>31</sup> Cfr., per es., nn. 3-4-6-15-32-64-86-144-149-154-171-195-200-284-312/2011, 6-7-10-84-175-208/2012, 88/2013, 38-171/2017.

<sup>32</sup> Cfr., per es., n. 156/2012, ma la q.l.c. è stata ripresentata dallo stesso giudice una terza volta e finalmente accolta: sent. 58/2015.

<sup>33</sup> Cfr., per es., nn. 5-18-19-55-80-85-119-134-159-215-225-269-312/2011, 37-76-146-182-206-222-235-303-307-315/2012, 54-111-148-156-177/2013, 34-137/2017.

<sup>34</sup> Cfr., per tutti: R. ROMBOLI, *La mancanza o l’insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino 1994, 337 e C. SALAZAR, *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice “a quo” e le pronunce di inammissibilità*, in *Foro it.*, 1998, V, 145 ss.

Ma qual è l'origine dei limiti "strutturali" per cause/vizi *sostanziali* al sindacato di costituzionalità? L'origine, com'è noto, è l'art. 28 della l. n. 87/1953, che recita: «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». Si tratta, con ogni evidenza, di disposizione dalla formulazione non felice e ambigua per più aspetti<sup>35</sup>. Innanzi tutto – se è vero che la Corte non fa, non può fare, valutazioni di natura politica, dunque "di merito" – *non è vero* invece che essa abbia rinunciato, alla lettera, a un «sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Spessissimo invece – in diverso modo ma soprattutto attraverso il sindacato di *ragionevolezza* e comunque sempre in forma penetrante – essa ha sanzionato scelte discrezionali compiute dalle Camere<sup>36</sup>. Del resto, in particolare il vizio di *eccesso di potere legislativo* si traduce naturalmente in un controllo sul potere discrezionale del Parlamento.

Alla luce dell'art. 28, l. n. 87/1953, le cause *sostanziali* che la Corte considera come limiti "strutturali" al sindacato costituzionale, in estrema sintesi, possono essere ricondotte a tre:

- a) le questioni di rilevanza strettamente *politica* (*political question*);
- b) le questioni di rilevanza strettamente *scientifica* (quasi sempre, anche se non esclusivamente, di natura bioetica);
- c) il generico e amplissimo campo lasciato alla c.d. *discrezionalità del legislatore*, ipotesi che si verifica soprattutto in connessione a richieste di interventi additivi<sup>37</sup>, ossia quando – per usare il linguaggio di V. Crisafulli<sup>38</sup> – non si hanno le c.d. "rime obbligate", non essendovi un'esclusiva soluzione normativa per risolvere il vizio di costituzionalità<sup>39</sup>. Fra i moltissimi casi di *inammissibilità* perché la «materia è riservata alla discrezionalità del legislatore»<sup>40</sup>, si segnalano particolarmente quelli in materia *penale* (in ragione di un'accezione "forte" del principio di legalità *ex art. 25 Cost.*). In tale contesto spesso i giudici remittenti considerano ingiustificati alcuni trattamenti penali "al confronto" di altri, ma – almeno fino ad alcuni più recenti, e

---

<sup>35</sup> Cfr., per tutti: A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 71 ss.; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1309 ss.]; AA.VV., *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (1988-1998), a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Napoli 1999.

<sup>36</sup> Si veda, per esempio, l'uso del concetto di "legge a contenuto costituzionalmente vincolato", su cui cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 128 e 357 ss.

<sup>37</sup> Cfr., *ex multis.*, nn. 175-382/2004, 273-470/2005, 61-223-437/2006, 164-347-407/2007, 240-251/2008, 166-233/2017, 45/2018.

<sup>38</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna 1978, 84 e *Id.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, V. ed., 402 ss.

<sup>39</sup> Cfr., per es., nn. 161/2004, 109-260/2005, 9-299-380-432/2006, 112-199-393/2007, 4-16-17-64-274-336/2011, 36-134-138-208-240-255-301/2012, 87-156-176-190-203/2013, 31-148/2017.

<sup>40</sup> Cfr., per es.: nn. 337-568-604/1988; 361-376/1989, 30-49-88-175-305-324-332/2001, 49-186-338-344-463/2002, 246-250/2003, 61/2006.

sorprendenti, sviluppi: cfr. § 9 – la Corte ha sempre invocato una necessaria, rigorosa «omogeneità delle fattispecie criminose messe a confronto», sostenendo appunto che la «determinazione della pena» è affidata alla «discrezionalità del legislatore»<sup>41</sup>.

Ferma restando la specificità del caso *b* (questioni di rilevanza *scientifica*), ben più difficile è la distinzione fra il caso *a* (questioni *politiche*) e il caso *c* (*discrezionalità del legislatore*), anche se ragionevolmente potrebbe dirsi che le questioni *politiche* semplicemente non hanno carattere “giuridico”, mentre le questioni la cui soluzione è affidata a diverse, possibili, *alternative legislative* hanno, sì, chiaramente natura giuridica, ma non spetta alla Corte esprimersi sulle stesse. In realtà, i tre casi indicati (*a*, *b*, *c*) tendono a coincidere – se non è zuppa è pan bagnato – e spesso si sovrappongono. Infatti, in tutti e tre la Corte in pratica reputa *comunque* che una sua valutazione nel merito inevitabilmente sfoci nel politico, campo che ovviamente le è precluso. Ed è proprio su tale questione che da sempre si trascina il perenne equivoco sulla “natura” dei tribunali costituzionali: *giurisdizionale* o *politica*?

La verità è che «la Costituzione “è” politica: nella Carta sono formulate *scelte discrezionali (politiche) espresse in forma giuridica (principi e regole)*. È la forma (giuridica) assunta dalle scelte (politiche) dei costituenti – talora in modo indeterminato (principi), talora in modo più preciso (regole) – che ingenera l’illusione che chi se ne occupi possa, per così dire, prescindere dalla politica», sicché dovrebbe parlarsi di «una doppia natura – politica e giuridica – della “giurisdizione costituzionale”»<sup>42</sup>.

È vero, come ha detto la Corte (sent. n 172/1999) che esiste uno «spazio vuoto di diritto costituzionale», nel quale il legislatore può fare pieno uso del «proprio potere discrezionale». Ma anche questo “spazio vuoto” in ogni caso deve *sempre* essere conforme al principio costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza. Sicché, giusto per fare un esempio di fantasia, la normativa sulla produzione di sedie certo non è materia costituzionale, ma se contemplasse la costruzione di sedie “non ergonomiche” essa lederebbe *comunque* il diritto alla salute, costituzionalmente tutelato, e dunque potrebbe essere soggetta al sindacato di costituzionalità<sup>43</sup>.

Ora, poiché la Costituzione non è altro che il tentativo di *razionalizzare giuridicamente la materia politica* (la quale a sua volta disciplina per grandi linee, o aspira a disciplinare, altre branche sociali, non ultima l’economia), può dirsi senz’altro che «la Costituzione ha e non

---

<sup>41</sup> Cfr., per es., nn. 236-148/2016, 179/2017 e spec., ora, 35/2018. La disparità di trattamento talora è meramente “di fatto” e “non manifestamente irragionevole”: cfr. spec. nn. 86-91-158/2008 e 47/2018.

<sup>42</sup> Così A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, a cura di R. Romboli, Pisa 2017, 121 (nonché in *federalismi.it*, n. 5/2017, 8.03.2017). Sul punto, fra i molti altri, v. pure: C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano 1991; V. BARSOTTI, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999; C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna 2012; ID., *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bologna 2016; G. BISOGNI, *La politicalità del giudizio sulle leggi*, Torino 2017; R. BASILE *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano 2017. Utili spunti pure in AA.VV., *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. I e II, a cura di D. Butturini e M. Nicolini, Bologna 2017.

<sup>43</sup> In questo senso ha ragione S. CASSESE (*op. cit.*, 54) quando rileva che «in teoria, nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza».

potrebbe non avere per contenuto la materia politica»<sup>44</sup>. Per questo «a ben vedere, la questione della politicità è, per dir così, “consustanziale” all’idea stessa di Costituzione e, conseguentemente [...] anche di giurisdizione costituzionale»<sup>45</sup>. Potremmo dire che i giuristi, e gli stessi giuristi-giudici, si occupano quindi delle *stesse* cose dei politici-legislatori, ma... con “metodi” *diversi*.

Insomma, i tribunali costituzionali di tutto il mondo (*Bundeferfassungsgericht*, *Tribunal constitucional*, *Conseil constitutionnel*, *Supreme Court*, ecc.) svolgono certo una funzione *giurisdizionale*, ma anche una funzione *politica*, ignorare la portata della quale sarebbe un grave errore. Ciò non solo per le conseguenze *politiche* spesso presenti in una pronuncia costituzionale (basti pensare alle gravi conseguenze sul bilancio dello Stato di un’additiva che estenda la portata di un trattamento pensionistico), ma perché nella Costituzione è presente *in fieri* l’ideale superiore di “giustizia”, che è politico. Come ha icasticamente riconosciuto un ex Presidente della Consulta, Paolo Grossi, la Corte è un organo «sostanzialmente dotato di compiti di “giustizia”, più che solo di stretta giurisdizione»<sup>46</sup>.

La coesistenza di *giurisdizionalità* e *politicità* emerge soprattutto nel sindacato costituzionale di ragionevolezza dove si lamenta non tanto la violazione della lettera, quanto dello spirito della Costituzione. Come può intuirsi, la politicità di quest’ultimo giudizio è proprio “intrinseca”: la tecnica giurisdizionale adottata è solo la forma con cui si esprime un giudizio sulla compatibilità giuridica di una “legge”, che è *politica*, nei confronti di un’altra legge, una “legge superiore”, la Costituzione, anch’essa *politica*.

Sappiamo bene che il termine *political question* è declinato in modo assai diverso nei vari sistemi di giustizia costituzionale del mondo e non è questa la sede per un approfondimento comparato. Mi limito qui a sottolineare soltanto che il *limite strutturale* al sindacato costituzionale relativo a cause/vizi *sostanziali* – che qui ho sintetizzato con la formula “questioni strettamente politiche” – appare in Italia, ossia nel nostro ordinamento, costruito sull’idea che manchino le c.d. *rime obbligate* prima ricordate.

Ma anche quest’ultimo vincolo (c.d. rime obbligate) è stato abilmente aggirato dalla Corte – beninteso quando lo ha potuto e voluto fare – in vario modo ed in particolare attraverso la sofisticata tecnica decisoria delle sentenze c.d. *additive di principio*.

Si tratta di decisioni con cui, com’è noto, la Corte non immette nell’ordinamento una concreta “regola” positiva, violando la competenza del Parlamento, ma comunque «ricerca all’interno del sistema la soluzione più corretta» (sent. n.105/2018), ponendo solo un “principio” generale sulla futura produzione legislativa. In attesa dell’intervento del legislatore – che ha già tracciata, grazie al principio indicato dalla Corte sulla base della Costituzione, la via da percorrere – l’unico effetto di tale additiva è quello di consentire al giudice *a quo* (e agli altri giudici, trattandosi di decisione di accoglimento), sempre tramite il “principio” espresso dalla Corte, di individuare (ove possibile) per via ermeneutica la “regola” per il caso concreto. In breve, «attraverso tali pronunce, la Corte: a) non si sottrae al giudizio (con una decisione di

---

<sup>44</sup> Così, lucidamente, F. PIERANDREI, *L’interpretazione della Costituzione* (1952), in *Id.*, *Scritti di diritto costituzionale*, Torino 1965, 158.

<sup>45</sup> Così A. SPADARO, *op. cit.*, 120.

<sup>46</sup> Cfr. la *Relazione* del Presidente sulla giurisprudenza costituzionale del 2015 (p. 2).

inammissibilità) [...]; b) se la lacuna è reale, non invade – come potrebbe avvenire con un’additiva semplice, di prestazione o di garanzia – il campo del legislatore (cui soltanto spetta “creare” la norma-regola); c) se la lacuna è apparente, non invade – come sempre potrebbe accadere con un’additiva tradizionale – il campo dei giudici (cui solo spetta di “trovare” la norma-regola)»<sup>47</sup>. L’importante è che il “principio” individuato dalla Consulta – l’unico contenuto costituzionale minimo necessario – non sia troppo vago e generico<sup>48</sup>.

La Corte, perfezionando la sua creatura, ha dato vita così a pronunce additive di principio addirittura di tre tipi: *monodirezionali* [rivolte solo al legislatore (non auto-applicative): nn. 51/2005, 160/2008], *bidirezionali* [rivolte al legislatore e ai giudici (auto-applicative): nn. 222/2004, 77-254/2007, 113/2011 121] e *tridirezionali* [rivolte al legislatore, ai giudici e alla PA (auto-applicative): n. 158/2001]<sup>49</sup>.

In tutte e tre le cause “strutturali” *sostanziali* che precludono il giudizio di merito della Corte richiamate in questo § (questioni politiche, scientifiche e riservate alla discrezionalità del legislatore), può dirsi che il Giudice delle leggi, per quanto tendenzialmente orientato per l’inammissibilità, dispone ancora di non trascurabili margini di discrezionalità, per cui in questi casi è lecito dire che effettivamente, talvolta, in fondo la Corte *decide di non decidere*.

Per converso, essa è *sempre* “costretta” – senza scappatoie – all’inammissibilità del sindacato costituzionale di fronte a vizi strutturali di natura *formale* (cfr. § 4). Proprio l’esistenza delle “additive di principio” e la possibilità che la Corte superi addirittura il vincolo dell’incidentalità nel timore di zone d’ombra del sindacato di costituzionalità (cfr. § 8), fanno trasparire il grande potere ermeneutico e i notevoli margini discrezionali di cui dispone il Giudice delle leggi nel caso di vizi *sostanziali*.

Si esamineranno rapidamente, ora, alcuni esempi concreti di comportamenti della Corte, esemplificativi delle quattro possibilità concrete che essa ha: a) un uso corretto del *self-restraint*; b) un uso discutibile del *self-restraint* e c) un uso coraggioso ma controverso di *judicial activism*; d) un uso probabilmente temerario del *judicial activism*.

## 6. Esempio di un uso corretto del *self-restraint*: sent. n. 138/2010

Vale ancora il principio generale secondo cui la Corte – quando può – lascia che a “scottarsi le mani” con i casi più delicati sia direttamente il Parlamento, sotto forma appunto di rispetto per la discrezionalità del legislatore. Si noti bene: i casi sono moltissimi e la forma con cui la Corte opera non sempre è l’*ordinanza di inammissibilità*. Talvolta la Corte lascia che sia il Parlamento ad occuparsi della c.d. “patata bollente” pronunciandosi con una *sentenza di rigetto*. Un caso interessante, e importante, di *self-restraint* della Corte operato con sentenza

---

<sup>47</sup> Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 199, dove possono trovarsi approfondimenti ed indicazioni bibliografiche ulteriori.

<sup>48</sup> Perché – in tal caso – si sostituirebbe una formula lacunosa e vaga con un’altra altrettanto lacunosa e vaga. Come direbbe un’autorevole dottrina, con incisività: «*obscurum per obscurius*»: così T. MARTINES, *Questioni vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea Costituente*, VI, Firenze 1969, 421. Esempiare, in merito, il ragionamento della Corte nella sent. n. 88/2018, punto 4.

<sup>49</sup> Sul punto cfr. ancora A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. et loc. cit.* Ivi ulteriori indicazioni bibl.

di infondatezza è quello della decisione n. 138/2010 sul matrimonio gay (confermata, poi, dall'ordinanza n. 276/2010).

In quest'occasione, la Corte – senza fare del c.d. *original intent* del Costituente un feticcio che paralizza le potenzialità evolutive di un testo costituzionale – nemmeno lo ha tradito. Essa, infatti, ha escluso la possibilità di un “matrimonio” gay (vigendo gli artt. 29, 30, 31 Cost. sarebbe stato fare *de quadrato rotundum*), ma contemporaneamente ha sostenuto la connessa necessità di introdurre un'esauriente disciplina di tutte le unioni civili, richiamando l'art. 2 Cost. (formazioni sociali). La Corte, insomma, ha fatto “tutto quel che poteva” a Costituzione invariata. Secondo il giudice delle leggi, le unioni omosessuali, protette dall'art. 2 (e non dall'art. 29), sono forme di «convivenza stabile cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», ottenendone diritti e doveri «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Inoltre, la Corte si è riservata esplicitamente «la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni [...allorché ...] sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire attraverso il controllo di ragionevolezza».

La decisione di *self-restraint* della Corte ha ricevuto molte critiche, ma non mi pare che essa appaia giuridicamente non argomentata, inattendibile ed arbitraria. Per converso, molto bene ha fatto la Consulta a precisare, in un importante ma dimenticato *obiter dictum* nella sentenza: «il significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa» (punto 9, VI c., del cons. in dir.)<sup>50</sup>.

Certo, non sempre è facile distinguere fra un'interpretazione *evolutiva* (necessaria) ed un'interpretazione *creativa* (inaccettabile) della Carta, ma bene fa la Corte a ricordare che comunque la distinzione va fatta, pena la riduzione della Costituzione ad una scatola vuota, *wertfrei*, di volta in volta riempibile a piacimento da parte degli operatori ermeneutici. Ci troviamo di fronte, dunque, a un buon esempio di auto-limitazione (*self-restraint*) della Consulta che, lasciando al legislatore quanto gli spetta, contemporaneamente lo sprona e lo indirizza al fine di garantire tutte le situazioni giuridiche in gioco, senza dar vita ad alcun'“interpretazione creativa” o, come forse sarebbe più corretto dire, senza dar luogo ad una vera e propria “modifica tacita” della Costituzione. La decisione esaminata, quindi, è molto equilibrata e saggia.

## **7. Esempio di un uso discutibile del *self-restraint*: sent. n. 84/2016 (c.d. “inammissibilità vestita”)**

---

<sup>50</sup> Per un approfondimento delle decisione sia consentito rinviare al mio *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (9 settembre 2013) e in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (settembre 2013) e in AA.Vv., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di I. Nicotra e F. Giuffré, Milano 2014, 327 ss.

Come per l'uso "corretto" del *self-restraint*, così anche gli esempi di un uso "discutibile" del *self-restraint* ad opera della Corte non mancano: si pensi, in passato, alla sent. di *infondatezza* n. 111/1968 sulle onorificenze fasciste.

Ma si pensi soprattutto, e più di recente, alle molte ordinanze c.d. di *inammissibilità vestita*. Nell'icastico gergo degli assistenti di studio dei giudici costituzionali sono chiamate così le decisioni formalmente processuali, di "inammissibilità", che lasciano però trasparire una qualche valutazione di merito. Com'è noto, in questi casi la Corte dichiara di non poter far nulla, ma non tace: "dice che non può giudicare, ma le sfugge qualcosa". Ciò accade, appunto, quando il Giudice delle leggi nel "dispositivo" si astiene dall'esprimere esplicitamente un giudizio (magari per un vizio procedurale dell'atto introduttivo), ma nella "motivazione" lascia intendere come avrebbe giudicato... *se avesse potuto*. Accade abbastanza spesso per leggi regionali impugnate dallo Stato o viceversa<sup>51</sup>.

Ce ne sono molte e in diversi campi: ricordo per esempio la n. 273/2015 sulla giustizia sociale, in cui la Corte dichiara l'inammissibilità per ragioni di prudenza politica<sup>52</sup>, ma segnalo specialmente la n. 84/2016 sugli embrioni crio-congelati, che reputo emblematica ed esemplare di questo tipo di decisioni, in quanto logicamente invece la Corte avrebbe potuto/dovuto esprimersi con una ben più coraggiosa *additiva di principio*.

È noto che tutti i tribunali costituzionali del mondo comprensibilmente cercano di non impelagarsi in questioni "politicamente delicate". In particolare, fra queste, cercano di sfuggire come dalla peste quelle legate a problemi di *bioetica*, anche per sottrarsi a critiche certe della parte ideologica soccombente, quale che sia la decisione presa. Spesso i giudici sono perfettamente consapevoli che la questione che dovrebbero affrontare li riguarda in modo diretto – vista la natura *costituzionale* degli interessi in gioco – dunque che spetterebbe a loro dire qualcosa, ma (uso un termine spiacevole, ma evocativo) se ne lavano le mani, lasciando che sia il Parlamento a occuparsi del "tema scottante".

Nel caso qui ricordato – uso di embrioni soprannumerari criocongelati, non impiantati e non impiantabili in quanto soggetti a malformazione genetica, sempre e inevitabilmente comunque destinati a morire, se non destinati alla ricerca scientifica – la stessa Corte parla della necessità di un «bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)», ma alla fine perviene tuttavia alla sorprendente conclusione che non le compete occuparsene, con la debole scusa dell'inesistenza di «rime obbligate».

Per giustificare questo opinabile *self-restraint*, e dunque l'inammissibilità, la tecnica adottata è stata quella della *de-costituzionalizzazione* degli interessi in gioco e il rinvio alla discrezionalità del legislatore, ossia il rinvio alla maggioranza parlamentare (di «orientamenti maggiormente radicati nella coscienza sociale» parla la sentenza). Al contrario, essendo gli interessi in gioco "tutti" costituzionalmente rilevanti, è proprio la Corte – la sola a disporre

---

<sup>51</sup> Questo particolare tipo di decisione è criticato da S. CASSESE (*op. cit.*, 185 e 246): «Viene scritta una decisione di inammissibilità, ma con argomentazioni che vanno sul merito. Nella Regione ricorrente si levano voci di "vittoria politica", perché risultano confermate le istanze regionali. Si può nascondere fra le pieghe di una decisione di inammissibilità una proposta – non accolta – di decisione di merito, di accoglimento?».

<sup>52</sup> Su cui cfr. R. PINARDI, *La questione è fondata, anzi inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2081 ss.

dell'armamentario tecnico, dell'esperienza e, *ratione materiae*, della naturale competenza per operare un bilanciamento costituzionale – che avrebbe dovuto dirci quale, fra quelli astrattamente possibili, sarebbe stato il bilanciamento costituzionalmente “meno imperfetto”. Anzi, paradossalmente, potrebbe dirsi che le «rime obbligate» si hanno solo, o comunque soprattutto, quando non è necessario fare una vera e propria attività di «bilanciamento».

Per fortuna, fra le righe (ossia nella motivazione), la Corte indica, insieme a una specie di decalogo, una possibile “soluzione” per il legislatore (appunto: uso per ragioni medico-scientifiche degli embrioni altrimenti destinati a morire), soluzione *prima* non prevista dal legislatore: ecco perché ci troviamo di fronte a un’“inammissibilità vestita”, ossia di fronte ad una pronuncia opinabile perché timida, ossia a una decisione processuale che si limita a *celare* in realtà una valutazione di merito. Insomma, a mio parere, in casi politicamente/scientificamente delicati ma chiari come questo, l’uso del *self-restraint* è discutibile<sup>53</sup>.

Piaccia o no, proprio tale tipo di decisioni (c.d. di “inammissibilità vestita”) confermano il fatto che – alla fine – «è sempre e solo la Corte che “decide” quando e quali *questions* debbano esser considerate *political*, e quindi precluse al suo esame»<sup>54</sup>.

## **8. Esempi coraggiosi, ma controversi, di *judicial activism* (sentt. nn. 1/2014 e 35/2017): la necessità di evitare (non “zone franche”, ma) “zone d’ombra” del sindacato costituzionale**

È noto che nel sistema di giustizia costituzionale italiano sono assenti sia il ricorso *diretto*, sia il sindacato *preventivo* di costituzionalità<sup>55</sup>. Il nostro sistema, essenzialmente, è fondato piuttosto sul procedimento in via *incidentale*, che attribuisce opportunamente un grande rilievo ai giudici comuni. Ma ciò comporta, di fatto, il riconoscimento del c.d. “privilegio

---

<sup>53</sup> Di diversa opinione mi pare A. BARBERA (*Costituzione della Repubblica italiana*, vol. VIII, *Annali Enc. Dir.*, Milano 2015, p. 336 s.) che – proprio parlando dei giudizi di costituzionalità sulle questioni eticamente sensibili (fra i quali anche i “diritti dell’embrione”) – sembra essere favorevole, se non ho inteso male, al *self-restraint* della Corte e all’intervento del legislatore, riprendendo un adagio usato per la Corte Suprema, secondo cui in questi casi «interpretare equivale a legiferare». L’umile opinione di chi scrive è che se, in prima battuta, spetta certamente al legislatore la disciplina di questi temi sensibili, in un secondo tempo i tribunali costituzionali non potranno comunque sottrarsi al giudizio. Nel nostro caso, la legge “c’è” ed evidentemente è carente: purtroppo qui siamo già al “secondo tempo”.

<sup>54</sup> Così A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a sent. cost. n. 84/2016), in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, 255. A tale lavoro, cui abbiamo attinto, si rinvia per gli opportuni approfondimenti sulla decisione.

<sup>55</sup> Con l’ovvia esclusione del caso, del tutto peculiare, di controllo degli Statuti regionali per quelle Regioni che hanno previsto la sospensione del termine per proporre referendum in caso di impugnazione statale dello Statuto di fronte alla Corte.

del legislatore” e l'impossibilità di far valere *illico et immediate* il primato giuridico della Costituzione sulle altre fonti. Tali “limiti” intrinseci e strutturali, accanto ai pregi, del sindacato incidentale da tempo e più volte sono stati segnalati dalla dottrina<sup>56</sup>.

Solo più di recente la Corte si è fatta direttamente carico di questa problematica, sia pure sotto la particolare forma di (parziale) superamento delle c.d. *zone d'ombra* del sindacato costituzionale.

Prima ho detto (cfr. § 5) che la Corte è *sempre* “costretta” – senza scappatoie – all'inammissibilità del sindacato costituzionale di fronte a vizi strutturali di natura *formale*. Fra tali vizi, ragionevolmente, sembravano pure ricompresi, come ricordavo, quelli legati al *difetto assoluto della rilevanza*, alla *carezza di incidentalità* o alla *mancaza del nesso di pregiudizialità*.

Questa tesi è valsa fino al 2014, anno in cui – com'è noto – la Corte costituzionale con la sent. n.1 ha sorprendentemente derogato, almeno secondo molti, ai tradizionali principi, e limiti strutturali al sindacato costituzionale, appunto su rilevanza, incidentalità e pregiudizialità<sup>57</sup>.

Se la sent. cost. n. 1/2014 sul sistema elettorale c.d. *porcellum* poteva essere considerata eccezionale, quindi una specie di “rondine che non fa primavera”, dopo la sent. cost. n. 35/2017 sul sistema elettorale c.d. *italicum*, non possono esservi più dubbi sul fatto che – in materia di elezioni politiche nazionali – sia saltato il dogma dell’“incidentalità” e sia stato di fatto introdotto una sorta di ricorso di costituzionalità diretto (proprio per l'assenza, nel nostro ordinamento, di *Amparo*, *Verfassungsbeschwerde* o *Individualantrag*), senza con ciò negare il formale filtro del tradizionale “accertamento” svolto da un giudice *a quo* (su impossibilità di un'interpretazione adeguatrice, rilevanza e non manifesta infondatezza).

Il fatto che questo ampio, nuovo campo di azione della Corte riguardi solo le leggi elettorali relative alle elezioni politiche nazionali – e non anche le disposizioni elettorali riguardanti gli Enti locali, le Regioni e il Parlamento europeo (tutti contesti per i quali fortunatamente sono previsti altri rimedi per la lesione dei diritti del cittadino) – in nulla riduce la portata, straordinaria, della cosa. La Corte, in tal modo, ha acquisito – n.b.: *ex se* – una “nuova” attribuzione, senza che ciò le fosse stato espressamente riconosciuto dalla Costituzione o dal legislatore (costituzionale e ordinario).

---

<sup>56</sup> Sia consentito rinviare ad A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli E.S.I., 1990, spec. e, più di recente, ID., *In difesa del principio di “supremazia costituzionale” (riflessioni su una ri-costruzione della teoria della validità, a 20 anni di distanza)*, in AA.Vv., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la “svolta”*, Torino 2011, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther, 375 ss. V. pure, ora, su analoghe posizioni, spec. T. GROPPI, *La Corte e ‘la gente’: uno sguardo ‘dal basso’ all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, saggio in corso di stampa.

<sup>57</sup> In realtà, la questione è ben più complessa di quanto qui non sia possibile dire. Si rinvia dunque, fra i tantissimi, all'approfondita indagine di A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014, per il quale – a ben vedere – non si è derogato alla *rilevanza* (sia come “applicabilità” che come “influenza”), essendo identici gli oggetti dei due giudizi, e neppure alla *pregiudizialità*, perché il giudizio costituzionale non poteva che essere preliminare al giudizio principale, permanendo come unico vero requisito non soddisfatto l'*incidentalità*. Per un'intelligente ricostruzione giustificativa che “attenua” fortemente il carattere derogatorio della richiamata giurisprudenza costituzionale, v. ora anche Giacomo D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018, *passim*.

Tali pronunzie – che hanno suscitato comprensibilmente un vespaio di polemiche nei più “puristi” fra i giuristi – potrebbero effettivamente essere considerate in senso critico solo a condizione di dimenticare che esiste il principio di *superiorità della Costituzione*. Ricordo che tale principio ha un effettivo valore giuridico se non viene inteso soltanto teoricamente, in astratto, ma praticamente, in concreto: in breve, è tale solo se i principi costituzionali sono anche “giustiziabili”<sup>58</sup>.

Ora, poiché v'è il fondato sospetto che nel nostro ordinamento esistano – si badi: non, come pure si dice, “zone franche”, ossia precluse dal sindacato costituzionale, ma piuttosto – “zone d'ombra” di tale sindacato (ossia caratterizzate da difficoltà di accesso alla Corte)<sup>59</sup>, fra le quali spicca proprio il campo delle leggi elettorali nazionali, allora forse si può condividere il *judicial activism* della Corte in questo settore, tanto più comprensibile quanto più inerte e incompetente è stato, nel corso degli anni, il legislatore.

Non è possibile entrare qui nel merito del sindacato sulle leggi elettorali, ma l'accento fatto era necessario per individuare questa terza possibilità che ha la Corte: un coraggioso *judicial activism* a difesa della Costituzione, accanto a un corretto e a un discutibile *self-restraint*.

Naturalmente, per chi non la pensa così, il Giudice delle leggi – di fronte alle q.l.c. relative alle leggi elettorali nazionali – avrebbe dovuto esprimersi non con un *judicial activism*, ossia “nel merito” come ha fatto, ma con un comodo *self-restraint*, nel caso di specie espresso attraverso una perentoria pronunzia di “inammissibilità”. Ma, a mio parere per fortuna, è andata diversamente.

### **9. Esempi di un uso probabilmente temerario del *judicial activism*: il superamento anche del limite delle c.d. “rime obbligate”. Le sentenze cost. nn. 236/2016, 222-233/2018, 40/2019**

L'ultima, davvero importante, evoluzione giurisprudenziale, sembra portare addirittura persino al superamento anche del limite delle c.d. “rime obbligate”, che in effetti solo in parte si riesce ad aggirare grazie alle additive di principio, pronunzie che del resto non sempre

---

<sup>58</sup> Rinvio ancora a *In difesa del principio di “supremazia costituzionale”*, op. et loc. cit.

<sup>59</sup> Faccio espressamente questa sottolineatura in A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 126. Ma è la stessa Corte che precisa: sono escluse «zone franche sfuggenti a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale»: così sent. n. 10/2016 (sulla scia delle nn. 70/2012 e 188/2015). Sulle “zone d'ombra” v., fra gli altri: A. PIZZORUSSO, “Zone d'ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in AA.VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano 2012, 1021 ss.; M. MASSA, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell'esecutivo*, in *www.astridonline*, 13/2010; AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, I, a cura di R. Pinardi, Torino 2007 e, II, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007; P. ZICCHITTO, *Le ‘zone franche’ del potere legislativo*, Torino 2017; R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»?*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, cit., 147 ss.

è possibile adottare. E l'evoluzione è tanto più sorprendente quanto più si osservi che riguarda la delicatissima materia penale<sup>60</sup>.

La Corte ha cercato di “indorare la pillola” di quest'evoluzione (o involuzione?) giurisprudenziale – certo indigesta per il legislatore – infarcendo di continue riserve e precauzioni le sue decisioni. Per esempio:

- ha “camuffato” le pronunzie in questione come se fossero tradizionali sentenze sostitutive: la disposizione, così, viene dichiarata illegittima «nella parte in cui prevede la pena edittale ecc... anziché la pena edittale ecc.» [nn.: 236/2016, 222/2018, 40/2019];
- ha usato l'argomento, forse qui non stringente, della necessità di superare le “zone d'ombra” [n. 40/2019], benché non sempre si possa superare l'esistenza delle zone d'ombra attraverso l'ancoraggio alle “rime obbligate”<sup>61</sup>;
- ha ricordato che: «Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato è riservato alla discrezionalità del legislatore» [n. 222/2018], precisando che «non appartengono a questa Corte valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, risultando, queste, tipicamente spettanti alla rappresentanza politica, chiamata attraverso la riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost. a stabilire il grado di reazione dell'ordinamento al cospetto di una lesione a un determinato bene giuridico» [nn. 236/2016 e 40/2019];
- ha invocato, quando ha potuto, il *tertium comparationis*: «Per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Anche nel giudizio di “ragionevolezza intrinseca” di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità, è infatti essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata» [n. 236/2016].

Alla fine, però, proprio in materia penale, il Giudice delle leggi non ha potuto – *melius*: voluto – sottrarsi a “intervenire” *anche in assenza di rime obbligate*.

---

<sup>60</sup> Materia sulla quale incombe, nel momento in cui scrivo, la decisione costituzionale sul controverso “caso Cappato” (cfr. l'ambigua e del tutto singolare ord. n. 207/2018), il cui esame meriterebbe una delicata trattazione a parte. In genere, sulle decisioni in materia penale, v. ora V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019.

<sup>61</sup> Così il punto 4.2 della n. 40/2019: «Nel rispetto delle scelte di politica sanzionatoria delineate dal legislatore e ad esso riservate, occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale, incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore». La sentenza è stata annotata da C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in [www.pena-lecontemporaneo.it](http://www.pena-lecontemporaneo.it), 18 marzo 2019 e da R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 2/2019, 139 ss. Quest'ultimo riconosce che «“restare” nella prospettiva tradizionale dell'obbligatorietà che fonda i giudizi di proporzionalità sul *tertium* e sulle “rime obbligate” [... presenta...] il rischio [...] di registrare un'illegittimità costituzionale senza tuttavia poterla dichiarare», ma manifesta perplessità sul fatto che «davanti a due soluzioni entrambe costituzionalmente legittime la Corte, in definitiva, [possa] compiere una scelta».

Sicché, anche alla luce dell'art. 49 CDFUE («le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»), lo stesso principio di rispetto della discrezionalità del legislatore salta del tutto di fronte a «scelte palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate, tali da evidenziare un uso distorto di tale discrezionalità» (n. 236/2016)<sup>62</sup>. Tale limite, infatti, «è superato allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato. In tal caso, si profila infatti 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» (n. 222/2018)<sup>63</sup>.

Dunque, anche tenendo conto delle giuste esigenze di «mobilità» (n. 67/1963) o «individualizzazione» (n. 104/1968) della pena, la Consulta per la prima volta ci fa sapere che per «consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio – *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” (n. 236/2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di 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» (n. 222/2018, mio il c.vo).

Fortunatamente il rivoluzionario superamento delle “rime obbligate”, che certo vincola i giudici, non vincola però il legislatore. La precisazione non è da poco: altrimenti la Corte si sarebbe sostituita *tout court* in via definitiva al Parlamento, cosa che essa opportunamente dichiara non volere: «Un auspicabile intervento del legislatore, che riconsideri *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame, potrà introdurre i diversi trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati» [n. 236/2016]. Così pure: «Resta ferma, d'altra parte, la possibilità per

---

<sup>62</sup> In merito F. VIGANÒ, che poi diverrà giudice costituzionale e relatore della sent. n. n. 222/2018, rilevava: «l'importanza della presente pronuncia sta nell'aver strutturato il cuore della motivazione non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis* [...o meglio, uno dei vari *tertia comparationis* evocati dall'ordinanza di remissione], quanto piuttosto attorno all'irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena» (cfr. Id., *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen contemp.*, n. 2/2017, 61 ss.), ,

<sup>63</sup> La n. 222/2018 è annotata da A. GALLUCCIO, *La sentenza della consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14.01.2019, secondo cui «il giudice rimettente aveva l'onere di individuare un *tertium comparationis* che 'dimostrasse' la sproporzione e fornisse, al contempo, le 'rime obbligate'». Ma, poco dopo: nello stesso anno, la Corte corregge tale approccio dicendo che «l'ammissibilità delle questioni inerenti ai profili di illegittimità costituzionale dell'entità della pena stabilita dal legislatore può ritenersi condizionata non tanto dalla presenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla puntuale indicazione, da parte del giudice *a quo*, di previsioni sanzionatorie rinvenibili nell'ordinamento che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore» [cfr. n. 233/2018, ma v. anche n. 40/2019].

il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali. Tutto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima» (n. 222/2018). La “concessione” che la Corte fa al legislatore di poter *poi* “individuare” un'altra, e più congrua, norma idonea a garantire il rispetto del valore costituzionale leso è indice del limite estremo che la stessa Corte sa di non poter valicare.

In conclusione, per quanto prudentemente espresso, è evidente il profondo *revirement* giurisprudenziale operato dalla Consulta nel momento in cui supera la tradizionale dottrina delle c.d. “rime obbligate”. Forse molto più che in occasione delle sentenze in materia elettorale, che hanno suscitato un vespaio di polemiche per la loro rilevanza politica, con queste decisioni in materia penale – sorprendentemente passate invece quasi in silenzio al vaglio dell'opinione pubblica (vi fa però un chiaro accenno il Presidente della Corte Lattanzi nella sua Relazione di quest'anno) – è probabile che ci troviamo di fronte al più temerario tentativo di espansione del sindacato, e quindi delle competenze, della Corte costituzionale.

Vedremo se la Consulta confermerà nei prossimi anni questa giurisprudenza innovativa, per ora riconducibile – salvo errore – a quattro importanti decisioni. Si dovrà, dunque, ritornare a studiare ed approfondire ancora questa delicata materia.

## 10. Conclusioni

È cambiato, nel tempo, il «modo di produzione del diritto»: è innegabile, per esempio, che la stessa giurisprudenza costituzionale sia, ormai, una fonte del diritto come le altre. Da molti anni dico che si può parlare non più solo di *auto-normazione* (parlamentare e dei consigli regionali), ma sempre più di *etero-normazione* (giurisprudenziale, della Corte costituzionale e, in alcuni casi, persino dei giudici comuni)<sup>64</sup>. Tale fenomeno – su cui si sono versati e si verseranno fiumi d'inchiostro<sup>65</sup> – è un bene necessario? O forse è un male, una patologia dell'ordinamento? Comunque si valuti la cosa, si tratta di un “fatto giuridico” di cui prendere atto. Anzi, a mio parere, si tratta della naturale evoluzione del diritto costituzionale vivente nello *Stato costituzionale* contemporaneo, che sempre più, piaccia o no, appare uno *Stato giurisdizionale*, non solo nei Paesi di *common law*<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Da ultimo ancora in *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 122.

<sup>65</sup> Per tutti, scelgo di ricordare due, ormai lontani ma classici, lavori italiani: L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967 e M. CAPURSO, *I giudici della repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano 1977.

<sup>66</sup> Il timore dello “Stato giurisdizionale” – oggi spesso paventato anche in Italia – a ben vedere è antico. Per tutti, ricordo alcuni classici: E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris 1921, trad. it. Milano,

In particolare direi che «in un sistema di *civil law* come il nostro, l'etero-normazione della Corte sia imputabile non ad un delirio di onnipotenza dei giudici costituzionali, ma semplicemente all'omertà, meglio alla latitanza, del *tandem* Governo-Parlamento che, per molti anni, su molte, troppe cose, sciaguratamente ha *deciso di non decidere*», per usare la formula adottata criticamente proprio per le decisioni processuali della Consulta. Per cui la Corte «ha semplicemente *supplito* alle carenze degli organi di indirizzo politico: qualche volta ci è riuscita bene, qualche altra no, ma in fondo ha fatto solo il suo mestiere, svolgendo in tal modo (ora meglio, ora peggio) il compito per cui è stata creata/concepita»<sup>67</sup>.

Il Giudice delle leggi – contrariamente a quanto forse si pensa – per sua natura sarebbe invece portato a produrre con relativa facilità decisioni processuali di inammissibilità, invocando il più possibile la c.d. discrezionalità del legislatore, per non impelagarsi in questioni e vicende più strettamente politiche, lasciando che le “gatte da pelare” siano interamente un problema del tandem Governo-Parlamento. Ma paradossalmente, com'è noto, proprio il Governo ed il Parlamento spesso, rimangono inerti o, come ricordavo, *decidono di non decidere* proprio per evitare cali nel consenso elettorale, preferendo “delegare” alla Corte italiana e, negli ultimi tempi, anche alla Corte di Strasburgo e del Lussemburgo, la risoluzione di molti problemi. Emblematica in questo senso parrebbe proprio l'ordinanza c.d. Cappato, di cui però – come ricordavamo – qui non ci possiamo occupare *funditus*, anche se molti contestano che il Parlamento sia stato inerte (in occasione dell'esame della legge 219/2017 sulle DAT, infatti, si è espressamente escluso ogni riconoscimento di aiuto al suicidio).

Naturalmente i giudici costituzionali non sempre pervengono a decisioni perfette e condivisibili. Infatti, si può ben dire – con il giudice della *Supreme Court* R.H. Jackson – «Non abbiamo l'ultima parola perché siamo infallibili, ma siamo infallibili solo perché abbiamo l'ultima parola»<sup>68</sup>.

In questa situazione, com'è noto, una parte della dottrina tende a criticare gli eccessi della Corte costituzionale, invitandola a ritornare nei ranghi, a un maggiore *self-restraint* anche nell'uso delle tecniche decisorie<sup>69</sup>. Al contrario, un'altra parte della dottrina – senza arrivare ad affermare che «un giudice costituzionale ha, in sostanza, una funzione legislativa»<sup>70</sup> – considera invece una *culpa felix* questa capacità della Corte costituzionale italiana di ritagliarsi

---

1996; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (Berlin 1931), trad. it. Milano, 1981, p. 41 ss. che notoriamente contesta, a proposito, «non una qualche giuridificazione della politica, ma una politicizzazione della giurisdizione»; conforme E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat oder Richterstaat?* (München 1970), ora in ID., *Rechtsstaat im Wandel* (München 1976), trad.it. in A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova 1995, pp. 81 ss. e, adesso, le dure critiche di R.H. BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*, Washington DC 2003, trad. it. Macerata 2006.

<sup>67</sup> Cfr. sempre *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 122 s.

<sup>68</sup> Indicazioni sul punto in S. CASSESE, *op. cit.*, 21.

<sup>69</sup> Fra i molti, ricordo, per es., M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2/2006, 1643 ss.

<sup>70</sup> Così S. CASSESE, *op. cit.*, 48. Prendere atto, come in questa sede si è fatto, che la giurisprudenza costituzionale rientra ormai fra le fonti del diritto, non equivale a sostenere che la Corte *istituzionalmente* abbia una “funzione” *tout court* “legislativa” (formula piuttosto *tranchant* diversa dal *negative gesetzgebund* kelseniano). La Corte “non” è un *überparlament* perché non è un “legislatore attivo”. Semmai, qualche volta, funziona come se (*als ob*) lo fosse. Sul punto specifico rinvio al mio *Di una Corte che non si limita ad “annullare” le leggi, ma “corregge” il legislatore e, dunque, “scrive” –... o “riscrive” per intero – le leggi. (Il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle*

spazi, piuttosto disinvoltamente, di fronte all'inerzia degli altri poteri: proprio grazie ad un uso accorto delle tecniche decisorie, essa comunque ha svolto una coraggiosa opera «di “bonifica” costituzionale della legislazione»<sup>71</sup>.

Personalmente concordo con questo secondo orientamento, ma credo che non si possa più accettare che le continue lacune ed omissioni soprattutto del potere legislativo vengano colmate grazie all'attività di “supplenza” della Corte costituzionale, esercitata per lo più per far fronte alle c.d. “zone d'ombra” del sindacato costituzionale e per cercare di risolvere i problemi che la classe politica non riesce o non vuole risolvere. *Bisogna dunque ammettere che, soprattutto negli ultimi anni, forse abbiamo preteso troppo dalla Corte costituzionale.* E, del resto, è evidente che «non si può chiedere a quindici uomini quello che invece si deve pretendere da quasi mille parlamentari»<sup>72</sup>.

È vero pure che i giudici comuni hanno già fatto molto: infatti, certo non è più il tempo – come accadde nell'immediato dopoguerra (in particolare dal 1956, data di inizio di funzionamento della Corte) – in cui le innumerevoli q.l.c. da essi sollevate hanno consentito di smantellare l'apparato normativo fascista. Almeno sotto questo aspetto, credo sia superata anche la vecchia diatriba sul c.d. “uso alternativo” del diritto sempre da parte dei giudici<sup>73</sup>.

Ciononostante, in conclusione, il consiglio che mi permetto di dare agli amici magistrati è di non aver timore *oggi* di rivolgersi alla Corte anche di fronte a q.l.c. che potrebbero sembrare *border line*, ma di farlo solo quando davvero non c'è altra soluzione per rimediare a un danno grave ed ingiusto che riguardi interessi costituzionalmente protetti. In questi casi, il rischio di vedersi respinta come inammissibile la q.l.c. per “limiti strutturali in senso sostanziale” è possibile, ma va assolutamente corso.

Infatti, non posso trattenermi dal constatare come – nell'attuale clima politico di indifferenza verso l'*etica pubblica costituzionale*, se si vuole di imperante e diffusa demagogia o, diciamo pure, di populismo sovranista – è in crisi lo stesso Stato di diritto<sup>74</sup>. Dunque, ancora una volta spetta non solo ma soprattutto ai giudici comuni riscoprire fino in fondo il loro ruolo (un tempo si sarebbe detto di “portieri della Corte”, ma oggi direi) di *controllori* – insieme alla Corte – dell'ordine costituzionale.

---

adozioni), in Av.Vv., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, spec. 357 ss.

<sup>71</sup> Così felicemente G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, 32. Dello stesso A., cfr. ora *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2016, 6 ss., che parla di «reciproca fecondazione» fra principi costituzionali e disciplina legislativa.

<sup>72</sup> Così G. BRANCA, *Relazione conclusiva*, in Av.Vv., *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, cit., 446.

<sup>73</sup> Cfr. Av.Vv., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I: *Scienza giuridica ed analisi marxista del diritto*, vol. II: *Ortossia giuridica e pratica giuridica*, a cura di P. Barcellona, Roma-Bari 1973.

<sup>74</sup> Per indicazioni meno generiche sul punto mi permetto di rinviare a i miei: *Dalla crisi istituzionale al governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (1 giugno 2018); un'integrazione a questo lavoro è nella *Postilla* presente in Av.Vv., *Dal “contratto di governo” alla formazione del governo Conte. Anatomia di una crisi istituzionale senza precedenti*, a cura di A. Morelli, Napoli 2018, 11 ss. Ma v. pure, ora, *L'evoluzione della forma di governo italiana. Dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 75 ss.