



OTTAVO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
19 SETTEMBRE 2019

I CONFINI MOBILI DELLA FUNZIONE DI GARANZIA COSTITUZIONALE:
L'INCIDENZA DEL FATTORE TEMPORALE SULLA SCELTA DELLA TECNICA
DECISORIA NELLE PIÙ RECENTI PRONUNCE DEL GIUDICE DELLE LEGGI*

ANDREA GIUBILEI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Corte costituzionale e legislatore: dall'originario superamento delle "ideologie del Costituente" all'insuccesso delle tecniche decisorie coniate nel tentativo di rispettare la discrezionalità legislativa. – 3. Il peso dello scorrere del tempo nelle pronunce della Corte costituzionale. – 4. Rivoluzioni di metrica: verso l'abbandono delle "rime obbligate". – 5. Brevi considerazioni conclusive, alla luce delle potenzialità insite nell'ordinanza n. 207 del 2018 sul c.d. "caso Cappato".

1. Premessa

Tentare di individuare i confini della funzione di garanzia costituzionale e, più in particolare, i limiti che la Corte costituzionale sarebbe tenuta a non valicare per non invadere l'area della *discrezionalità legislativa*, oltre che un'impresa ardua, rappresenta senz'altro una delle questioni più dibattute dalla dottrina costituzionalistica. Tuttavia, a conferma della sua costante centralità nello studio sul controllo di legittimità delle leggi, nella giurisprudenza costituzionale più recente può riscontrarsi un netto cambio di passo nel modo in cui la Corte si relaziona con la discrezionalità del legislatore. Un mutamento che sembrerebbe conferire alla questione in esame una rinnovata attualità.

Volendo premettere – ma solo per sommi capi – alcune considerazioni sulla relazione che intercorre tra la funzione di garanzia costituzionale e quella legislativa, può rilevarsi che sin dagli albori del sindacato di costituzionalità vi è stata la preoccupazione di individuare i confini operativi per l'organo chiamato a giudicare sulla legittimità delle leggi. Un timore forse comprensibile se si considera che l'affermarsi della rigidità costituzionale nel sistema delle fonti ha rivoluzionato in maniera radicale gli equilibri istituzionali vigenti in precedenza, richiedendo la predisposizione di

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

una funzione che veniva considerata potenzialmente antagonista rispetto a quella legislativa¹. D'altronde, com'è noto, con l'abbandono delle costituzioni flessibili sono venuti meno i miti liberali dell'onnipotenza parlamentare e della supremazia della legge ordinaria che, da atto detentore del monopolio nella produzione giuridica, diviene atto subordinato, tenuto al rispetto di un parametro superiore in grado di condizionarne la validità². Tale superiorità si esprime non solo nella solidità e nella primarietà dei valori racchiusi all'interno della Costituzione, ma anche e soprattutto negli strumenti di garanzia per arginare la possibilità di una sua compromissione da parte del legislatore futuro: da una parte, tramite la predisposizione di un procedimento aggravato per la revisione costituzionale (quale garanzia di *conservazione*), dall'altra, con l'introduzione di un controllo sulla conformità dell'attività normativa ordinaria a quanto previsto dalle disposizioni costituzionali (quale garanzia di *osservanza*)³.

Alla luce di tale connotazione, soprattutto considerando il secondo dei due ordini di garanzia sopra menzionati, la fonte superiore possiede inevitabilmente la valenza di *limite* per l'attività del legislatore, nel duplice senso di «limite da non oltrepassare» e di «limite da raggiungere»⁴.

Questa funzione limitativa e teleologica della Costituzione ben si concilia con la natura della

¹ Sul punto, cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, 8 ss. Come nota l'Autore, tuttavia, anche in epoca precedente all'entrata in vigore della Costituzione non sono mancati opinioni favorevoli all'applicazione di un sindacato di legittimità delle leggi, come quella espressa da S. PANUNZIO, *Rivoluzione e Costituzione*, Milano, 1933, 206 ss., secondo cui «la stessa differenziazione giuridica fra leggi costituzionali e leggi ordinarie porta con sé e di per sé la necessità di un giudizio e di un organo di giudizio per "accertare" se vi sono nella materia gli estremi o no della legge costituzionale». Individuava, così, nel Consiglio di Stato – da riformare assieme al Consiglio delle Corporazioni – il possibile organo deputato al controllo di costituzionalità. Un sintomo del parallelismo tra diritto costituzionale e diritto amministrativo particolarmente in voga negli anni successivi all'approvazione della Costituzione. Quando si iniziò a delineare la natura dell'illegittimità costituzionale della legge, che rappresentava un'assoluta novità sullo scenario giuridico italiano, la soluzione più naturale fu quella di attingere dagli altri rami del diritto, in particolare dal diritto amministrativo. Una corrispondenza che si concretizzò anzitutto nel frequente parallelismo tra i vizi dell'atto amministrativo e i vizi della legge e che, proprio sulla possibilità di sindacare le soluzioni rientranti nella *discrezionalità* del legislatore, porterà la dottrina ad elaborare la figura del c.d. "eccesso di potere legislativo". Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 165 ss. e 183 ss. e, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, ID., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 41 ss.; si vedano anche C. MORTATI, *Eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 457 ss. e, più recentemente, G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387 ss.

² Ben presto, infatti, la legge si rivelò non più idonea a funzionare esclusivamente come strumento attivo di regolazione, necessitando di essere essa stessa disciplinata da una fonte superiore. Un'esigenza sentita ancor più fortemente nell'Europa che si affacciava al secondo Novecento, ove vi era bisogno di abbandonare i legami con il costituzionalismo del passato e con il sopracitato mito dell'onnipotenza parlamentare, che si esprimeva nella finzione di ritenere che «ogni imposizione legislativa si presentasse agli individui sotto l'aspetto dell'autoimposizione, ogni limite apportato per legge alla libertà e alla proprietà si risolvesse in un'autolimitazione». La «sventurata "parentesi" totalitaria», infatti, palesò quanto fosse ingannevole tale ricostruzione, giacché l'onnipotenza parlamentare e la sovranità della legge non valsero certo a garantire le libertà». Una costituzione rigida si presentava, allora, non solo come il mezzo per rispondere all'esigenza di indirizzare coerentemente le scelte normative – per loro natura molteplici e complesse – ma anche come la soluzione in grado di porre un limite alle possibili derive della stessa legge ordinaria. Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, cit., 138 ss., di cui sono i passaggi citati. Sul punto, si veda anche R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, 20 ss.

³ Per tale ricostruzione, cfr. C. LAVAGNA, *Le costituzioni rigide*, Roma, 1964, 64 ss. Secondo l'Autore, le garanzie "di conservazione" «tendono a cristallizzare determinati principi e rappresentano quindi un aspetto statico della costituzione»; si tratta quindi di quelle disposizioni volte a vietare alcune modifiche del testo costituzionale o a regolare la forma del procedimento di revisione. Le garanzie "di osservanza" della Costituzione, invece, rispondono «ad un principio dinamico, tendendo a far sì che ogni attività sia svolta conformemente a quei principi»; in particolare, trattasi sia dei mezzi volti ad assicurare l'*attuazione* delle norme costituzionali (nei casi in cui è richiesto), sia delle garanzie di *applicazione*, che consistono in quelle norme rivolte ad evitare la violazione della costituzione (come quelle sul sindacato delle leggi).

⁴ Come evidenziato da F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 1000.

discrezionalità legislativa. Tradizionalmente, infatti, si ritiene che «la discrezionalità [sia] una sfera di agire libero limitata positivamente»⁵. Per cui, nell'attività discrezionale – quantomeno in quella dell'autorità pubblica – *libertà e limiti* coesistono, quali facce di un'unica medaglia⁶.

Ebbene, ciò sembrerebbe valere anche nell'esercizio della funzione legislativa. Infatti, per riprendere la definizione appena citata, essa presenta senz'altro una “sfera di agire libero”: trattasi degli apprezzamenti, dettati da ragioni di opportunità, che ogni singolo legislatore pone in essere nel perseguimento del proprio indirizzo politico e che possono riguardare l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'intervento normativo. Allo stesso tempo, però, tale agire risulta “limitato positivamente” dalla Costituzione. Non vi è dubbio, infatti, che essa fissi dei fini e dei principi volti, non solo a limitare, ma anche a orientare la funzione legislativa: se questo vale, forse in maniera più evidente, per le cosiddette norme costituzionali “programmatiche”⁷, deve valere altresì per la Costituzione complessivamente considerata⁸.

Difatti, la forza cogente della Costituzione si esprime, oltre che con limiti di contenuto per la legge, anche tramite l'imposizione di vincoli di scopo per la funzione legislativa, vale a dire tramite la previsione di fini alla cui realizzazione il legislatore – nella realizzazione del suo programma politico – deve necessariamente tendere per non incorrere nell'incostituzionalità⁹. Così, come sostenuto da autorevole dottrina, si ritiene insostenibile che «la legge o l'atto dotato di valore legislativo, originario o derivato che sia, possano concepirsi come altrettante espressioni di attività libere nel fine, mentre appaiono piuttosto espressioni di una vera e propria *funzione*, come tale

⁵ Secondo la definizione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 164.

⁶ Sul punto cfr. C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1960, V, 1102, che evidenzia come l'esercizio di un potere discrezionale sia, per sua natura, *ibrido* e caratterizzato «dalla commistione dell'elemento del vincolo derivante dalla funzione, con quello della libertà nella ricerca dei mezzi attraverso cui essa deve trovare soddisfazione». La differenza con l'attività vincolata consiste nel fatto che, a differenza di quest'ultima, i limiti positivi posti all'attività discrezionale sono necessariamente *indeterminati*. Ciò consente di indirizzare le operazioni poste in essere nell'esercizio della funzione in maniera da non pregiudicare il conseguimento del fine per cui essa è prevista. In tali operazioni, secondo l'Autore, si esprime «il momento intellettuale del potere» ed esse devono svolgersi «secondo una linea di razionalità [...] per consentire al successivo momento della scelta le condizioni necessarie (se pure non anche sufficienti) a realizzare effettivamente il risultato vantaggioso che è da attendere dall'esercizio del potere». Sulla “doppiezza” del concetto di discrezionalità si vedano, più recentemente, S. STAIANO, *Introduzione*, in M. SCUDIERO – S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, XIII ss. e P. ZICCHITTO, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, 2017, 362 ss.

⁷ Cfr. P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 49 ss., secondo cui, «per vedere se una legge sia viziata da illegittimità costituzionale il raffronto si dovrà fare assai spesso, più che con una norma costituzionale precettiva, con una norma programmatica; più che colla lettera di una precisa disposizione della Costituzione, collo spirito di riforma di cui essa è carica». Per l'Autore, quindi, è la natura stessa della Costituzione – che definisce come una Costituzione “non conservatrice” – che richiede alla Corte costituzionale di svolgere un ruolo diverso da quello semplicemente *negativo* originariamente assegnatole. Questo lo porta a criticare chi ritiene che il controllo di costituzionalità debba ritenersi «nettamente giurisdizionale», limitato ad un ragionamento di pura logica giuridica, basato sul mero raffronto tra Costituzione e legge ordinaria nella ricerca di un possibile vizio di legittimità, non potendosi escludere, in un giudizio come quello della Corte, valutazioni di tipo politico.

⁸ Sul punto si vedano, *ex multis*, C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 1100 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 71 ss.; G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 391 ss.

⁹ Cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, II, 343 ss. Sul punto si veda anche G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, 395, secondo cui, invece, potrebbe parlarsi di una censura di eccesso solo nei casi in cui la Costituzione «pone un indirizzo positivo che si traduce in vincolo contenutistico per la legislazione attuativa, non anche quando la finalità additata dalla Carta si atteggia piuttosto a limite esterno, così da escludere solo determinati sviluppi della legislazione, senza imporne specificatamente alcuno».

discrezionale, quale deve ritenersi la funzione legislativa»¹⁰. Una funzione che, da un punto di vista generale, consiste nel «perseguimento del fine specifico di sviluppare, svolgere e realizzare i principi, i programmi e i fini disposti dalla costituzione» e nel garantire, così, il suo costante svolgimento¹¹: pur volendo escludere le poche previsioni che possono considerarsi direttamente precettive, le restanti disposizioni costituzionali rimarrebbero lettera morta se non si prevedesse una funzione volta ad assicurarne la concreta attuazione, nel continuo evolversi delle dinamiche e delle esigenze sociali.

2. Corte costituzionale e legislatore: dall'originario superamento delle "ideologie del Costituente" all'insuccesso delle tecniche decisorie coniate nel tentativo di rispettare la discrezionalità legislativa

La capacità condizionante della Carta fondamentale, di cui si è fino ad ora dato sommariamente conto, non può che riflettersi sulla pervasività del controllo svolto dal Giudice delle leggi. Se è pur vero che chi esercita un potere discrezionale è senza dubbio *libero* di scegliere le modalità più opportune tramite cui perseguire la finalità per cui esso è stato istituito, allo stesso tempo questa libertà non può equivalere ad arbitrio, poiché l'esercizio di tale potere (*rectius*: l'atto che ne è espressione) deve essere necessariamente *conforme* ai fini al cui perseguimento esso è deputato. Allora, anche nel caso della funzione legislativa, un'implicazione logica, prima che giuridica, di riconoscere la natura limitata e condizionata della legge è la necessaria previsione di un sistema di controllo sul rispetto del limite posto alla funzione *de qua*, che si manifesti nella possibilità di sindacare e sanzionare una previsione legislativa in caso di mancato o incongruo perseguimento di quei fini di cui la Costituzione impone la realizzazione.

L'avvento della funzione di garanzia costituzionale, quindi, ha aperto una breccia nel muro dell'insindacabilità delle scelte legislative, a cui inizialmente era correlato il timore che la centralità istituzionale del Parlamento potesse essere compromessa. Per tale ragione, quando i costituenti dovettero delineare i tratti principali di tale inedita funzione, tentarono di salvaguardare la discrezionalità del legislatore dalla possibilità di indebiti sconfinamenti da parte dell'organo che avrebbe giudicato sulla legittimità delle leggi.

Anzitutto, alla luce di una concezione "gerarchica" della separazione dei poteri, tale esigenza spinse a scartare l'idea di attribuire diffusamente alla magistratura il compito di poter annullare gli atti del potere legislativo, facendo così prevalere la posizione di quanti vedevano nell'istituzione di un organo speciale di garanzia costituzionale la soluzione migliore per salvaguardare la

¹⁰ Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 345 (corsivi aggiunti). Considerata da quest'ultimo punto di vista, la discrezionalità può ritenersi espressione del carattere *funzionale* del potere, da cui deriva «l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione»; così C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 1100.

¹¹ F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 344. Secondo l'Autore, infatti, la legislazione rappresenta il contenuto necessario e imprescindibile della Costituzione, identificandone il nucleo sostanziale o materiale. Poiché, se è vero che la Costituzione può ritenersi una forma di normazione istantanea, puntuale, irripetibile o difficilmente ripetibile, essa richiede necessariamente un elemento che ne garantisca la prosecuzione, l'estensione o, in altri termini, una «manifestazione continuativa»; così ID., *L'invalidità della legge. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, I, 158 ss. Risulta necessario, quindi, «prevedere una forma ordinaria di mantenimento e sviluppo della costituzione [...]. In tal senso, nonostante l'apparente paradosso, può dirsi che sia piuttosto la legislazione ordinaria *ut sic*, che non la legislazione costituzionale, a costituire prosecuzione della volontà costituente» (*ivi*, 159 s.). Sul punto, si veda più recentemente ID., *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 3 ss., spec. 6-9.

discrezionalità del legislatore¹². Il modello diffuso rischiava di minare uno dei principi cardine del precedente regime liberale che non si voleva compromettere, vale a dire il principio della *certezza del diritto*: la forza centrifuga connaturata al modello diffuso rischiava di dar vita ad una “polverizzazione” del dettato legislativo, che sarebbe diventato vulnerabile all’instaurazione di ogni giudizio¹³.

In secondo luogo, i costituenti agirono cercando di limitare e predeterminare gli *effetti delle pronunce* della nascita Corte costituzionale per arginare quel potenziale creativo che si intuiva avrebbe manifestato, in futuro, il giudizio di legittimità. Com’è noto, infatti, questo nuovo giudizio venne immaginato secondo uno schema logico di tipo “causa-effetto”, come un’operazione quasi meccanica di compatibilità, di raffronto tra un parametro superiore (la Costituzione) e uno inferiore (la legge)¹⁴, che prevede, quale epilogo, un’unica alternativa: l’accoglimento o il rigetto della questione di legittimità costituzionale. Così, stando a quanto astrattamente previsto dall’art. 136 Cost., la Corte costituzionale non avrebbe altra possibilità oltre alla dichiarazione d’incostituzionalità, poiché «non le attribuisce il potere né di determinare l’interpretazione dell’ordinamento, quale risulta dall’eliminazione della legge incostituzionale, né di elaborare le linee di una eventuale nuova disciplina della materia conforme alla Costituzione che si renda necessaria al posto di quella dichiarata incostituzionale»¹⁵.

Entrambi gli elementi sopra brevemente illustrati delinearono un modello estremamente rigido per garantire al legislatore il “privilegio” di vedere assicurate la *certezza* e la *stabilità* delle proprie statuizioni, al riparo da indebiti sconfinamenti da parte del nuovo organo chiamato a giudicare sulla legittimità delle leggi.

Successivamente lo stesso legislatore ordinario ha tentato di salvaguardare la propria sfera di discrezionalità con la formulazione dell’art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui «il

¹² Vi era la consapevolezza che se, al contrario, si fosse attribuito al giudice ordinario il potere di annullare le leggi, ciò «avrebbe comportato l’“esplosione” della forza normativa della Costituzione, applicabile direttamente ai rapporti giuridici, senza necessità di alcuna mediazione legislativa»; così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, II, 88 s. Sul punto si veda altresì E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 8 ss., che evidenzia come, all’interno dell’Assemblea costituente, non furono convincenti neanche le voci isolate di chi guardava con positività all’esempio degli Stati Uniti d’America – come quella di Luigi Einaudi – tanto era radicato il timore di un possibile *governo dei giudici* in grado di compromettere l’attività normativa del Parlamento; un timore diffuso principalmente a causa delle opinioni dottrinarie formatesi a cavallo tra il XIX e il XX secolo nell’Europa continentale, la cui spinta principale venne da E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Parigi, 1921, edizione italiana a cura di R. D’ORAZIO, Milano, 1996, *passim*, spec. 13-16.

¹³ Per tale ragione, durante la fase costituente, negli ordinamenti europei era radicato il convincimento secondo cui il giudice non potesse giudicare *de legibus*, ma solo *secundum leges*, come evidenziato da V.E. ORLANDO, *Principi di Diritto costituzionale*, Firenze, 1912, 257 ss., secondo cui poteva ammettersi solo un controllo sulla presenza dei requisiti *formali* della legge, idonei a conferirle costituzionalmente esistenza: «se il magistrato ha l’obbligo di applicare la legge, ha altresì l’obbligo di accertare che *una legge vi sia*; e, se mancano le forme costituzionali, non si può dire che vi sia legge» (*ivi*, 260). Sulla necessità di un controllo esclusivamente formale, specie sul fronte della regolarità della procedura di promulgazione, si veda altresì O. RANELLETTI, *Istituzioni di Diritto pubblico. Il nuovo Diritto pubblico italiano*, Padova, 1931, 292 ss.

¹⁴ Cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, Napoli, 2013, 36 ss.

¹⁵ Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 260, che evidenzia altresì come, poiché il modello astratto prevede un giudizio di natura meramente eliminativa, «la Corte costituzionale tramite le sue decisioni d’incostituzionalità, di solito [...] non chiude il problema costituzionale, ma lo apre». Per questo, sempre rimanendo a quanto previsto astrattamente, tali pronunce dovrebbero rappresentare l’impulso per consentire, poi, al legislatore e alla magistratura di risolvere in maniera compiuta la questione di costituzionalità: il primo ponendo leggi, il secondo interpretandole adeguatamente. Scenario che, notoriamente, solo di rado ha trovato una piena realizzazione. Ragion per cui è stata la Corte stessa a dover svolgere, in autonomia, compiti di «integrazione normativa» o di «ricomposizione interpretativa».

controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». A prima vista, tale disposizione rappresenta il tentativo di circoscrivere l'ampiezza e la pervasività del controllo di costituzionalità, escludendo che il Giudice delle leggi possa dichiarare l'illegittimità di una previsione legislativa sulle base delle valutazioni di opportunità che hanno portato il legislatore alla sua approvazione. Tuttavia, sebbene il fine emerga chiaramente, dalla formulazione dell'art. 28 non si evince in alcun modo quale sia l'*estensione* delle limitazioni che la Corte incontrerebbe nello svolgere il suo controllo¹⁶. Quindi, in un certo senso, si tratta di una disposizione che sembra più presupporre il problema, anziché offrire gli strumenti per risolverlo; circostanza che non l'ha risparmiata dalle critiche dei suoi commentatori¹⁷, che generalmente convergono nel considerare l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 come il divieto, per la Corte costituzionale, di sindacare il *merito* della legge¹⁸.

Nonostante simili previsioni, com'è noto, già con le prime decisioni vi fu un allontanamento dal modello astratto e la Corte iniziò a svincolarsi dalla possibilità di intervenire sull'oggetto del suo giudizio esclusivamente con decisioni di segno negativo¹⁹, elaborando, in maniera graduale ma costante, nuove e diverse tecniche decisorie in grado di incidere in maniera *pro-positiva* sull'ordinamento, riuscendo così a far prevalere il principio di legittimità costituzionale, anche a fronte dell'immobilismo dei suoi due principali interlocutori: il legislatore e, quantomeno in una fase iniziale, la magistratura.

Pur non potendo approfondire adeguatamente, in questa sede, l'evolversi di tali pronunce e le sue ragioni, può constatarsi che il collaudo di ognuna di tali tecniche sia stato svolto alla luce di una particolare esigenza: quella di non rinunciare al pieno e corretto esercizio della funzione di garanzia

¹⁶ Sul punto, cfr. P. BIANCHI, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 641 ss., spec. 667 ss. L'Autore mette in luce come dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953 emerga chiaramente l'intenzione «di separare lo spazio della politica da quello del diritto», pur testimoniando – per l'appunto – come vi sia una «seria difficoltà di rinvenire una linea di confine» tra di essi.

¹⁷ Tra i primissimi commenti, quando ancora la previsione *de qua* era allo stadio di disegno di legge, vi è quello di G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 381-382, spec. nota n. 3. In particolare, egli già riteneva criticabile la disposizione in corso di approvazione (il cui testo poi è coinciso con quello attualmente in vigore), ritenuta «inopportuna e incostituzionale». Da un lato, perché da essa emergerebbe la natura della legge quale atto *discrezionale*, in quanto tale vincolato nel fine; e, ad avviso dell'Autore, una legge ordinaria (quale la futura legge n. 87 del 1953) non avrebbe la competenza di determinare se le leggi sono atti politici o discrezionali. Dall'altro, perché, se pure si aderisse alla tesi che le leggi sono atti discrezionali, non si potrebbe escludere il controllo della Corte sull'eccesso di potere, dal momento che «il vizio che si produce per l'inosservanza nell'atto del fine cui esso era vincolato è vizio *non di merito ma di legittimità*» (*ivi*, 382, nota n. 3; corsivi aggiunti) e l'art. 134 Cost. stabilisce che la Corte è competente a sindacare qualsiasi vizio di legittimità della legge, non solo alcuni. Sul punto, v. anche P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 51-53.

¹⁸ Si vedano, fra tutti, V. CRISAFULLI, *Appunti di Diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Roma, 1967, 108 ss.; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 223 ss.; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, III, 561 ss., spec. 562. Il controllo sul merito è escluso, altresì, da L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1045 s. che, tra l'altro, vede nel divieto di un sindacato sul merito della legge l'unico residuo contenutistico dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953. Una considerazione che, tuttavia, ad avviso dell'Autore, non esclude comunque l'inutilità di tale disposizione, dal momento che tale divieto potrebbe comunque ricavarsi dalla Costituzione (in particolare dall'art. 134 Cost.). Non solo. Pur a voler interpretare tale disposizione come il tentativo di escludere un sindacato sul merito, una sua interpretazione letterale porterebbe ad escludere il controllo sul rapporto tra norme ordinarie di attuazione e alcune delle norme costituzionali programmatiche. Un'eventualità che, secondo l'Autore, determinerebbe l'incostituzionalità dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953.

¹⁹ Come invece prospettava, fra tutti, H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, 1928, edizione italiana a cura di C. GERACI, Milano, 1981, 173 s.

costituzionale, anche qualora ciò avesse comportato un (almeno) apparente sconfinamento verso le prerogative del giudiziario e del legislativo. È quanto avvenuto, nel primo caso, con l'*interpretazione* e, nel secondo, con la *manipolazione* della disciplina legislativa. Ed è stato proprio l'avvento delle decisioni di natura manipolativa a destare le reazioni più perplesse della dottrina e dello stesso legislatore, giacché, con esse, la Corte costituzionale ha iniziato a sindacare non solo ciò che la legge prevede, ma anche ciò che la legge *dovrebbe prevedere*, con una conseguente alterazione degli enunciati normativi²⁰.

Tuttavia, il consolidamento nel tempo di tali tecniche decisorie ha mostrato quanto esse rappresentino un elemento *fisiologico* della funzione di garanzia costituzionale, sebbene le ragioni e gli esiti che hanno accompagnato il loro utilizzo siano stati differenti nel corso degli ultimi decenni. Può rilevarsi, comunque, la presenza di alcune costanti. Tra le "ragioni" (*rectius*: le giustificazioni) vi è anzitutto quella secondo cui l'intervento della Corte altro non sarebbe che il frutto dell'esplicitazione di quanto già virtualmente presente nel sistema costituzionale, per cui l'opera di manipolazione in realtà non è libera, non è creazione, ma rappresenta una soluzione "a rime obbligate"²¹. In altri termini, il dispositivo manipolativo sarebbe consentito solamente quando vi è un'unica possibile soluzione normativa per fronteggiare l'incostituzionalità; altrimenti, nell'alternativa, la scelta deve spettare al legislatore. Tra gli "esiti" (*rectius*: i vantaggi) ottenuti con le decisioni manipolative vi è senz'altro quello di rendere il testo legislativo conforme a Costituzione operando solo sulle parti che lo rendono costituzionalmente illegittimo; in questo modo, la Corte riesce ad evitare la creazione di pericolosi vuoti normativi che conseguirebbero all'adozione di un dispositivo di accoglimento semplice e che rischierebbero di dar vita a situazioni di maggiore incostituzionalità²².

²⁰ Si tratta di quei tipi di decisione – ormai storicamente consolidati all'interno della giurisprudenza del Giudice delle leggi – con cui, una volta «accertata la fondatezza della questione di legittimità costituzionale, la Corte *dichiara l'illegittimità della legge* ridefinendone in vario modo la portata normativa. [...] Formalmente la pronuncia cade sul testo, ma non con scopi distruttivi e nemmeno interpretativi, bensì con scopi [...] ricostruttivi»; così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 230. Per gli Autori oggi sarebbe più appropriato parlare per l'appunto di "ricostruzione" anziché di "manipolazione". Quest'ultima definizione avrebbe infatti un'accezione negativa; il che, se pur poteva giustificarsi nei tempi in cui tale tecnica si diffuse (considerate le perplessità che agli inizi suscitò l'adozione di pronunce di natura manipolativa), sembrerebbe oggi inappropriata, soprattutto considerando che tale definizione è affiancata ad una funzione di giustizia, dove il concetto di manipolazione dovrebbe essere escluso. Per un approfondimento su tali tecniche decisorie, si vedano, *ex multis*, C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, II, 1131 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 – luglio '85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 302 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, *passim*; C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990, *passim*; V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 2000, II, 1985 ss.

²¹ Secondo la nota immagine proposta da V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, II, 402 ss., spec. 407 s. e ID., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, 84-85.

²² Cfr. R. PINARDI, *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 106-109. Sulla necessità che la Corte valuti le ripercussioni delle proprie decisioni, in particolare qualora l'annullamento della disciplina legislativa incostituzionale possa determinare una situazione normativa di maggiore incostituzionalità, cfr. F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 114 ss. Sul punto, v. anche A. RUGGERI, *Corte costituzionale e parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro it.*, 2000, V, 21, secondo cui «queste pronunzie, a tutta prima dotate di una formidabile capacità innovativa, in realtà costituiscono piuttosto strumenti di (parziale) "conservazione", a fronte dell'alternativa, francamente odiosa ed insopportabile, della caducazione pura e semplice di una legge comunque non in tutto compatibile con la Costituzione».

Come anticipato, quindi, l'utilizzo di tecniche decisorie di stampo manipolativo si è rivelato un elemento fisiologico del corretto esercizio del controllo di costituzionalità. Ad essere *patologica*, invece, in quello che dovrebbe essere il regolare svolgimento del circuito che si crea tra funzione legislativa e funzione di garanzia costituzionale, è la perdurante inerzia del legislatore a fronte dell'elaborazione, da parte della Corte, di nuovi tipi di decisione volti a sollecitare un suo intervento per fronteggiare un *vulnus* costituzionale; soprattutto ove si consideri che il chiaro intento di tali pronunce è proprio quello di rispettare – quantomeno in prima battuta – la discrezionalità dello stesso legislatore.

Ciò vale senz'altro, su un piano più generale, per le pronunce di natura monitoria, costantemente presenti nella giurisprudenza costituzionale. La loro finalità consiste proprio nel garantire il *principio di leale cooperazione* tra Corte e legislatore, poiché consentono di indicare a quest'ultimo la strada da seguire per evitare l'incostituzionalità, pur nell'assoluto rispetto delle prerogative del potere legislativo. I moniti, infatti, rimangono «sul terreno della proposta, del programma, dell'indirizzo, non mai su quello propriamente operativo e realizzativo»²³.

Discorso analogo – nonostante la maggiore incisività – vale per le sentenze additive di principio, una tecnica decisoria che continua a destare interesse poiché la sua ragion d'essere risiede proprio nel tentare di preservare la discrezionalità legislativa, nell'ottica di un giusto compromesso tra la manipolazione e il rispetto degli equilibri istituzionali. Difatti, è vero che anche in questo caso, come nelle additive “semplici”, la Corte dichiara l'incostituzionalità di un'omissione legislativa; tuttavia, per farvi fronte, la Corte non individua – e quindi non aggiunge – una regola determinata, vale a dire una norma considerata come l'unica in grado di colmare immediatamente ed autonomamente la lacuna, ma immette nell'ordinamento un più ampio *principio*. A ben vedere, il fondamento di tali decisioni risiede proprio nelle citate “rime obbligate”, o meglio nella loro assenza²⁴, perché «mentre le additive tradizionali si basano sulla premessa che l'innesto normativo operato dalla Corte rappresenti l'unica via di superamento dell'incostituzionalità, le pronunce additive caratterizzate da dispositivi generici si basano sulla premessa, esplicita in motivazione, dell'assenza di una soluzione “a rime obbligate” e dell'infungibilità dell'intervento del legislatore»²⁵. A quest'ultima tenta di dare rimedio la stessa Corte che, “limitandosi” ad aggiungere un principio generale, anziché una norma puntuale, fornisce ai giudici comuni un punto di riferimento normativo da cui attingere la regola per la soluzione del caso concreto.

²³ Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 169 e, in origine, ID., *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1247.

²⁴ Sul punto, si consideri, tuttavia, anche la ricostruzione di A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, IV, 3435 ss., spec. 3444 ss. che – più che sul fronte del necessario rispetto della discrezionalità legislativa – individua il fondamento delle additive di principio sia nella possibilità «di ripartire con i giudici la responsabilità per la “creatività” dei propri interventi additivi» sia nel tentativo «di ridurre l'impatto complessivo di tali interventi». Ad avviso dell'Autore, infatti, le addizioni di principi generali equivalgono a “direttive interpretative” con cui la Corte indirettamente riesce a orientare la successiva attività ermeneutica dei giudici, «per impedire che puntuali norme autoapplicative diano vita, per induzione, a principi in grado di vincolare le future scelte del legislatore (ma anche di scardinare progressivamente interi complessi di scelte già compiute)» (*ivi*, 3450).

²⁵ Così G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 167. L'Autore sembra riconoscere efficacia vincolante alla sola parte caducatoria della sentenza, il che comporta la permanenza di più soluzioni per eliminare la situazione di incostituzionalità, che delineano il margine di manovra dell'organo che si troverà a dover applicare la decisione. Sul punto, cfr. anche A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, III, 3203 ss., secondo cui in tali casi la portata additiva «non consiste, come nelle additive classiche, nell'introduzione di una regola compiuta immediatamente applicabile [...], ma nell'immissione soltanto di un principio generalissimo, visto a torto o a ragione – come l'unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema». Sul punto si vedano anche G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 244.

Tale profilo conferisce un certo margine di *autoapplicabilità* al principio aggiunto, a cui per l'appunto i giudici potranno fare riferimento nell'attesa dell'intervento legislativo²⁶. Tuttavia, non vi è dubbio che il (mero) principio lasci troppi profili scoperti all'interno della materia sindacata, ove l'assenza di una puntuale disciplina, nella disomogenea e molteplice casistica della vita quotidiana, rischia di lasciare il giudice privo degli strumenti idonei per la soluzione del caso concreto oppure, di riflesso, di ampliare eccessivamente i suoi margini di discrezionalità. Il rischio è che ciascun giudice possa declinare differentemente il principio, adottando soluzioni diverse e dando vita, così, ad orientamenti giurisprudenziali difformi, lesivi dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento dei consociati. Per tale ragione le sentenze additive di principio richiedono *necessariamente* un successivo intervento del legislatore: solo esercitando in concreto la discrezionalità riconosciuta dalla Corte e individuando la disciplina puntuale della materia coperta dal (precaro) principio può perseguirsi quell'esigenza di tendenziale *coerenza* dell'ordinamento, che richiede necessariamente unità e omogeneità delle fonti normative.

Eppure, l'assenza di qualsiasi tipo di *vincolatività* per il legislatore ha posto quest'ultimo in una condizione di libertà nella scelta di dare seguito o meno al principio espresso nella *pars construens* di tali pronunce. Come evidenziato dalla dottrina, infatti, «che si voglia definire *politico* l'obbligo di intervento [...] o che si voglia definire *giuridico* [...], *non esistono strumenti atti a costringere il legislatore ad intervenire*»²⁷. È senz'altro vero che il legislatore dovrebbe ritenersi tenuto a seguire il contenuto costituzionalmente necessario che si evince dal principio che la Corte ha inserito nell'ordinamento, giacché in caso di discostamento finirebbe inevitabilmente per violare l'art. 136 Cost. e il precetto dell'efficacia vincolante delle decisioni di accoglimento²⁸. Ma è altrettanto vero che tale vincolatività potrebbe riguardare al più il *quomodo* dell'intervento legislativo, non certo l'*an* e tantomeno il *quando*. L'ordinamento positivo, infatti, è evidentemente sprovvisto di strumenti *ad hoc* volti a sanzionare i comportamenti omissivi del legislatore nel dar seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale, anche se dotata dell'incisività – o sarebbe meglio dire: della vincolatività – propria dell'accoglimento.

²⁶ Tale “possibilità” conferirebbe – secondo parte della dottrina – una connotazione “*relativa*” alla natura autoapplicativa del principio aggiunto dalla Corte, come evidenziato da A. GUAZZAROTTI, *op. ult. cit.*, 3436 ss. e 3442 ss. Secondo l'Autore, infatti, in via generale, l'autoapplicabilità di una norma dipende «dalla sua capacità di innestarsi con il tessuto ordinamentale in cui è inserita»; per cui non è predicabile in astratto, ma dipende dal variare «dei materiali normativi con cui è chiamata a interagire». Sul punto si veda altresì E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011, 333 ss., spec. 338 s. che individua un possibile cortocircuito nell'attribuire natura autoapplicativa alle sentenze additive di principio, «giacché se la mancata adozione di una decisione additiva *tout court* è giustificata con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, la possibilità di un'autoapplicazione del principio rischia di configurarsi come una violazione di quella discrezionalità (e perciò dell'intento autolimitativo della stessa Corte)».

²⁷ Così C. SALAZAR, «*Guerra e pace*» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «*di principio*» quali decisioni atte a rimediare alle «*omissioni incostituzionali*» del legislatore, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 274 s. Secondo l'Autrice, tuttavia, l'esclusione delle giuridicità del vincolo derivante dalle pronunce della Corte non può valere *a priori*, giacché nel diritto costituzionale la non-coercibilità non può certo tradursi necessariamente in non-giuridicità. Ragionando diversamente, «nessuna decisione della Corte, qualunque cosa dica, potrebbe definirsi giuridicamente vincolante, poiché [...] il giudice delle leggi non ha la disponibilità degli effetti delle proprie decisioni, il cui prodursi dipende interamente dall'adesione dei destinatari e, dunque, dal grado di inveroamento nel sistema del *principium cooperationis* alimentato dalla lealtà delle istituzioni» (*ivi*, nota n. 33). Analoghe considerazioni sono quelle di R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1990 ss., che difatti evidenzia come il legislatore non possa considerarsi, di fatto, “giuridicamente obbligato” a dar seguito agli inviti della Corte.

²⁸ Cfr. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3213 s.

Non a caso, anche con l'avvento di tecniche decisorie più flessibili, tali da non rappresentare un'invasione della sfera di discrezionalità del legislatore, quest'ultimo ha mostrato una particolare «insensibilità»²⁹ rispetto ai richiami della Corte. Com'è noto, infatti, invece di recepire i moniti e le sollecitazioni del Giudice delle leggi, per collaborare alla realizzazione di una legislazione rispettosa dei principi costituzionali, il legislatore ha dato un seguito «largamente insoddisfacente, comunque frammentario e fin quasi casuale» a tali richiami³⁰.

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

Nell'ambito del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, il cortocircuito forse più insidioso che si è creato – e continua a crearsi – nell'evolversi del giudizio di legittimità riguarda le decisioni di incostituzionalità *accertata ma non dichiarata*; una tecnica decisoria che – per riprendere le considerazioni svolte in chiusura del precedente paragrafo – presenta numerosi punti di contatto con le additive di principio.

La tecnica ora in esame, infatti, viene frequentemente adoperata in tutti quei casi in cui per la soluzione di una questione di costituzionalità è richiesto un intervento da parte del legislatore. Come anticipato, tale circostanza si riscontra quando le disposizioni impugnate sono evidentemente incostituzionali, ma le soluzioni astrattamente compatibili con la Costituzione sono più di una. In altri termini, quando manca la *crisafulliana* “rima obbligata”, da decenni fondamento e giustificazione degli interventi di natura manipolativa. In tal caso, si è sempre ritenuto che la scelta tra le diverse soluzioni possibili rientrasse nell'ambito della discrezionalità legislativa³¹.

La conseguenza che spesso si verifica in queste circostanze è che la Corte, pur “*accertando*” in maniera espressa (o quantomeno chiara) una violazione della Costituzione, escluda la possibilità di un mero accoglimento e decida di dichiarare l'inammissibilità della questione *per discrezionalità legislativa*³², accompagnando la propria decisione con un'esortazione nei confronti del legislatore,

²⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 498. È proprio questa insensibilità del legislatore nel dar seguito alle pronunce della Corte che, secondo l'Autore, ha consentito a quest'ultima di forgiare «strumenti di intervento non previsti dai testi legislativi e idonei ad evitare la difficoltà nascente dall'intempestiva azione legislativa».

³⁰ Così A. RUGGERI, *Corte e organi d'indirizzo politico*, in *Foro it.*, 2006, V, 318. Si veda anche E. ROSSI, *op. ult. cit.*, 340 s., secondo cui, per l'appunto, la potenziale disponibilità del legislatore nel dar vita ad un rapporto collaborativo – pur riscontrabile in alcune circostanze – non avrebbe complessivamente sortito gli effetti sperati. Anzi, ad avviso dell'Autore, oggi sembrerebbe potersi registrare un'acuita l'intollerabilità verso le pronunce manipolative della Corte, sempre più considerate come una minaccia all'autonomia politica delle Camere, anziché uno strumento di collaborazione.

³¹ Anche la stessa Corte costituzionale ha costantemente escluso la possibilità di un proprio intervento manipolativo in caso di plurime opzioni legislative compatibili con la Costituzione. Difatti, sebbene la necessità di rispettare tale limite si evincesse, in maniera implicita, già da precedenti decisioni (come la sentenza 25 giugno 1981, n. 137 che, come si vedrà, rappresenta una delle prime manifestazioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata), è con la sentenza 22 aprile 1986, n. 109 che la Corte ha affermato, in maniera esplicita, che quando si prospettano «una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (punto n. 3 del *Considerato in diritto*).

³² Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, un embrionale riferimento alla necessità di non invadere la discrezionalità del legislatore può rinvenirsi già nella sentenza 16 gennaio 1957, n. 3 in cui il Giudice delle leggi, nel delineare quella che poi diverrà l'interpretazione più accurata del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., specifica che la valutazione sulla rilevanza delle circostanze che possono dar luogo a differenze di trattamento legittime (*rectius*: ragionevoli) deve essere riservata alla discrezionalità legislativa. Circostanza che induce la Corte ad escludere la violazione dell'art. 3 Cost. e a dichiarare la questione non fondata. Trascorso il primo decennio di attività della Corte, il richiamo alla discrezionalità legislativa diventa senza dubbio più frequente, ma esso sembrerebbe porsi più che altro come un ostacolo certamente non valicabile, davanti al quale arrestarsi immediatamente, senza approfondire il merito

sollecitando un suo intervento per ripristinare la legittimità costituzionale violata³³. A ben vedere, tale soluzione risulta particolarmente funzionale in tutti quei casi in cui il mero accoglimento rischi di generare una situazione di maggiore incostituzionalità, specie quando l'annullamento della disposizione sindacata possa dar luogo a una lacuna idonea a compromettere il principio di *continuità* dell'ordinamento normativo³⁴. Una potenzialità che ha consentito alla Corte di collaudare ampiamente tale tecnica decisoria negli ultimi decenni.

Tuttavia, nell'ultimo periodo, essa sta manifestando alcune di quelle disfunzioni che portarono la dottrina ad accogliere la sua originaria diffusione con perplessità³⁵. Infatti, con tali

della questione sulla validità o meno delle previsioni legislative sindacate, che infatti viene "liquidato" in brevi motivazioni che si concludono con una dichiarazione di *infondatezza* (può prendersi come esempio la sentenza 2 luglio 1968, n. 111, il cui *Considerato in diritto* è formato complessivamente da nove righe, se lo si vuole considerare un valido indice quantitativo). Tuttavia, sul finire degli anni '70 la risposta della Corte alla sussistenza del limite della discrezionalità legislativa inizia a mutare. In tutti quei casi in cui l'utilizzo di una pronuncia manipolativa è impedito dalla necessità di una *interpositio legislatoris*, inizia a registrarsi il passaggio dalle dichiarazioni di *non fondatezza* a quelle di *inammissibilità*. Su tale passaggio e, più in particolare, sul sottile confine che separa tali tecniche decisorie in caso di rispetto della discrezionalità legislativa, si vedano A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» e infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1219 ss., V. ANGIOLINI, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, 194 ss. e, più recentemente, A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 630 ss., secondo cui l'utilizzo di decisioni di *inammissibilità* per discrezionalità legislativa è correlato a «una sorta di *incompetenza* nei confronti di scelte che possono compiersi solo attraverso una valutazione di tipo politico» (corsivo aggiunto). Deve darsi conto del fatto che, tuttavia, ancora oggi, la Corte costituzionale continua in alcuni casi a rispondere al limite della discrezionalità legislativa in caso di mancanza di una soluzione normativa costituzionalmente univoca, non con una pronuncia di *inammissibilità*, ma con una di *non fondatezza*. Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 240 s., che evidenziano come ciò accada quando la scelta legislativa censurata è non manifestamente irragionevole. Sebbene anche in tal caso l'esigenza sia quella di preservare la discrezionalità legislativa, l'utilizzo delle due diverse risposte decisionali della Corte dipenderà quindi dalle diverse intensità con cui si palesa l'esigenza dell'intervento.

³³ Quest'ultimo profilo rappresenta una costante della tecnica decisoria in esame e che potrebbe risultare, *all'apparenza*, espressione di una forte incisività monitoria, dal momento che tali pronunce implicano l'evidente esigenza di un intervento del legislatore volto a ripristinare la legalità costituzionale violata. A ben vedere, però, dei moniti tali decisioni posseggono solo la forma, ma esprimono qualcosa in più nella sostanza. Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 310 s., secondo cui tali decisioni prospetterebbero l'eventualità di un futuro accoglimento della questione in caso di inerzia legislativa. Per cui non può trattarsi propriamente di «un mero monito al legislatore, ma di un vero e proprio riconoscimento dell'incostituzionalità, ma con rinvio nel tempo della dichiarazione relativa». In altri termini, accertando (ma non dichiarando) l'incostituzionalità, non vi è l'esigenza di un intervento legislativo per *prevenire* l'incostituzionalità, ma tale intervento è richiesto per superare un'incostituzionalità già esistente ed evitare, così, un futuro accoglimento.

³⁴ Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 80 ss. Sul punto si veda altresì F. POLITI, *Principio di continuità dell'ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: «giusta preoccupazione» o «eccessivo timore» della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?*, in *Giur. cost.*, 1992, 3175 ss., spec. 3180, che tuttavia mette in luce il segnale di «“debolezza”» offerto da tali tipi di pronunce, che rappresentano sì una manifestazione della paura di creare vuoti normativi, ma che, di riflesso, danno la sensazione di una Corte eccessivamente intimorita nell'esercitare appieno il proprio compito istituzionale, vale a dire quello di eliminare le norme contrarie alla Costituzione.

³⁵ Come anticipato, l'avvento delle decisioni di *inammissibilità* per discrezionalità legislativa sembrerebbe coincidere con la sentenza 17 luglio 1981, n. 137 che, per l'appunto, ricevette da subito numerose critiche dalla dottrina. Fra tutte, quella di L. CARLASSARRE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1314 ss., secondo cui, «ove veramente la Corte non voglia sostituirsi al legislatore, non è per questo tenuta a dichiarare *inammissibile* la questione: se l'incostituzionalità sussiste, la via da percorrere è quella dell'*annullamento pure e semplice*». Sul punto, cfr. anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 28 ss. Alcune perplessità sulle pronunce che contengono un accertamento sulla sussistenza di profili di incostituzionalità della disciplina sindacata, ma non la annullano, erano già state espresse da V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 944 ss. Sebbene l'Autore si riferisca in particolare a due storiche interpretative di rigetto – vale a dire le sentenze nn. 3 e 8 del 1956 – egli già dava atto del «generico senso di insoddisfazione» generato

pronunce, la Corte accerta in motivazione la fondatezza della questione, ma «rinuncia a pronunciarsi nel merito (decidendo nel senso dell'inammissibilità) per non invadere il potere riservato alla discrezionalità legislativa, con la conseguenza del permanere in vigore di norme non soltanto di dubbia legittimità, ma addirittura *sicuramente* incostituzionali»³⁶. In questo modo, la disciplina censurata entra in uno stato di “provvisoria legittimità”, come se tali decisioni celassero un implicito termine di scadenza non predeterminato.

Non vi è dubbio, infatti, che l'epilogo della questione sia inevitabilmente preannunciato: o interviene il legislatore, modificando la disciplina per superare l'incostituzionalità, oppure, a causa dell'inerzia legislativa, la questione sarà destinata ad essere sollevata nuovamente dinnanzi alla Corte. In questo caso, però, quest'ultima si ritroverebbe al punto di partenza, avendo davanti a sé il consueto bivio: dichiarare l'incostituzionalità con una sentenza di accoglimento “semplice”, con conseguente creazione del vuoto di disciplina e il rischio che si determini una situazione di maggiore incostituzionalità, oppure, proprio per scongiurare tale eventualità, continuare lungo la strada dell'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa. In un simile contesto, infatti, non dovrebbe esservi spazio per una “terza via”, ove la Corte stessa provveda a correggere la disciplina incostituzionale con una decisione di stampo manipolativo, essendole precluso dalla perdurante assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata³⁷. E così via, lungo una catena potenzialmente infinita, in cui si combinano in maniera fatale il peso dello scorrere del tempo e l'inerzia legislativa.

Così, per spezzare questa catena, si registrano, con frequenza sempre maggiore, decisioni in cui la Corte sceglie di tornare sui propri passi ed accogliere questioni precedentemente rigettate per non invadere la discrezionalità del legislatore, indicando autonomamente la disciplina legittima. In queste circostanze, è come se la discrezionalità del legislatore entrasse nell'opera di bilanciamento svolta dalla Corte: nella prima decisione, essa prevale sugli altri valori coinvolti; mentre, nella seconda, recede. Questo perché, tra una pronuncia e l'altra, lo scorrere del tempo ha appesantito e aggravato, come un interesse che si accumula, il valore che in un primo momento è risultato recessivo, spostando verso quest'ultimo l'ago della bilancia a discapito della discrezionalità legislativa.

Questa considerazione può spiegarsi – e in fin dei conti *giustificarsi* – alla luce della natura dinamica della Costituzione, che si esprime nella sua propensione al futuro e nella capacità di garantire l'evolversi delle priorità sociali. Come tutte le cose, quindi, anche l'incostituzionalità risente dello scorrere del tempo. A ben vedere, infatti, il rapporto di “conformità-disformità” di una legge rispetto alla Costituzione non può essere concepito come un dato certo, rigido e immutabile, ma come una relazione «*graduata e graduabile*»³⁸, anche nel tempo³⁹: la fattispecie che oggi non

da quelle pronunce con cui la Corte *non* risolve le questioni sottoposte al proprio giudizio poiché si concludono con una dichiarazione di rigetto nel dispositivo, sebbene l'illegittimità costituzionalità della norma indicata dal giudice *a quo* emerga dalla parte motiva.

³⁶ Così C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 29. Come evidenzia l'Autore, si tratta di «pronunce strutturate tutte con un dispositivo di inammissibilità per discrezionalità legislativa, una motivazione che accerta di fatto la sussistenza della questione, ed il conseguente monito al legislatore perché intervenga sulla normativa in questione».

³⁷ Questo “trivio” è prospettato da F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., 114 s. L'Autore, tuttavia, non manca di sottolineare come la terza via, quella in cui la Corte provvede autonomamente a *correggere* la disciplina in senso conforme (o meno disforme) a Costituzione, sia di per sé la più ragionevole, pur nella consapevolezza che essa presenta l'ostacolo della discrezionalità legislativa.

³⁸ *Ivi*, 116.

³⁹ Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 14, secondo cui «è proprio l'incidenza della dimensione temporale che consente, in una prospettiva dialettica, di cogliere l'*anima propria*

può essere dichiarata incostituzionale potrebbe essere dichiarata tale in futuro e non perché cambino i presupposti della questione, ma perché il mancato intervento del legislatore ha reso non più tollerabile l'esistenza della disciplina illegittima. In tali casi, quindi, l'incostituzionalità non è originaria ma «*sopravviene* (può sopravvenire) a seguito di ulteriore inerzia legislativa. [...] Ciò costituisce una riprova del fatto che la costituzionalità-incostituzionalità di una legge non è un dato istantaneo e ap problematico, ma è fenomeno di graduale e graduata conformità-disformità della legge alla Costituzione»⁴⁰.

Allora, se è vero che l'elemento temporale incide in via generale sulla validità della legge, la peculiarità che si riscontra in questa sorta di “*doppia pronuncia*” *diacronica*⁴¹ sta nel fatto che l'incostituzionalità è, per così dire, alla seconda potenza. Già è stata rilevata, in un primo momento, dalla Corte, con l'auspicio di un intervento legislativo per ripristinare la legalità costituzionale. Il tempo trascorso nella vana attesa del legislatore ha reso poi *gradualmente* più gravosa l'incostituzionalità, considerato il lasso temporale in cui nell'ordinamento vi è stata la vigenza di una norma sicuramente incostituzionale ma formalmente non dichiarata tale, con inevitabili ripercussioni sulla certezza del diritto e sulla tutela delle posizioni soggettive coinvolte. Due aspetti di cui la Corte difficilmente potrebbe non farsi carico⁴².

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

Allora, potrebbe ritenersi vano tentare di individuare dei confini stabili che tengano separate la funzione di garanzia costituzionale dalla funzione legislativa. L'evoluzione della giurisprudenza

dell'illegittimità costituzionale, non sempre ricostruibile come dato assoluto (o c'è o non c'è) ma anche graduale, ovvero pure diacronicamente relativo (può esserci, di più o di meno, può non esserci ancora, può esserci se non intervengono mutamenti adeguati)».

⁴⁰ Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 159. L'Autore evidenzia altresì che a questa natura *graduale* dell'incostituzionalità può corrispondere, su un piano più strettamente processuale, ad una gradualità nella sua *dichiarazione*. Anche in questo caso, infatti, non si è davanti da un *atto istantaneo*, ma ad un *processo* a sua volta graduabile. Si può dire, quindi, che «alla graduazione del processo (si direbbe: gnoseologico) di *riconoscimento* (dichiarazione) della incostituzionalità corrisponde – non può non corrispondere – una analoga graduazione del processo (si direbbe: ontologico) di costituzionalità» (*ivi*, 150-152).

⁴¹ Il riferimento è alla felice intuizione di V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 948.

⁴² Deve evidenziarsi che la Corte costituzionale riesce ad offrire un'embrionale forma di protezione agli interessi sottesi alla questione già con la prima pronuncia. Difatti, a differenza di quanto avveniva con le prime dichiarazioni di *non fondatezza* della questione per discrezionalità legislativa, ove la Corte si arrestava alla presenza della discrezionalità legislativa senza affrontare il merito (su cui ci si è brevemente soffermati *supra*, nota n. 32), con le pronunce di inammissibilità con cui viene accertata ma non dichiarata l'incostituzionalità, spesso il Giudice delle leggi riesce a mettere già in luce i profili di illegittimità, anche se poi essi confluiranno – per l'appunto – in una dichiarazione di inammissibilità. Anzi, parte della dottrina evidenzia come, con pronunce di questo tipo, «trincerandosi dietro il paravento della discrezionalità e perciò trattenendosi dal far luogo ad una pronuncia formalmente manipolativa (e, segnatamente, additiva), la Corte non di rado dà vita ad una incisione ancora più consistente e profonda della discrezionalità stessa, pur battendo una via diversa da quella della riscrittura del testo». In questo modo la Corte riesce a fornire comunque un'interpretazione innovativa della fattispecie che viene presentata come costituzionalmente conforme e che, in realtà, può risultare «distorsiva della sostanza normativa racchiusa nel testo stesso». Per tali considerazioni, si veda A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 2007, 43.

della Corte, infatti, dimostra come tali confini siano *mobili*: non solo – per così dire – in senso *spaziale*, ma anche e soprattutto nel *tempo*.

Per cui, pur nella difficoltà di individuare il giusto temperamento tra queste due funzioni, si ritiene che le limitazioni sostanziali e processuali che il Giudice delle leggi incontra nell'esercizio del proprio compito di garanzia della Costituzione non valgano a sacrificare il principio di legittimità costituzionale: un «*valore preminente*» che deve governare il bilanciamento tra la funzione legislativa (dotata di legittimazione democratica) e la funzione di garanzia costituzionale (corollario del principio di rigidità costituzionale)⁴³. In tale bilanciamento è necessariamente quest'ultima a dover prevalere sulla prima, in un circuito unico rivolto al rispetto e allo sviluppo della Costituzione⁴⁴, la cui rigidità garantisce tanto la tutela dei diritti quanto la tenuta del sistema democratico.

4. Rivoluzioni di metrica: verso l'abbandono delle “rime obbligate”

Alla luce delle precedenti considerazioni, è necessario capire quale possa essere la tecnica decisoria più congeniale da utilizzare nella seconda pronuncia, quando cioè la Corte è tenuta a tornare nuovamente su una questione già decisa nel senso dell'inammissibilità. Poiché, in questo caso, si ritrova a dover fronteggiare una duplice esigenza. Da una parte, deve superare quanto affermato in precedenza perché, se nella prima decisione la Corte ha espressamente escluso di poter dichiarare l'incostituzionalità – essendole precluso dal necessario rispetto della discrezionalità legislativa – qualora dovesse decidere nuovamente la medesima questione, potrebbe trovarsi nella scomoda condizione di dover sconfessare se stessa. D'altra parte, sarà necessario utilizzare una tecnica che non sia di *rottura* con il legislatore, ma che sia adottata sempre nello spirito di partecipare, assieme a quest'ultimo, al corretto perseguimento dei fini costituzionali.

La soluzione migliore, come spesso avviene quando l'intervento del legislatore risulta infungibile, sembrerebbe allora quella dell'*additiva di principio*⁴⁵. Anzi, come anticipato, l'origine

⁴³ Sul punto, si veda F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., 144 ss.

⁴⁴ Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 204. A tal riguardo, può considerarsi quanto già affermava C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 190-191 che, nel commentare l'avvento delle sentenze manipolative, evidenzia come escludere la preminenza dell'intervento della Corte «significherebbe rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivista, ligio al dogma dell'assoluta sovranità del Parlamento, superato ormai dalla sovranità della Costituzione e dal principio che ne discende del dovere della legittimità costituzionale. La discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l'obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali».

⁴⁵ Tanto che in dottrina vi è chi non ha tardato a sottolineare una certa *fungibilità* tra le sentenze additive di principio e le dichiarazioni di inammissibilità, specie quando queste ultime sono utilizzate in relazione a questioni che implicano un sindacato sul potere discrezionale del Parlamento; sul punto, cfr. G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, V, 4134 ss. Deve rilevarsi, inoltre, che anche nella fase più recente della giurisprudenza costituzionale si registra, con una certa frequenza, l'utilizzo di additive di principio per superare una precedente decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa. È quanto avvenuto, per fare un esempio, con la sentenza 21 marzo 2018, n. 88, con la quale la Corte è tornata, per la seconda volta, sulla legittimità costituzionale dell'impossibilità di richiedere l'equa riparazione per durata irragionevole del processo anche *lite pendente* (art. 4, legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. “Legge Pinto”). Tale sentenza, infatti, consiste in un'additiva di principio, con cui la Corte ha potuto superare una precedente decisione sulla medesima questione (sentenza 24 febbraio 2014, n. 30), che si era conclusa – per l'appunto – con una dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa, adottata per la mancanza di una “rime obbligate”. Per alcune considerazioni più approfondite su tale decisione, sia consentito un rinvio a A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in *federalismi.it*, n. 2/2018, 10 ss.

di tale tecnica decisoria è stata segnata proprio dalla necessità di fronteggiare i casi in cui un illegittimo vuoto di disciplina può essere colmato in più e diversi modi per essere compatibile con la Costituzione, nell'ottica di una maggiore collaborazione con il legislatore. Con essa, infatti, invece di continuare a rifugiarsi in una sentenza di inammissibilità o di forzare la propria interpretazione nella ricerca di una "rima obbligata", la Corte può salvaguardare la discrezionalità legislativa limitandosi ad orientare l'ordinamento immettendovi un principio generale⁴⁶. Ad esso potranno fare riferimento i giudici per la soluzione dei casi concreti (sì da limitare, almeno potenzialmente, la perdurante applicazione della norma illegittima e da svolgere *in concreto* la sua funzione di garanzia costituzionale); ad esso dovrà fare riferimento il legislatore quando andrà a disciplinare compiutamente la materia.

Tuttavia, si tratta di una tipologia decisoria che può celare dei risvolti insidiosi. Questo perché la Corte dichiara l'incostituzionalità della legge così per come essa è ed individua il principio generale compatibile con la Costituzione, ma è il legislatore che poi dovrebbe necessariamente dettare la disciplina concreta della materia, nell'esercizio della propria discrezionalità. Come già anticipato, se si omette questo secondo passaggio, se si lascia il solo principio alla mercé di orientamenti giurisprudenziali per loro natura potenzialmente difformi, vi è il rischio di generare «eccessiva incertezza sulla regola applicabile al caso concreto, di volta in volta rimessa alla determinazione del singolo giudice»⁴⁷. In sostanza, con decisioni di questo tipo, l'attuazione del principio di legalità costituzionale rimane *provvisoria*, perché per stabilizzarsi richiede necessariamente un intervento del legislatore che passi dal principio alla regola puntuale. Quindi, ancora una volta, si tratta di una tecnica che si basa sulla collaborazione da parte del legislatore.

Ebbene, il protrarsi dell'inerzia legislativa, anche a fronte di tecniche di spirito maggiormente collaborativo come l'additiva di principio, ha portato la Corte a fare un ulteriore passo in avanti e a mettere in discussione, nell'ultimo periodo, alcuni dei dogmi su cui è stata elaborata la giurisprudenza costituzionale dalla prima metà degli anni '80 ad oggi.

In particolare, può notarsi come la Corte costituzionale abbia iniziato a prescindere dal fondamento delle "rime obbligate" per poter adottare decisioni di stampo manipolativo. La novità è che non si tratta più di additive di principio, ma di manipolative "classiche", in cui la Corte individua *autonomamente* la regola puntuale che meglio si adatta alla soluzione della questione sollevata e che inevitabilmente rappresenta la scelta di una di quelle opzioni normative astrattamente compatibili con la Costituzione che avrebbe dovuto individuare il legislatore: un mutamento giurisprudenziale di particolare rilevanza, destinato ad avere inevitabili ripercussioni sul rapporto tra quest'ultimo e la Corte costituzionale.

Per cogliere appieno questo radicale cambiamento può prendersi in considerazione quel ramo del diritto in cui i confini della discrezionalità legislativa sono tradizionalmente più difficili da valicare, vale a dire quello penale. Difatti, con la costituzionalizzazione del principio di legalità,

⁴⁶ Tanto che, a parere di chi scrive, tale risultato si potrebbe conseguire già con la prima decisione. Difatti, in casi analoghi a quello in esame, in cui la Corte è costretta ad intervenire più volte sulla medesima questione, con l'additiva di principio si potrebbe anticipare un risultato destinato a verificarsi, anziché consentire che permanga l'incertezza di un intervento legislativo che potrebbe essere tardivo o – in astratto – del tutto assente.

⁴⁷ Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 645, che evidenzia come sia stata proprio la perdurante inerzia del legislatore nel dar seguito alle sentenze additive di principio a determinare l'insuccesso di tale tecnica decisoria, non a caso sempre meno utilizzata dalla Corte costituzionale.

specie tramite il suo corollario della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.)⁴⁸, è stato attribuito al legislatore il monopolio dell'individuazione delle fattispecie incriminatrici e delle loro conseguenze sanzionatorie, in virtù delle tipiche garanzie che contraddistinguono il procedimento legislativo-parlamentare⁴⁹. Ciò impone di riconoscere al legislatore la possibilità di muoversi con ampia discrezionalità nelle scelte di politica criminale, il che richiederebbe, di riflesso, un atteggiamento di particolare prudenza da parte della Corte costituzionale nell'esercitare il proprio sindacato, per scongiurare il rischio di sfociare in valutazioni inerenti al merito della legge⁵⁰. Tuttavia, si tratta di un ambito in cui la giurisprudenza costituzionale più recente sembra mostrare la sua maggiore originalità. Complici le carenze e le sproporzioni del diritto penale contemporaneo⁵¹, il Giudice delle leggi ha recentemente adottato numerose decisioni di estremo interesse e, come si vedrà, in alcuni casi del tutto singolari.

Degno di nota, in tale contesto, è il ricco filone giurisprudenziale sulle anomalie sanzionatorie. Non vi è dubbio, infatti, che le scelte sui minimi e massimi edittali rientrano

⁴⁸ Com'è noto, la consacrazione del principio di legalità in materia penale nel testo costituzionale ne impone una lettura che non sia meramente formalistica (per cui reato è solo ciò che è previsto dalla legge come tale) né meramente sostanzialistica (per cui reato è solo il fatto antisociale). Difatti, come messo in luce da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 20 s., la superiorità della norma fondamentale – assicurata in primo luogo dalla sua natura rigida – e la preminenza dei valori in essa consacrati impongono di abbandonare le due storiche impostazioni sulla legalità penale e di prediligere la loro sintesi, tale per cui «reato deve essere considerato solo ciò che è previsto dalla legge come tale in conformità alla Costituzione: non solo per quanto riguarda i connotati strutturali-formali, ma anche e ancor prima per quanto concerne i valori tutelati». Sul punto, specie per una prima ricostruzione sulla natura della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., si veda anche F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 229 ss.

⁴⁹ Negli ordinamenti liberal-democratici, infatti, si tende a riservare al Parlamento la disciplina di istituti che incidono sulle libertà fondamentali, giacché ciò consente «di tutelare i diritti delle minoranze e delle forze politiche dell'opposizione, le quali sono così poste in condizione di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza»; così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 53, che evidenziano altresì come l'attribuzione di tale compito al potere legislativo consenta di evitare forme di arbitrio dell'esecutivo e del giudiziario, sempre nella prospettiva di garantire al meglio le libertà dei singoli, ricorrendo alla coercizione penale solo per la tutela di interessi ritenuti rilevanti dalla collettività. Sulla capacità del procedimento legislativo di garantire il confronto democratico tra maggioranza e opposizione, si veda anche G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.

⁵⁰ Sul punto, cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2019, 785 ss. che individua nell'art. 25, comma 2, Cost. «un generalizzato divieto di transito» che la Corte costituzionale incontrerebbe quando si ritrova al cospetto della discrezionalità legislativa. Un divieto che trova fondamento – in particolare in materia penale – nella priorità della legge, «punto d'arrivo privilegiato del processo di integrazione politica cui partecipano i soggetti della sovranità popolare». Una priorità che, tuttavia, come evidenzia l'Autore, riverbera i propri effetti più sul rapporto tra *organi* che sul rapporto tra *fonti*.

⁵¹ Su cui si vedano F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., L-LII e M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 8 ss. che individua soprattutto nella mancata riforma del Codice penale del 1930 una delle principali cause dell'attuale crisi della legalità penale: la sua contraddittorietà con la scala di valori espressi nella Costituzione implicherebbe, infatti, una rinuncia *a priori* a dar vita un sistema penale coerente ed organico, richiedendo che *tutte* le norme del Codice vengano interpretate in maniera conforme a Costituzione. Si veda, altresì, D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 39 s. che individua nell'elemento dell'*anacronismo* della norma penale – desunto da dati storici, comparatistici e talvolta sociologici – l'argomento fattuale spesso e sempre più frequentemente utilizzato dalla Corte «per la potatura di rami secchi, o per riequilibrare assetti normativi che nessuno più avrebbe giudicato equilibrati». Si consideri, infine, l'analisi di F. PALAZZO, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, n. 7/2019, 2398 ss., secondo cui «soprattutto in materia penale, il nostro sistema ha raggiunto un grado intollerabile di caoticità ed ingovernabilità: già da tempo terreno di scorriere per campagne schizofreniche di repressivismo elettorale o di ammorbidenti efficientistici, il sistema sembra ora inclinare verso involuzioni consumate alla duplice insegna di un accanito moralismo punitivo o di obiettivi falsamenti securitari». Secondo l'Autore, tale situazione lacera «i valori contenutistici di riferimento di un diritto penale costituzionalmente orientato» e rende impossibile «mantenere una trama di razionalità e calcolabilità delle soluzioni».

tradizionalmente nella piena discrezionalità del legislatore penale. Anzi, se è più facile dedurre dalla Costituzione quali beni fondamentali il legislatore sia tenuto a tutelare con l'incriminazione, con maggiore difficoltà si può evincere, dalle stesse previsioni costituzionali, quale sia il livello di protezione che deve essere loro riconosciuto, sulla base della loro maggiore o minore rilevanza⁵². In altri termini, risulta senza dubbio più arduo rinvenire in Costituzione il *grado* di "fondamentalità" degli interessi che la norma incriminatrice mira a tutelare e che si esprime nella *quantificazione* della gravità di una loro lesione e, correlativamente, della sanzione. Quindi, su quest'ultimo punto – che non riguarda l'*an*, ma il *quantum* e il *quomodo* della sanzione penale – la discrezionalità del legislatore è inevitabilmente più ampia⁵³.

Eppure, anche in tale ambito, la Corte costituzionale ha mostrato un interventismo sempre maggiore. Il caso più emblematico – e forse più evidente – è quello della recente sentenza 23 gennaio 2019, n. 40. Con tale decisione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sanzione prevista dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 (Testo unico sugli stupefacenti), che puniva con la reclusione da otto a venti anni i casi "non lievi" di coltivazione, fabbricazione, cessione, vendita, illecita detenzione, *etc.*, di droghe pesanti. In particolare, la Corte ha ritenuto illegittima la pena minima prevista per tali reati (cioè quella di otto anni di reclusione) e, adottando un dispositivo di natura manipolativa, ha *sostituito* detta pena con quella di sei anni. Ad avviso della Corte, infatti, la pena originaria era manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità delle condotte contemplate dalla norma incriminatrice, soprattutto se raffrontata al massimo edittale del reato che punisce le medesime condotte nei casi di "lieve entità" (art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, che prevede la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni). Un'anomalia sanzionatoria idonea a determinare una violazione degli artt. 3 e 27 Cost. e a porsi in contrasto con il principio di proporzionalità della pena e con la sua funzione rieducativa che da tali articoli si ricavano⁵⁴.

Al di là del merito della questione, tale sentenza risulta di particolare interesse poiché rappresenta una delle manifestazioni più compiute delle nuove tendenze sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte del Giudice delle leggi.

In primo luogo, la Corte affronta un punto che si rivela centrale nella decisione in esame e che – a parere di chi scrive – può considerarsi la vera forza propulsiva che si cela a fondamento del

⁵² Sul punto si vedano A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 192 ss. e F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1973, 15 ss.

⁵³ A tal riguardo, cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1998, 350 ss., spec. 371 ss., secondo cui questo «maggiore tasso di discrezionalità legislativa» non dipenderebbe da una competenza più estesa – e tantomeno "esclusiva" – del legislatore nel quantificare il trattamento sanzionatorio. «Dipende piuttosto dalla difficoltà di razionalizzare il passaggio dal piano qualitativo delle valutazioni sull'*an* e sull'ampiezza della tutela al piano quantitativo della misura della pena ottimale alla realizzazione di quella tutela». E questo perché il giudizio sul *quantum* – evidenzia l'Autore – è «per forza di cose relativo e non assoluto», essendo nella sostanza impossibile instaurare «una corrispondenza biunivocamente necessaria ("giusta", "esatta", "costituzionalmente obbligata") tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena».

⁵⁴ Con frequenza sempre maggiore, gli artt. 3 e 27 Cost. vengono posti, assieme, a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale relative a un trattamento sanzionatorio in materia penale, specie quando viene contestata la sua *intrinseca* sproporzionalità rispetto alle condotte contemplate dalla norma incriminatrice. Sulla proporzionalità della pena, si veda F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 723 s., secondo cui essa rappresenta un «limite logico all'esercizio del potere punitivo dello Stato di diritto» ed esprime «un'elementare esigenza di giustizia». Quest'ultima trova fondamento costituzionale – e deve quindi essere obbligatoriamente perseguita dal legislatore – proprio negli artt. 3 e 27 Cost.: il principio di eguaglianza implica che situazioni diverse siano trattate in maniera ragionevolmente differenziata, richiedendo quindi che vi siano «vincoli di coerenza punitiva intrasistematica tra i vari tipi di reati»; l'art. 27 Cost., specie nei suoi commi 1 e 3, impone la *giustizia* del trattamento sanzionatorio, «intrinseca al carattere personale della responsabilità e presupposto dell'azione rieducatrice della pena».

mutamento in atto nella giurisprudenza costituzionale sulla discrezionalità del legislatore: quello dello scorrere del tempo nel perdurare dell'inerzia legislativa. Un'inerzia che risulta ancor più colpevole quando l'intervento del legislatore è stato già sollecitato con un monito dello stesso Giudice delle leggi per "correggere", in senso conforme a Costituzione, una disciplina già ritenuta incostituzionale ma non dichiarata tale per mancanza di una rima obbligata. Difatti, la sentenza n. 40 del 2019 si pone in stretta correlazione con una decisione precedente, vale a dire la sentenza 7 giugno 2017, n. 179, sollevata sulla medesima questione. Pur rilevando già in quella sede il *vulnus* costituzionale, il Giudice delle leggi aveva dichiarato la questione inammissibile, proprio perché l'anomalia sanzionatoria era «rimediabile con plurime opzioni legislative»⁵⁵. Mancava, in altri termini, la "rima obbligata". Non è mancato, invece, come di consueto, il monito nei confronti del legislatore, nell'auspicio di un suo rapido intervento per soddisfare il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio. Dalla lettura della sentenza n. 179 del 2017, tuttavia, emerge chiaramente come si tratti di un richiamo decisamente più stringente di quelli che di consueto si trovano nelle pronunce della Corte, volto ad evidenziare un'evidente intollerabilità di ulteriore inerzia legislativa oltre che a palesare la "minaccia" di una futura dichiarazione di incostituzionalità⁵⁶.

Ebbene, lo scorrere del tempo e il mancato ascolto di tale monito hanno inciso anche su tale fattispecie, rendendo non più tollerabile la sussistenza nell'ordinamento di una pena già ritenuta incostituzionale, consentendo di superare i tradizionali vincoli sul rispetto della discrezionalità legislativa⁵⁷. Così, tornata nuovamente sulla questione, a distanza di circa due anni, con la sentenza n. 40 del 2019, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione in questione, nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni. Tuttavia, nel farlo, la Corte ha deciso di superare espressamente il vincolo delle "rime obbligate" e della presenza di un'unica soluzione compatibile con la Costituzione ai fini dell'accoglimento, adottando una manipolativa "classica" – una sostitutiva – con cui un certo quantitativo di pena previsto per un reato (otto anni) viene sostituito con un altro (sei anni), puntualmente individuato dalla Corte.

A tal riguardo occorre una breve precisazione. Le decisioni con cui il Giudice delle leggi dichiara l'incostituzionalità di una misura sanzionatoria in materia penale non rappresentano certo una novità nell'ambito della giurisprudenza costituzionale. Anzi, con una certa frequenza la Corte ha sindacato la legittimità delle scelte legislative sulla dosimetria della pena, specie nel caso di contrasto con il principio di proporzionalità (quando non vi è corrispondenza tra la gravità del fatto previsto come reato e la sanzione per esso astrattamente prevista) e di previsioni sanzionatorie

⁵⁵ Corte cost., sentenza 7 giugno 2017, n. 179; punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Sul punto, a commento della successiva sentenza n. 40 del 2019, si veda R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, II, 967 ss. L'Autore evidenzia proprio come il problema di accertare ma non (poter) dichiarare l'incostituzionalità – come avvenuto nella decisione del 2017 – determini un duplice *vulnus*: anzitutto vi è quello specifico e puntuale alla Costituzione, ulteriormente aggravato dalla permanenza della norma illegittima e dalla conseguente *protrazione* della violazione delle disposizioni costituzionali; in secondo luogo, si determina un *vulnus* "di sistema", «consistente nella mancanza di potere da parte della Corte di dichiarare incostituzionali norme che risultano illegittime, determinandosi così i presupposti per una deriva strutturale del nostro ordinamento».

⁵⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 652 ss., che vede nella sentenza n. 40 del 2019 il "consolidamento" del nuovo orientamento giurisprudenziale, inaugurato con la sentenza n. 222 del 2018, alla luce del quale è proprio il mancato ascolto di un precedente monito della Corte a rappresentare la causa di una *attenuazione* del limite della discrezionalità legislativa (come si vedrà più approfonditamente *infra*).

differenziate tra fattispecie omogenee⁵⁸; ipotesi in cui veniva contestato un uso distorto della discrezionalità del legislatore, concretizzatosi in scelte sanzionatorie palesemente arbitrarie o ingiustificate⁵⁹.

Tuttavia, in particolare a partire dalla sentenza 10 novembre 2016, n. 236 – sulla legittimità costituzionale del quadro edittale previsto per il reato di alterazione dello stato civile del neonato (art. 567, secondo comma, c.p.) – la Corte costituzionale ha cominciato a dichiarare l’illegittimità costituzionale di un trattamento sanzionatorio in materia penale alla luce della sua *irragionevolezza intrinseca*, sulla base di «un rapporto “interno” di proporzione, che prescinde dalla ricerca di un *tertium comparationis*»⁶⁰. In tale occasione, però, la nuova sanzione individuata dalla Corte viene

⁵⁸ Tale impostazione può farsi risalire alla sentenza 5 maggio 1979, n. 26 ove, pur ribadendosi che le valutazioni sulla congruenza fra reati e pene appartengono alla politica legislativa, si evidenzia che non può escludersi «il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumono una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate» (punto n. 1 del *Considerato in diritto*). Più di recente, tale orientamento è stato ribadito espressamente, tra le altre, dalle sentenze n. 394 del 2006 e n. 81 del 2014, quest’ultima con commento di N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, 55 ss.; o anche dalle ordinanze n. 71 del 2007 e 169 del 2006 che, invece, si concludono nel senso dell’inammissibilità per discrezionalità del legislatore proprio perché non riscontrabile un uso arbitrario o distorto di tale discrezionalità in merito al trattamento sanzionatorio delle fattispecie censurate e, quindi, per la mancata violazione del principio di ragionevolezza.

⁵⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 374, che evidenzia come inevitabilmente il controllo di costituzionalità sulla pena – rispetto a quello sul contenuto della norma incriminatrice – abbia una sua peculiare natura, «tale da giustificare in effetti quell’apparente *fin de non recevoir* opposta a lungo dalla Corte e, comunque, il rigore (almeno apparente) di quella condizione del sindacato individuata nella manifesta, abnorme, crassa irragionevolezza della previsione sanzionatoria». Sul punto, possono riprendersi anche le considerazioni di P. CARNEVALE, *Il controllo di costituzionalità limitato alla evidenza del vizio ovvero del come la Corte può aggredire spazi politicamente sensibili senza fare politica*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, 53 ss. secondo cui, per attenuare la portata politica di quelle pronunce della Corte costituzionale che incidono in ambiti astrattamente propri della politica, il Giudice delle leggi potrebbe limitarsi, in tali casi, a sindacare «l’invalidità evidente, la macroscopica violazione, l’incompatibilità manifesta, cioè a dire quelle situazioni di viziosità “estrema” della norma in cui il carattere di eccezionalità non sta tanto ad indicare la gravità della difformità alla Costituzione, ma la soglia di sanzionabilità di quella difformità». Ad avviso dell’Autore, tale impostazione – al di là di quanto potrebbe risultare *prima facie* – non crea una distinzione tra diverse aree di illegittimità sanzionabile e non sanzionabile, né riduce la sfera del controllo di legittimità costituzionale, ma consente un opportuno «riposizionamento del confine tra legittimità e merito», facendo sì che il *vizio evidente* resti l’unica forma di illegittimità conoscibile.

⁶⁰ Così E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, IV, 1956 ss., spec. 1959, a commento della sentenza in esame. Su tale decisione – per quanto attiene in particolare l’importanza dell’aver iniziato a sindacare un trattamento sanzionatorio perché “intrinsecamente irragionevole” – si veda F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, 61 ss., spec. 62. L’Autore evidenzia infatti come, proprio con la sentenza n. 236 del 2016, la Corte costituzionale abbia iniziato a strutturare le proprie motivazioni «non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno all’irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell’esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all’importanza del fine perseguito attraverso l’incriminazione». Sul punto, si veda anche V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, VI, 2105 ss., che mette in luce come l’irragionevolezza riscontrata nella sentenza n. 236 del 2016 non si radica, per l’appunto, in un’asimmetria sistematica, «ma è tutta interna al giudizio di meritevolezza di pena, ed alla sua dosimetria legislativa segnata dal *quantum* della sanzione». Delle criticità rispetto a questo possibile epilogo del giudizio di costituzionalità sulla pena sono state precedentemente evidenziate da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit. 368 ss. Secondo l’Autore, infatti, la possibilità di valutare la proporzionalità del *quantum* di pena, alla luce della relazione tra disvalore del bene e del fatto e la conseguente entità della risposta sanzionatoria, si caratterizza per una evidente «eterogeneità delle grandezze a confronto». Una caratteristica che rende «pressoché indispensabile cercare di razionalizzare il giudizio attraverso l’uso del *tertium comparationis*». Difatti, per cogliere la correttezza nella corrispondenza tra un fatto criminoso e una

ancora ritenuta «l'unica soluzione praticabile»⁶¹ per determinare il nuovo quadro sanzionatorio, vale a dire l'unica a rime obbligate.

Un primo segnale di cedimento di tale “baluardo” della discrezionalità legislativa si è avuto, invece, con la sentenza 25 settembre 2018, n. 222. Con tale decisione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. Legge fallimentare) nella parte in cui prevedeva la necessaria comminazione di pene accessorie di durata fissa decennale per coloro che venivano condannati per bancarotta fraudolenta, anziché prevedere la possibilità, per i giudici, di determinare discrezionalmente la durata di tali pene. Nel dichiarare l'incostituzionalità il Giudice delle leggi, non solo ha deciso di prescindere dalla sussistenza di un *tertium comparationis* su cui parametrare l'illegittimità della disposizione sindacata, ma ha anche ritenuto di poter superare il limite delle rime obbligate, utilizzando una pronuncia manipolativa a prescindere dalla sussistenza di un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima⁶². Un epilogo reso possibile, ancora una volta, a causa della mancata risposta del legislatore rispetto al precedente monito della Corte sulla medesima questione (che in precedenza, con la sentenza 21 maggio 2012, n. 134, era stata risolta con una dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa)⁶³.

A ben vedere, anche la sentenza n. 40 del 2019 si inserisce all'interno di tale orientamento. Con essa il Giudice delle leggi è riuscito a farsi spazio nel terreno della discrezionalità legislativa come mai avvenuto prima, passando attraverso la breccia aperta con la possibilità di sindacare la manifesta irragionevolezza intrinseca di un trattamento sanzionatorio e il correlato abbandono del *tertium comparationis* (sentenza n. 236 del 2016), poi ampliata notevolmente con la possibilità di uno scardinamento tra interventi di natura manipolativa e fondamento delle rime obbligate (sentenza n. 222 del 2018). Tuttavia, la sentenza n. 40 del 2019 sembrerebbe caratterizzarsi per un tentativo maggiormente scrupoloso di individuare la legittimazione di tale sconfinamento, con

determinata misura di pena, deve verificarsi «se quel rapporto reato/pena sia proporzionato non in sé ma alla stregua, a confronto di un altro rapporto reato/pena che (implicitamente) si assume invece come proporzionato (“giusto”, “esatto”))».

⁶¹ Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

⁶² Cfr. Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, punto n. 8.1 del *Considerato in diritto*. Parte della dottrina ha accolto con scetticismo lo scardinamento dal fondamento delle rime obbligate operato con la sentenza in esame. Fra tutti, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss., spec. 264 ss., che individua la causa di detto scardinamento in un utilizzo ormai degenerato del principio di ragionevolezza, la cui assenza di limiti renderebbe il controllo di costituzionalità un giudizio sempre più *libero*. Della sentenza n. 222 del 2018 vengono criticati in particolare i «salti logico-argomentativi», funzionali essenzialmente a far ottenere alla Corte il risultato voluto, vale a dire la pena ritenuta proporzionata e personalizzata, benché «priva di un referente oggettivo e *omogeneo*» (*ivi*, 265). Ad avviso dell'Autore, questa nuova connotazione della ragionevolezza, che viene ridotta a «*proporzionalità a rime libere*», minerebbe in radice la legittimazione di una Corte costituzionale che sempre più si sostituisce al legislatore, stabilendo «il disvalore sociale di una condotta individuale» e prescrivendo «la relativa sanzione» (*ivi*, 268). Alla sentenza in esame è anche dedicato un passaggio della *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, Roma, 21 marzo 2019, 17, reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it, ove il Presidente Lattanzi chiarisce che, nonostante con la decisione in esame lo spazio di azione della Corte risulti più ampio rispetto al passato, «la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso a *scegliere* una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito» (corsivi aggiunti).

⁶³ Parte della dottrina ritiene correttamente che siano stati proprio il protrarsi dell'inerzia legislativa e il mancato ascolto di un precedente monito della Corte ad aver fondato e giustificato la possibilità, per quest'ultima, di superare la necessaria sussistenza di una soluzione a “rime obbligate” quale originario limite per adottare pronunce di natura manipolativa. Si veda, in particolare, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 648 ss.

argomenti che non sono solo strettamente giuridici o comunque riferibili alla questione sindacata ma, se così si può dire, anche di natura istituzionale. Ne è emersa, in maniera nitida, l'esigenza di dover raggiungere zone d'ombra nel giudizio di costituzionalità che l'inerzia del legislatore ha impedito, per troppo tempo, di mettere in luce.

Così, a fondamento della decisione, nella sentenza si legge che la nuova misura sanzionatoria individuata dalla stessa Corte, «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificatamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore»⁶⁴. In questo modo, facendo proprie le indicazioni provenienti dal giudice remittente, la Corte ha ritenuto tale soluzione *costituzionalmente adeguata, benché non obbligata*. Il tempo trascorso dal monito inascoltato ha logorato i confini della discrezionalità legislativa, rendendoli più facilmente valicabili; l'incostituzionalità è divenuta non più tollerabile e, di conseguenza, i limiti dell'intervento manipolativo si sono affievoliti, dando vita ad una sorta di rivoluzione di metrica: parafrasando la sentenza n. 40 del 2019, sembrerebbe che ci si possa ormai accontentare di “rime adeguate”, anziché pretendere la sussistenza di “rime obbligate”.

In particolare, nella motivazione, viene chiarito come il protrarsi dell'inerzia legislativa abbia reso non ulteriormente differibile l'accoglimento della questione. Passaggio che evidenzia come «la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite “relativo” per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato “seguito” all'invito ad esercitarla in concreto»⁶⁵. Quindi, a ben vedere, l'inerzia legislativa (o meglio: il suo protrarsi) svolge un ruolo decisivo al fine, non della determinazione dell'incostituzionalità – che è stata già rilevata – ma dell'accoglimento della questione⁶⁶. Un accoglimento che diviene inevitabile anche a fronte di situazioni potenzialmente coperte dal limite della discrezionalità del legislatore. Perché delle due l'una: o il legislatore, con la sua inattività, mostra di voler mantenere la legge (incostituzionale) come regola stabile⁶⁷, oppure non ha avuto la

⁶⁴ Corte cost., sentenza n. 40 del 2019, punto n. 5.3 del *Considerato in diritto*. In particolare, per determinare la nuova “cifra” da attribuire al minimo edittale, in sostituzione di quella illegittima, il Giudice delle leggi decide di fare propria l'indicazione proveniente dal remittente e, dopo una rigorosa opera di ricostruzione dei trattamenti sanzionatori in materia di stupefacenti (alla luce sia di quanto previsto per le fattispecie affini sia dell'evoluzione normativa), individua in sei anni di reclusione la nuova misura “più conforme” a Costituzione.

⁶⁵ Così M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 650. Ciò non vuol dire – prosegue poi l'Autore – che la discrezionalità legislativa non rappresenti un “limite” per la Corte nell'ambito del giudizio di costituzionalità, ma che ad esso non può riconoscersi una valenza *assoluta*. Se fosse diversamente, se cioè esso valesse come limite invalicabile da parte della Corte, «vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione (che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione), almeno laddove non sia possibile un'integrazione giurisprudenziale dell'enunciato che possa dirsi, in senso stretto, a “rime obbligate”» (*ivi*, 664). Un'eventualità che – secondo l'Autore – si porrebbe in contrasto con la stessa ragion d'essere della Corte costituzionale, vale a dire quella di assicurare la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi.

⁶⁶ Un riflesso della natura *graduata* dell'incostituzionalità – che si è tentato di mettere in luce nel precedente paragrafo – consiste proprio nella possibilità di scindere il momento del suo accertamento da quello della sua dichiarazione (sul punto, si veda *supra*, nota n. 40). Difatti, come evidenzia F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., 150-152, anche per quanto riguarda il *riconoscimento* (dichiarazione) si è davanti ad un *processo* che, proprio in quanto graduato, può subire degli “arresti” per rendere possibile, promuovere o consentire un intervento volto a ripristinare la legalità costituzionale violata. E dal momento che questo è un compito che compete naturalmente e istituzionalmente in primo luogo al legislatore, la Corte costituzionale ben «potrà graduare il riconoscimento dell'incostituzionalità *rinviano la dichiarazione* nella sua forma compiuta dell'annullamento».

⁶⁷ Come già prospettava G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 311.

prontezza o la forza politica di esercitare tempestivamente tale discrezionalità in concreto, come richiesto nella pronuncia dalla Corte⁶⁸.

Ecco, allora, che il mancato intervento del legislatore nel tempo può far raggiungere alla disciplina già ritenuta illegittima un “grado” di incostituzionalità tale da *non essere più tollerabile*. Il nuovo bilanciamento operato dal Giudice delle leggi porterà allora ad esiti opposti rispetto a quello precedente: la discrezionalità legislativa non potrà più prevalere su una dichiarazione di incostituzionalità rinviata troppo a lungo e l’unica via percorribile sarà quella dell’accoglimento, dell’«estrema ratio»⁶⁹.

5. Brevi considerazioni conclusive, alla luce delle potenzialità insite nell’ordinanza n. 207 del 2018 sul c.d. “caso Cappato”

Non vi è dubbio che decisioni come quella sopra richiamata, pur trovando una valida giustificazione, rischino di esercitare un’eccessiva pressione sugli equilibri istituzionali. La drasticità e la consapevolezza con cui la Corte ha mostrato di poter superare il fondamento delle rime obbligate, che da decenni conforta(va) la dottrina costituzionalistica anche a fronte delle decisioni più ardite della giurisprudenza costituzionale, rischiano di lasciare un retrogusto amaro o quantomeno alcune perplessità anche in chi – come chi scrive – confida nella necessaria preminenza del principio di legittimità costituzionale, pur nella consapevolezza che esso debba poter valere anche sull’esercizio di una discrezionalità legislativa colpevolmente inerte. Tuttavia, non può negarsi che esse rispondano a un’esigenza concreta: quella, già anticipata, di evitare che si creino zone d’ombra su cui la Corte costituzionale difficilmente riuscirebbe ad arrivare ogni volta che dovesse trovarsi davanti al muro dell’inerzia legislativa. Un muro che diventa non più tollerabile quando sono in gioco diritti fondamentali (come nel caso della sentenza n. 40 del 2019) o valori che destano l’attenzione della società civile⁷⁰. Di certo l’auspicio rimane sempre lo stesso, vale a dire quello che il legislatore possa dare maggiore seguito ai richiami della Corte costituzionale, nell’ottica di una collaborazione volta al rispetto del principio di legalità costituzionale.

Tuttavia, non si può nascondere che tra Corte e legislatore sia stata la prima a sforzarsi maggiormente per rendere fruttuoso il rapporto. Tra le righe delle sue pronunce, infatti, si nota costantemente la ricerca di un dialogo con il legislatore, nella perdurante preoccupazione di non ledere la sua sfera di discrezionalità, pur nella consapevolezza di non poter rinunciare al corretto

⁶⁸ Sul punto, si veda F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1650 ss., spec. 1651, le cui considerazioni, senza dubbio alquanto risalenti rispetto al periodo preso in esame, mantengono ad oggi tutta la loro attualità. In particolare, l’Autore già metteva in luce come il timore della Corte di non produrre vuoti nell’ordinamento fosse acuito dall’effettiva inerzia del legislatore, il quale – ed è questo il punto – «il più delle volte, ha non soltanto tollerato, ma anche favorito l’opera di “supplenza” della Corte. Il dato di fatto concreto è, dunque, quello di una sostanziale adesione del legislatore all’opera della Corte». Tale situazione genera inevitabilmente una «responsabilità storica» degli organi legislativi, a cui spetta il compito di dare attuazione ai principi e ai programmi consacrati in Costituzione. Una valutazione che, a ben vedere, come anticipato, trova fondamento ancora oggi.

⁶⁹ Così F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., 151.

⁷⁰ Attenzione nei confronti della quale la Corte sembra, negli ultimi anni, essere particolarmente sensibile, come dimostra l’inedito utilizzo dei comunicati stampa, anticipatori rispetto alla pubblicazione delle decisioni. Sul tema, cfr. D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. soc.*, n. 2/2018, 255 ss., spec. 274 ss. e, sul comunicato stampa quale strumento del potere di esternazione presidenziale, cfr. C. TOMBA, *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, 251 s.

esercizio della propria funzione di garanzia costituzionale. Non vi è dubbio, allora, che la graduale “sperimentazione” delle tecniche decisorie «possa essere letta come espressiva di una precisa volontà non solo e non tanto di evitare la creazione di vuoti normativi ma di non sconfinare nell’ambito proprio della politica»⁷¹.

Sotto tale profilo, non si può trascurare l’ordinanza n. 207 del 2018, sul noto “caso Cappato”, che rappresenta un vero e proprio *unicum* negli oltre sessant’anni di attività della Corte costituzionale⁷². Si tratta, infatti, di un’inedita tecnica decisoria – che può definirsi “ordinanza di incostituzionalità prospettata”⁷³ – tra le cui ragioni d’essere vi è anche quella di collaudare uno strumento che consenta di prevenire eventuali frizioni con il legislatore, soprattutto considerando la delicatezza delle questioni sottese.

Nell’ordinanza in esame, a fronte di alcuni profili di illegittimità nella disciplina del reato di aiuto al suicidio di cui all’art. 580 c.p.⁷⁴, la Corte si mostra lucidamente consapevole dell’insuccesso che, negli anni, hanno mostrato quelle tecniche decisorie di consueto utilizzate in casi analoghi e che richiederebbero una pronta risposta da parte del legislatore. Anche in questo caso, il mero accoglimento è stato escluso – almeno nella prima fase del giudizio – data la sussistenza di plurime soluzioni differentemente declinabili sulla base di scelte discrezionali, rispetto alle quali l’intervento del legislatore risulta ancor più doveroso, alla luce della natura eticamente sensibile dei profili coinvolti. Ma viene esclusa anche la possibilità di ricorrere alla dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa – così come, sebbene non espressamente, ad un’additiva di principio – poiché la delicatezza della questione e l’importanza dei valori ad essa sottesi rendono impraticabile la via di soluzioni che tengano la disciplina incostituzionale in vita, nell’attesa di un incerto intervento normativo.

Così, facendo leva «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»⁷⁵, la Corte decide di “combinare” una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata con un *contingentamento dei tempi* a disposizione del legislatore. A tal fine, viene disposto il *rinvio* della trattazione delle questioni ad una data fissa, in modo da lasciare ad esso circa un anno per superare l’incostituzionalità, seguendo le indicazioni della Corte.

⁷¹ Così M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 96 s.

⁷² Si tratta di una decisione che offre numerosissimi spunti di riflessione e pone numerosi interrogativi, sia sul piano del diritto sostanziale, sia su quello del diritto processuale costituzionale e che, per tale ragione, non può essere approfondita adeguatamente in questa sede. Tra i numerosi commenti, si veda, almeno, AA. VV., *Il forum sull’ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019, 155 ss., in cui si propongono risposte ai diversi interrogativi sollevati dalla pronuncia *de qua*.

⁷³ Secondo la definizione presente nella già citata *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull’attività svolta nell’anno 2018*, cit., 12.

⁷⁴ Con l’ordinanza in esame la Corte si è pronunciata, in via interlocutoria, sulla legittimità costituzionale della disciplina prevista dal Codice penale per il reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). In particolare, pur riconoscendo la compatibilità con la Costituzione della disciplina censurata, la Corte ha rilevato dei profili di incostituzionalità nella previsione del divieto di aiuto al suicidio espresso in termini *assoluti*, che si manifesta in un vuoto di tutela per quei soggetti le cui condizioni cliniche impediscono di usufruire delle garanzie che l’ordinamento predispone per tutelare il principio di autodeterminazione nelle scelte di fine vita. Tale situazione è riscontrabile in tutti quei casi in cui una persona sia «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto n. 8 del *Considerato in diritto*). Per quanto riguarda le ragioni che hanno spinto la Corte d’Assise di Milano a sollevare la questione di legittimità costituzionale, si veda S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *federalismi.it*, n. 10/2018, 1 ss.

⁷⁵ Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

Un termine che, ancora una volta, è scaduto infruttuosamente. Difatti, alla data di rinvio prevista dall'ordinanza (24 settembre 2019), la Corte è nuovamente intervenuta sulla questione – con una decisione il cui contenuto è stato sommariamente anticipato dal *Comunicato del 25 settembre 2019*, rilasciato dall'Ufficio Stampa della Corte costituzionale⁷⁶ – dovendo constatare l'evidente mancato intervento del legislatore nel dar seguito ai richiami contenuti nell'ordinanza n. 207 del 2018. Dato il tenore di tale comunicato, al momento non sembrerebbe possibile svolgere delle fondate considerazioni in merito alla pronuncia adottata e si dovrà quindi attendere il deposito per cogliere la portata del dispositivo e delle relative motivazioni. Può solo anticiparsi che il Giudice delle leggi ha inevitabilmente deciso di “tenere il punto”, affermando che si possa escludere la punibilità di chi agevola l'esecuzione di un proposito suicida, purché ciò avvenga nel rispetto di determinate e limitate condizioni⁷⁷.

Tuttavia, pur nella consapevolezza che l'ordinanza n. 207 del 2018 non abbia rappresentato per il legislatore uno strumento stimolante al punto da assicurarne l'intervento, a parere di chi scrive la nuova tecnica decisoria cela delle potenzialità tali da non rappresentare un insuccesso, anche a fronte del mancato seguito legislativo⁷⁸. Al di là della soluzione che la Corte deciderà di adottare – visto che, allo stato, si prospettano diverse strade percorribili per superare l'incostituzionalità – l'intento lodevole perseguito con tale pronuncia è quello di aver arginato i tempi dell'incertezza, di aver puntualmente indicato un termine oltre il quale l'incostituzionalità non è più tollerabile.

Con alcune rilevanti ripercussioni dal punto di vista giuridico. In primo luogo, il rinvio della trattazione non pregiudica la posizione giuridica soggettiva del giudizio *a quo*, che ovviamente rimane sospeso. In secondo luogo, la motivazione dell'ordinanza di rinvio rende – almeno in termini probabilistici – non manifestamente infondate questioni analoghe; per cui, di riflesso, tale ordinanza dà copertura anche a situazioni soggettive simili a quella del giudizio *a quo*. Infine, come anticipato, la Corte ha inaugurato la possibilità di dettare “il calendario dei lavori”, di anticipare

⁷⁶ Il testo completo del comunicato, dal titolo «*In attesa del Parlamento la Consulta si pronuncia sul fine vita*», è reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it.

⁷⁷ Alcune delle quali emergono già dallo stesso comunicato. Per quanto riguarda le situazioni soggettive coinvolte, sembrerebbe che l'agevolazione debba necessariamente riguardare il proposito suicida di chi si trovi nelle condizioni cliniche già prospettate dall'ord. n. 207 del 2018 (per le quali si veda *supra*, nota n. 74). A ciò aggiunge che la non punibilità è subordinata, da un lato, alla necessità di rispettare le modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017); dall'altro lato, dalla preventiva verifica delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica facente parte del Servizio Sanitario Nazionale, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

⁷⁸ Va da sé che, se invece all'ordinanza n. 207 del 2018 il legislatore avesse dato seguito, la Corte avrebbe potuto registrare un risultato ancor più importante. Non a caso è quanto si auspicava nella più volte citata *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 9, ove si ammette che tale decisione rappresenta «una tecnica che sarebbe destinata a maggior impiego e successo se il Parlamento sapesse trarne spunto per avviare le dovute riforme legislative, ciò che purtroppo non sempre accade». Questa (ormai vana) speranza esprime in realtà la summenzionata esigenza di una collaborazione istituzionale tra Corte e Parlamento la cui realizzazione – si aggiunge – avrebbe portato anche a superare alcune di quelle perplessità con cui è stata accolta l'ordinanza sul caso Cappato. Proprio perché, a ben vedere, la maggior parte delle critiche sono mosse all'inventiva della Corte in sé più che al singolo strumento decisorio, un eventuale “successo” in termini di seguito legislativo avrebbe consentito al Giudice delle leggi di consolidare il suo utilizzo, dando vita ad un rapporto potenzialmente fruttuoso. Sul punto si veda GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 57 ss., che individua il problema dell'abuso del diritto processuale costituzionale, non tanto nella possibilità di escogitare soluzioni creative, anche sul piano delle tecniche decisorie, quanto nell'uso «aleatorio e, dunque, imprevedibile» delle stesse norme processuali. E questo perché il rischio che si cela dietro la mancata stabilizzazione di inedite tipologie di decisioni è quello di dar vita a «prodotti “usa e getta” – cioè casi isolati e, in quanto tali, anomali – ovvero a uso occasionale, con buona pace dei principi di certezza del diritto e di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge».

l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa, senza che sia costretta ad attendere un'eventuale e temporalmente incerta sollevazione della medesima questione di legittimità.

Il vantaggio che si cela nell'utilizzo di una tecnica di questo tipo è che, rispetto a decisioni che si concludono con una semplice esortazione dell'intervento legislativo, il rinvio della trattazione a termine fisso sottintende un giudizio di tollerabilità – e di conseguenza di *intollerabilità* – della presenza nell'ordinamento della norma incostituzionale. Anche se non può trascurarsi che l'individuazione di questo termine è inevitabilmente caratterizzata dalla sensibilità – e quindi in buona misura dalla discrezionalità – del collegio.

Le tecniche analizzate nei paragrafi precedenti, anch'esse mosse dall'esigenza di contemperare la funzione di garanzia costituzionale con il rispetto della discrezionalità legislativa, finiscono per far prevalere quest'ultima fino ad un punto di rottura, che si raggiunge nel momento in cui la presenza nell'ordinamento della norma incostituzionale risulti non più tollerabile. Invece, una decisione come l'ordinanza n. 207 del 2018 consente di individuare *a priori* un termine ragionevole, per contemperare due diverse esigenze: da un lato, lasciare al legislatore il tempo necessario per dettare la disciplina della materia affetta da incostituzionalità, nel rispetto delle sue valutazioni discrezionali; dall'altro, contingentare temporalmente tale intervento, lasciando aperta la porta di una (eventuale) incostituzionalità, a cui il legislatore è già stato preparato e su cui, di conseguenza, ricadrà la responsabilità del mancato intervento.

Può apprezzarsi, quindi, il tentativo di coniare un nuovo e ulteriore strumento di dialogo con il legislatore, mosso da «uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»⁷⁹ che, tuttavia, provi a limitare le disfunzioni che l'inerzia legislativa da sempre porta con sé, a beneficio della certezza del diritto e della tutela delle situazioni giuridiche coinvolte.

⁷⁹ Come afferma la stessa Corte, in chiusura del punto n. 11 del *Considerato in diritto*, dell'ord. n. 207 del 2018.