

ASSETTI ISTITUZIONALI E DEROGHE PROCESSUALI

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il sindacato sulle leggi elettorali politiche. - 3. Il contenimento degli effetti retroattivi della decisione di incostituzionalità. - 4. L'intervento sulla misura delle sanzioni penali stabilite dal legislatore. - 5. Conclusione.

1. Premessa

La recente evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale ha alterato sensibilmente ed in modo non “virtuoso” l’assetto dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale, la giurisdizione ordinaria e la sfera della politica¹. Le regole processuali rivestono la primaria importanza di garantire l’esistenza di un determinato assetto istituzionale e di valori, al cui presidio sono poste²; in esso trovano la loro giustificazione e consentono di affermare che la forma è sostanza, perché quella che può apparire una mera questione procedurale è in realtà una questione sostanziale che investe non solo il ruolo della Corte, dei giudici comuni e del Parlamento in astratto, ma soprattutto il loro “posto” nel sistema costituzionale, così come delineato nel nostro ordinamento.

* Dottore magistrale in Giurisprudenza presso l’Università di Torino.

1 Sul tema del rapporto tra giustizia costituzionale e politica cfr. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 315 ss.; E. GROSSO, *Corte dei diritti e Corte dei poteri. Brevi note sulla responsabilità del giudice costituzionale di fronte allo spirito del tempo*, in A. GIORGIS – E. GROSSO – J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, pp. 403 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale «in-politica»: dentro la politica o implicata politicamente?*, *ibidem*, pp. 418 ss.; ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017.

2 Sulla esistenza di un vero processo costituzionale in Italia vedi gli atti relativi al seminario organizzato dalla Corte costituzionale nel 1989, pubblicati nel volume «*Giudizio a quo*» e *promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990; nonché quelli del più recente incontro tenutosi a Siena nel 2007, reperibili in E. BINDI – M. PERINI – A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008.

Chiedersi come si potrebbe conciliare il principio della preminenza della legge – espressione della volontà di un organo dotato di legittimazione popolare per effetto dell’elezione da parte dei cittadini – con l’esigenza di garantire la superiorità della Costituzione, non è certo un interrogativo che sorge nel 2020, perché è ormai trascorso quasi un secolo dal dibattito tra Kelsen e Schmitt³. Tuttavia, oggi ancora non può essere seriamente messa in discussione la kelseniana necessità di un eterocontrollo – da un lato –, e nemmeno può essere sottovalutata la schmittiana preoccupazione per cui la Corte potrebbe trasformarsi in una sorta di legislatore costituzionale – dall’altro lato –, soprattutto in quei casi più difficili e “critici” sottoposti alla sua attenzione, considerato che, quando non è per nulla pacifico in che modo il denunciato contrasto tra la legge e Costituzione debba essere risolto, inevitabilmente la decisione assumerà un più alto tasso di politicità.

La consapevolezza dell’inevitabilità di una connotazione politica del Tribunale costituzionale, diretta conseguenza di formulazioni troppo generiche, soprattutto in tema di diritti fondamentali, contenute nella Costituzione, era presente nello stesso Kelsen, il quale, volendone comunque e fortemente l’istituzione, sapientemente legava l’esigenza dell’eterocontrollo al rispetto delle minoranze e dei diritti fondamentali dell’individuo.

Le recenti pronunce della Corte sulla misura delle pene edittali hanno evidenziato come l’impiego nel discorso giurisprudenziale di concetti dai confini indefinibili quali «ragionevolezza», «proporzionalità» e «rieducazione del condannato», abbia fatto nuovamente emergere la sua “anima politica”, riproponendo la questione del confine al suo operato, già oggetto di ampio dibattito dopo il sindacato sulle leggi elettorali politiche e dopo aver ritenuto possibile il contenimento degli effetti retroattivi della decisione di incostituzionalità.

Nessuno dubita che sia la Costituzione, e la connessa esigenza di tutelarla, a legittimare la Corte; tuttavia, essa deve difendere persuasivamente tale legittimazione e rispettare limiti come la discrezionalità del legislatore, concetto al quale, però, è bene non attribuire quella assolutezza che ne comporterebbe l’invalidità qualora esso restasse inerte. Infatti, è indispensabile rimediare non solo alle ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione, ma anche, e soprattutto, alle sempre più soventi inattuazioni di questa, alle forme omissive di inosservanza che non possono restare tali in perpetuo, una volta constatato che i giudici non siano in grado di esercitare il loro ampio potere interpretativo sull’enunciato al fine di assicurarne la conformità a Costituzione, giacché la dichiarazione di incostituzionalità è sempre l’esito di un «fallimento dell’interpretazione»⁴.

Ma il ruolo per il quale è stata istituita la Corte, ovvero garantire la preminenza della Costituzione nei confronti di leggi e atti autoritativi e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo⁵, assicurare la maggior conformità possibile del sistema normativo alla Costituzione, può davvero legittimare quelle letture evolutive delle regole del processo costituziona-

3 H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-1931), tr. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di A. Geraci, Milano, 1981, e C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), tr. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.

4 G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 257.

5 F. MODUGNO, *Corollari del principio di “legittimità costituzionale” e sentenze “sostitutive” della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, pp. 91 ss., spec. p. 104; ID., *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, p. 1252.

le alle quali abbiamo assistito nel recente periodo, e all'ideazione di tecniche decisorie definite più efficaci al fine di assicurare «situazioni normative»⁶ conformi a Costituzione o di evitare la creazione di situazioni maggiormente incostituzionali rispetto a quelle da rimuovere?

Il nostro assetto istituzionale e di valori ha un'importanza non minore di quella del principio di effettività dei diritti costituzionali, considerato che l'esigenza di assicurare quest'ultimo potrebbe essere solo la più ovvia replica della Corte sia a chi la accusa di aver preso, puramente e semplicemente, una decisione politica, cioè di aver fatto soltanto prevalere la propria volontà su quella del legislatore, sia a chi ritiene che essa abbia, all'inverso, preferito assecondare quest'ultima.

2. Il sindacato sulle leggi elettorali politiche

Nessuno dubita che la legge elettorale sia una legge di rilievo cruciale nel sistema costituzionale complessivo, come ha sottolineato la stessa Consulta nelle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017, perché detta le regole della competizione politica e presiede così alla formazione del Governo⁷. Ciò che, invece, recentemente è stata messa in discussione è la sua natura di «zona franca» nel sistema di giustizia costituzionale⁸, premesso che, a detta della Corte, proprio il fine di evitarne la creazione l'avrebbe legittimata a inventarsi una forma di accesso sostanzialmente diretto alla propria giurisdizione non prevista dalle nostre norme costituzionali e legislative⁹, azionabile da parte di cittadini che intendano tutelare quel diritto di voto sprovvisto – nel caso dell'elezione del Parlamento nazionale, ma non di quello europeo¹⁰ – di tutela giurisdizionale, essendo noto che l'art. 66 Cost. demanda alle Camere la «verifica dei poteri». A ben vedere, la decisione di non inserire nel testo costituzionale alcuna disposizione sulla tipologia del sistema elettorale e sugli algoritmi di trasformazione dei voti in seggi potrebbe essere stata una precisa scelta dei Costituenti, i quali considerando la legge elettorale come «la legge politica per eccellenza», e non una zona abbandonata a se stes-

6 A. RUGGERI, *Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore: premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica*, Milano, 1988, pp. 55 ss.

7 Punto 2 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1/2014; punto 3.1 della motivazione della sent. n. 35/2017.

8 Cioè appartenente a quelle categorie di leggi non (o difficilmente) suscettibili di sindacato di costituzionalità in via incidentale. Cfr. R. BALDUZZI – P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, ove vengono raccolti gli atti di un seminario tenutosi a Genova nel 2006; A. PIZZORUSSO, «Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2010, pp. 1021 ss.

9 R. BIN, *La Corte e la legge elettorale: è difficile credere ad un ritorno indietro?* in *laCostituzione.info*, 19 gennaio 2017; A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, *ibidem*, 15 febbraio 2017; A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it*, n. 5/2017, p. 3.

10 Paragrafo 3.1 della motivazione della sent. n. 35/2017, che riprende quasi testualmente un passaggio della motivazione dell'ordinanza n. 165/2016 – con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile una questione relativa alla legge elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, cioè quella relativa alla disciplina delle liste eventualmente presentate da partiti o gruppi politici espressi dalle minoranze linguistiche –. Secondo la Corte, nel caso dell'elezione dei membri del Parlamento europeo, il diritto di voto dell'elettore potrebbe trovare tutela giurisdizionale, sia prima sia dopo lo svolgimento delle elezioni, in un giudizio avente ad oggetto una controversia originatasi nel procedimento elettorale.

sa, ne avrebbero fatto un'area di scelte puramente politiche in base alla Costituzione stessa, come tali insindacabili in sede giurisdizionale¹¹.

Dunque, la tendenza avviata in questo ambito dalla giurisprudenza costituzionale a guardare in termini meno rigorosi al requisito dell'interesse ad agire e a quello della pregiudizialità non può che trovare la sua *ratio* soltanto nel venire incontro a una richiesta di aiuto da parte della classe politica a prendere una scelta che, per la sua delicatezza, un organo che la Costituzione ha disegnato come esclusivamente di garanzia avrebbe dovuto ignorare, per non spostare conseguentemente l'asse decisionale dall'ambito della politica a quello della giurisdizione. E, per quanto la situazione sembri essere stata originata dall'incapacità della prima di assumere le proprie responsabilità "istituzionali", non si può nascondere che il più delle volte siano le ragioni sistemiche a rendere difficile per il Parlamento deliberare, e che l'opzione del "non decidere" rimanga comunque una forma di esercizio di azione politica, e non di ignavia o incapacità¹².

Ma era davvero necessario esporre tale legge ad un rischio di «precarietà» strutturale e permanente, potendo essa venire portata davanti alla Corte in qualunque momento attraverso un'azione di accertamento costitutiva¹³ oppure mediante un'azione popolare diretta di costituzionalità¹⁴? Infatti, in base a questa giurisprudenza, l'interesse ad agire dell'elettore è quasi *in re ipsa* e l'incidentalità è stata ridotta alla presenza formale di un giudice *a quo* quale introduttore necessario della questione, il cui filtro è limitato esclusivamente alla valutazione circa la non manifesta infondatezza, nel merito, della questione¹⁵.

11 A. POGGI, *La Corte e la legge elettorale*, in *federalismi.it*, n. 18/2016, p. 5. *Contra* la tradizionale dottrina costituzionalistica, v. per tutti M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. ANZON – P. CARETTI – S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, pp. 136 ss. e A. PIZZORUSSO, «Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana, cit., pp. 1021 ss.

12 *Contra* M. LUCIANI, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, pp. 4 ss. e R. BIN, *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in *laCostituzione.info*, 13 gennaio 2017.

13 Sul modello del giudizio civile relativo al *Porcellum* promosso davanti al Tribunale di Milano da alcuni cittadini elettori contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dell'Interno, proseguito poi in appello davanti alla Corte d'Appello dello stesso capoluogo lombardo, e giunto davanti alla Corte di Cassazione che, al punto 3.1 della motivazione dell'ordinanza del 17 maggio 2013 n. 12060, ha qualificato così tale azione.

Le questioni riguardavano a) le modalità di assegnazione del premio di maggioranza alla Camera (su base nazionale), b) le modalità di assegnazione del premio di maggioranza al Senato (su base regionale), c) il sistema delle cc.dd. «liste bloccate», in base alle quali l'elettore non poteva esprimere alcun voto di preferenza sulla scheda elettorale.

14 Attraverso giudizi promossi da un unico "Coordinamento" di cittadini, con un'iniziativa condotta in tutti i Distretti di Corte d'Appello italiani, come avvenuto nel 2016 per ottenere la dichiarazione di incostituzionalità dell'*Italicum* – quando le ordinanze di rimessione, che richiamavano direttamente quella di cui alla nt. precedente, furono cinque: Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016 (registro ordinanze Corte n. 69/2016; Gazzetta Ufficiale, prima serie speciale, n. 14/2016); Tribunale di Torino del 5 luglio 2016 (r.o. Corte n. 163/2016; G.U. n. 30/2016); Tribunale di Perugia del 6 settembre 2016 (r.o. Corte n. 192/2016; G.U. n. 41/2016); Tribunale di Trieste del 5 ottobre 2016 (r.o. Corte n. 265/2016; G.U. n. 50/2016); Tribunale di Genova del 16 novembre 2016 (r.o. Corte n. 268/2016; G.U. n. 50/2016) –. Le questioni riguardavano a) l'assegnazione del premio di maggioranza al turno di ballottaggio, in caso di mancato raggiungimento del 40% dei voti validi al primo turno da parte di alcuna lista, b) la scelta puramente soggettiva del collegio di elezione da parte del candidato capolista risultato eletto in più collegi.

15 L. IMARISIO – I. MASSA PINTO, *La sentenza n. 1 del 2014 sull'incostituzionalità parziale della legge elettorale: le sue possibili narrazioni e il suo seguito legislativo*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4/2013, in particolare p. 307 e p. 325.

Tutte le possibili critiche relative al merito delle censure mosse dal giudice *a quo* nei confronti delle leggi elettorali n. 270/2005 e n. 52/2015, nonché quelle che investirono la valutazione effettuata dalla Cassazione e dai cinque Tribunali ordinari in ordine alla possibilità giuridica di investire di tali questioni la Corte costituzionale – cioè l'ammissibilità delle stesse –, in relazione alle regole consolidate del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, sono già state ampiamente discusse dalla dottrina¹⁶. E se nel 2013 avevano indotto a dubitare del loro accoglimento da parte della Corte, lo stesso non avvenne nel 2016, dal momento che era innegabile che la sent. n. 1/2014 rappresentasse un precedente "ingombrante" per la Consulta, dal quale essa difficilmente avrebbe potuto discostarsi senza esporsi alla censura di contraddittorietà¹⁷, sebbene tale secondo giudizio avrebbe potuto rappresentare l'occasione giusta per un prudente ritorno all'indietro.

Nel 2014, considerato che sia le elezioni politiche già svoltesi sia quelle future non avrebbero potuto essere messe in discussione, le prime perché da ritenere un "fatto esaurito", le seconde perché "murate" dall'apposito procedimento previsto dall'art. 66 Cost., non sindacabile in via giudiziaria in quanto interno al Parlamento, l'azione proposta dai ricorrenti davanti al giudice *a quo* avrebbe dovuto essere rigettata in rito per carenza di interesse ad agire. In altri termini: qual era il risultato utile che i ricorrenti volevano ottenere formulando la domanda di dichiarare che il loro diritto di voto non poteva essere esercitato in modo libero e diretto, secondo le modalità previste e garantite dalla Costituzione? La soluzione della Corte, osservare che tale questione formava ormai oggetto di giudicato interno – essendo non solo stata affrontata nei due precedenti gradi di giudizio, ma anche non riproposta dall'Avvocatura dello Stato davanti alla Cassazione – non è stata soddisfacente¹⁸.

Lo stesso dicasi per il 2017, quando la legge elettorale non era ancora stata applicata, né le elezioni erano state indette, al momento della proposizione dei ricorsi davanti ai giudici civili¹⁹, rendendo l'oggetto di tali giudizi molto più astratto e preventivo del precedente, e

16 Sull'ordinanza del 17 maggio 2013, n. 12060 della prima sezione civile della Cassazione vedi E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di 'supplenza' alla Corte Costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2013, pp. 669 ss.; A. ANZON, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013; P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos*, n. 1/2013; G. REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013.

Per osservazioni analoghe fatte in riferimento alle questioni di costituzionalità dell'*Italicum* vedi F. FER-RARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 14 febbraio 2017; R. BIN, *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, in *laCostituzione.info*, 11 dicembre 2016.

17 L. TRUCCO, *"Sentenza Italicum": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta on line, Studi*, fasc. I/2017, p. 151.

18 Punto 2 del *Considerato in diritto* della sentenza.

19 L'art. 1, comma 1, lettera i) della l.n. 52/2015 fissava la decorrenza della loro efficacia alla data del 1 luglio 2016, l'ordinanza del Tribunale di Messina venne depositata il 17 febbraio 2016! Si vedano i commenti di M. COSULICH, *Contra Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2016; S. GIANELLO, *L'Italicum "a processo": la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale)*, *ibidem*, n. 1/2016.

costringendo la Corte ad affermare che la stessa entrata in vigore della legge elettorale avrebbe determinato un'incertezza oggettiva sulla portata del diritto di voto, a prescindere dalla sua applicazione concreta, perché generava un «corollario di potenzialità lesiva» attuale, ma allo stesso tempo destinato a manifestarsi in futuro, con la sua sicura applicabilità, precludendo irrimediabilmente l'esercizio conforme alla Costituzione di tale diritto²⁰. Da questa angolatura l'art. 66 Cost. sembrerebbe aver giustificato l'ammissibilità delle questioni stesse, anziché comportarne la loro inammissibilità, perché la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della legge elettorale non avrebbe prodotto alcun effetto sulla composizione delle Camere, già elette con quella stessa legge elettorale²¹.

In secondo luogo difettava, in entrambe le fattispecie, la necessaria pregiudizialità tra il giudizio di legittimità costituzionale e l'oggetto del giudizio *a quo*. Questo perché l'azione di accertamento circa la lesione del diritto di voto dell'elettore, esercitata davanti al giudice comune, coincideva esattamente con l'azione di accertamento dell'illegittimità costituzionale della legge che disciplinava quel voto. Ed era evidente che, dopo l'eventuale pronuncia della Corte Costituzionale che avesse accolto le questioni di costituzionalità, il giudice *a quo* avrebbe "esaurito" il proprio potere decisorio e non avrebbe perciò potuto adottare dei provvedimenti ulteriori, dal momento che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge elettorale avrebbe soddisfatto di per sé l'interesse dei ricorrenti (i quali avevano agito davanti al giudice civile proprio con questo unico scopo sostanziale). E così, improvvisamente, il nostro sistema di controllo di costituzionalità non richiedeva più quel necessario rapporto di alterità, o autonomia, tra la questione di legittimità costituzionale ed il contenuto della domanda proposta dalle parti al giudice comune. Di tale relazione, nella quale risiede l'essenza stessa del requisito della rilevanza, si è sempre descritto tanto il carattere oggettivo del legame tra il contenuto della domanda proposta al giudice *a quo* ed il giudizio di legittimità costituzionale, quanto l'interesse soggettivo della parte, da esso slegato – e non coincidente –; si è sempre differenziata la rilevanza della questione di costituzionalità dalla nozione di interesse ad agire, propria del diritto processuale civile/amministrativo. E ciò perché non solo i due giudizi devono avere un oggetto diverso ed autonomo, ma anche perché il processo principale (*a quo*) può muovere solo da un interesse diverso da quello all'eliminazione della legge incostituzionale. Abbiamo assistito ad una questione che era inammissibile, in quanto posta per una ragione politica generale, promossa al solo fine dell'eliminazione della legge incostituzionale, ma svincolata da ogni esigenza applicativa (una inammissibile *lis ficta*). In aggiunta, la pregiudizialità (e quindi la rilevanza della questione di legittimità costituzionale) non era nemmeno attuale, data la questione eventuale, prematura, ipotetica sollevata. Nonostante la Corte fosse consapevole che il requisito della rilevanza debba essere valutato al momento in cui la questione di costituzionalità venga sollevata dal giudice *a quo*, ha preferito non dichiarare inammissibile una legge sospettata di incostituzionalità che non poteva essere applicata nel giudizio *a quo* e tantomeno in via generale.

20 Punto 3.3 del *Considerato in diritto* della sentenza.

21 Così già la sent. 1 del 2014 (paragrafo 7 della motivazione), poi ripresa dai giudici *a quibus* due anni dopo (v. in particolare p. 4 dell'ordinanza del Tribunale di Torino del 5 luglio 2016).

Il giudice costituzionale non si è dunque trovato, ma ha lui stesso edificato, un “bivio”, dal quale avrebbe potuto e dovuto tenersi lontano: applicare fedelmente le regole del processo costituzionale, e “salvare” così una legge elettorale illegittima, oppure “forzare” sensibilmente le regole del giudizio di costituzionalità e dichiarare incostituzionale la legge elettorale. La Corte ha scelto la seconda strada, giustificando la sua decisione proprio con la non convincente esigenza di assicurare una tutela effettiva del diritto politico di voto, e di non lasciare dunque “scoperta” dal sindacato di costituzionalità “la legge politica per eccellenza”, con un’operazione piaciuta solo a quanti la vedano perfettamente in linea con l’impostazione mortatiana della giuridicizzazione del politico nell’ambito di una visione realistica²².

Derogando alle regole sui requisiti di accesso al giudizio incidentale di costituzionalità, la Corte Costituzionale, da un lato, ha autoinflitto un gravissimo colpo alla sua legittimazione di giudice, che è inscindibilmente legata all’esatta osservanza delle regole del processo²³; dall’altro lato, l’orientamento assunto ha suscitato il timore che il modello di tutela posto alla base della dichiarazione di ammissibilità delle questioni di legittimità – anziché trasformare il campo delle leggi elettorali in una sorta di «zona a statuto speciale»²⁴ – possa essere esteso ad altre materie, e quindi alla tutela di altri diritti costituzionali fondamentali oltre a quello politico di voto²⁵: la Corte anziché svolgere il proprio sindacato su una norma alla luce delle esigenze dell’applicazione, della realtà viva del caso, sposterebbe l’oggetto del suo giudizio sulla norma in sé e per sé considerata per i suoi potenziali effetti incostituzionali²⁶, dopo aver dichiarato ammissibili domande tanto astratte quanto preventive.

Così facendo, però, si determinerebbe un eccessivo spostamento di potere decisionale di attuazione/applicazione della Costituzione dall’ambito della politica alla sfera della giurisdizione (ordinaria e costituzionale), con un’alterazione a favore della seconda di

22 F. LANCHESTER, *Dal Porcellum all’Italicum: nuovi collegamenti e nuovi orari, ma su vecchi binari*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2014, spec. p. 3; F. BILANCIA, *“Ri-porcellum” e giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013.

23 M. DOGLIANI, *Siamo sicuri che l’Italia abbia, oggi, una vera costituzione?*, in www.centroriformastato.it, 2 febbraio 2017; R. BIN, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, cit.

24 G. SOBRINO, *Il problema dell’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale alla luce delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017 e le sue possibili ricadute: dalla (non più tollerabile) “zona franca” alla (auspicabile) “zona a statuto speciale” della giustizia costituzionale?* in *federalismi.it*, n. 15/2017.

25 M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via “semi-incidentale” sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D’AMICO – S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, p. 29.

In merito non va dimenticato, analizzando il punto 3.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 35/2017, che la Corte pareva orientata a circoscrivere la portata della scelta effettuata al solo campo della legge elettorale nazionale.

26 A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un’autentica quadratura del cerchio, riuscita solo a metà, nella pronuncia sull’Italicum*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 25 febbraio 2017.

Un esempio giurisprudenziale richiamabile può essere la sent. n. 119/2015, nella quale la Corte entrò nel merito di una questione sollevata dalla Cassazione riguardante l’esclusione dal servizio civile nazionale dello straniero regolarmente soggiornante in Italia. Sebbene la soluzione della questione non avrebbe avuto “concreta utilità” per le parti del giudizio *a quo*, essa fu decisiva ai fini della formulazione del principio di diritto ai sensi dell’art. 363, comma terzo, c.p.c., destinato a valere come criterio di decisione di casi futuri. Cfr. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015.

quell'equilibrio che sarebbe necessario perseguire in una democrazia costituzionale, e che già prima delle due pronunce in questione stentava ad affermarsi²⁷.

3. Il contenimento degli effetti retroattivi della decisione di incostituzionalità

Nella vicenda appena esaminata la “crisi dell'incidentalità” si è manifestata nella deroga al requisito della pregiudizialità/rilevanza della questione al momento dell'instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale della legge da parte del giudice *a quo*, e dunque nella deroga all'incidentalità “in entrata”, secondo l'abituale classificazione dottrina.

Tuttavia essa, nel periodo recente, è emersa anche in relazione al tradizionale significato “in uscita” dell'incidentalità, cioè quello per il quale il giudizio della Corte, ed in modo particolare l'accoglimento della questione di costituzionalità, dovrebbe dare un “risultato utile” al giudice *a quo*²⁸. Le sentenze n. 10 e n. 178 del 2015 hanno derogato alla regola della retroattività dell'accoglimento della questione di legittimità costituzionale – principalmente per salvaguardare in via prioritaria il «super principio» contenuto nel nuovo art. 81 Cost.²⁹ –, rendendo tale accoglimento privo di ogni effetto nel relativo giudizio *a quo*.

La parte che aveva proposto l'istanza si è trovata sul medesimo piano di un soggetto rimasto inerte³⁰, perché dopo aver sollevato i dubbi circa la conformità di una norma alla Costituzione, ed essersi vista riconosciuta la lesione dei suoi diritti costituzionali da parte del legislatore, ha comunque dovuto sopportare l'applicazione di una legge dichiarata incostituzionale, come se l'art. 24 Cost. non fosse più un diritto inviolabile e da ascrivere tra i principi supremi del nostro ordinamento, in considerazione della sua strettissima correlazione con il principio democratico³¹.

Eppure, quando si tratta di tutelare una posizione soggettiva e un diritto fondamentale dell'individuo, le regole processuali dovrebbero essere rispettate maggiormente, in quanto decisive ai fini di un giudizio che, come quello in via incidentale nel caso di specie, necessita ancor più della prevedibilità del comportamento processuale della Corte³², proprio perché costituisce l'unico strumento fornito dall'ordinamento a tal fine.

Tuttavia la Consulta, ritenendo il rispetto delle regole processuali «un valore interno» all'attività di bilanciamento, e come tale comparabile con norme sostantive – anziché costi-

27 S. SICARDI, *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale: da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana*, in ID. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010.

28 Facendo riferimento a questi due fenomeni – la deroga “in entrata” e quella “in uscita” –,

A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 3 aprile 2015, ha drasticamente parlato di «epitaffio» per l'incidentalità.

29 I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 26 maggio 2015.

30 M. BIGNAMI, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 18 febbraio 2015.

31 R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993, pp. 114 ss.

32 L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio «a quo»*, cit., p. 98.

tuirne un *prius* –, ha negato alle stesse la funzione loro attribuita e riconosciuta, subordinandola ai diversi, e dal suo punto di vista ragionevoli, fini che essa intendeva perseguire³³. E ha rinvenuto il corollario di tale attività nell'esercizio di un potere, esplicitamente rivendicato nella sent. n. 10/2015 – dopo aver citato due gruppi di precedenti che con essa nulla hanno a che vedere –, di modulare in esclusiva gli effetti temporali, con il risultato non di superare quegli «ostacoli politici» che trent'anni prima avrebbero impedito la pronuncia di una siffatta dichiarazione di incostituzionalità³⁴, ma soltanto di invadere la discrezionalità del legislatore, posto che il medesimo risultato si sarebbe potuto raggiungere con tecniche di giudizio prive della forza tipica di un potere costituente, che non è certamente l'art. 30 della l. n. 87/1953 a conferirle³⁵.

Se è vero che tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta alcune pronunce avevano fatto discutere se fosse opportuno offrire, anche *de iure condendo*, alla Corte maggiore libertà di governo degli effetti temporali³⁶, mai la Corte pretese che la graduazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale fosse un potere a sua disposizione, ma impiegò accortamente la tecnica della «natura sopravvenuta dell'incostituzionalità»³⁷ per allontanare da sé il sospetto di aver voluto assumere una decisione discrezionale e di essersi così sostituita al legislatore. In questo modo, pur restando ineludibile un intervento del Parlamento a dettare una diversa disciplina della materia – date le controindicazioni che questo modo di operare della Corte a lungo andare avrebbe potuto generare³⁸ –, almeno era stata la Costituzione, e non il giudice costituzionale, ad aver determinato quegli effetti.

Tale vecchio argomento è stato riesumato nella sent. n. 178/2015, in modo prudentiale ma non convincente: premesso che un tribunale costituzionale non può permettersi di «ripartire da zero», come se fosse un'assemblea politica, decidendo – anziché sulla base della ragione giuridica radicata nei testi costituzionali ed elaborata nel corso degli anni dalla giu-

33 R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, pp. 607 ss.

34 A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA. VV., *Effetti temporali*, cit., p. 53.

35 V. per esempio le soluzioni proposte da E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, pp. 79 ss., spec. pp. 83-84, e da A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, pp. 635 ss., spec. p. 641.

36 Sul punto E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, 1991; ID., *La sentenza n. 88/1992: un'alternativa alle "additive di prestazione"?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 2374 ss.; R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, ovvero gli atti del seminario svoltosi a Pisa nel 1990; nonché le pubblicazioni che hanno raccolto gli atti di altri due celebri seminari, svoltisi presso la Corte costituzionale nel 1988 e nel 1992: *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989; *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993.

37 Concetto che riassume in sé tanto la conformità alla Costituzione di una determinata legge nel momento dell'approvazione, quanto il successivo contrasto tra le due, dovuto ad una modificazione del quadro normativo originata principalmente da tre fattori (l'introduzione di nuove leggi, l'evoluzione dei costumi, la concretizzazione di alcuni valori costituzionali). Su questa figura vedi R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1993, pp. 106 ss.

38 G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in *Effetti temporali*, cit., p. 220.

risprudenza – secondo il prodotto della pura volontà del momento, tale decisione pare essere di «incostituzionalità mascherata»³⁹, data la difficoltà sia di individuare con precisione il momento a partire dal quale l'incostituzionalità possa dirsi concretamente sopravvenuta sia di rinvenire il motivo che abbia indotto il Giudice delle leggi ad operare una manipolazione degli effetti della sentenza di accoglimento nel tempo⁴⁰.

Dunque, se anche la vicenda in esame ha mostrato una Corte non più preoccupata di dover rispettare, almeno formalmente, il principio della natura “costituzionalmente obbligata” delle proprie decisioni, non stupisce che i timori relativi alle ribellioni da parte dei giudici comuni non siano rimasti esclusivamente sul piano ipotetico⁴¹.

4. L'intervento sulla misura delle sanzioni penali stabilite dal legislatore

L'intensità dell'attrito tra “l'anima giurisdizionale” e “l'anima politica” della Corte costituzionale è inequivocabile nelle sentenze manipolative, riguardanti la materia penale⁴², che hanno ad oggetto il sindacato di proporzione/ragionevolezza del trattamento sanzionatorio e, più precisamente, del *quantum* di pena, dal momento che è risaputo che il minimo edittale esprime la vera scelta politica del legislatore penale in termini di “penalità materiale”⁴³.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, a seconda che il giudizio di proporzione/ragionevolezza sia configurato in termini “estrinseci” oppure “intrinseci”⁴⁴, si sono formati due diversi orientamenti: uno “vincolato” (o “giurisdizionale”), l'altro discrezionale (o “politico”)⁴⁵.

Attraverso l'impiego congiunto del *tertium comparationis* e delle c.d. «rime obbligate», l'orientamento tradizionale configura il giudizio di proporzione in termini “estrinseci”⁴⁶.

39 A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, in *Questione Giustizia*, 27 luglio 2015.

40 R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di “incostituzionalità sopravvenuta”?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 1 settembre 2015.

41 Il riferimento è alla decisione della Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia, per la quale si rimanda a M. LIGUORI, *I postumi della sentenza 10/2015 nei giudizi di merito: questioni di prospettive*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 26 maggio 2016.

42 Sui dubbi relativi alla compatibilità della categoria delle sentenze additive o sostitutive con il sistema penale – dovuti alla *ratio* dell'art. 25, comma 2, Cost. – si vedano le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 315; A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, pp. 4213 ss.; ID. *Due casi di controllo della Corte Costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative «penali»*, in *Giur. Cost.*, 1995, pp. 3464 ss.; ID., *Cammino di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 786 ss.

43 V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 2109.

Come analizzato da D. PULITANO', *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, n. 2/2017, pp. 58 ss., sebbene entrambi i campi (reato e pena) di cui si compone il diritto criminale/penale siano in rapporto con la politica, è la pena ad esserne l'aspetto più esposto, rappresentando il terreno ove si danno battaglia ragioni non riconducibili sempre ad esigenze di giustizia.

44 G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, pp. 180 ss.

45 Cfr. 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, pp. 967 ss.

46 Appartengono a questo tradizionale orientamento Corte cost. n. 218/1974; n. 409/1989; n. 434/1993; n. 422/1993; n. 341/1994; n. 68/2012.

Il primo dei due istituti citati consente di determinare giurisdizionalmente un *quantum* di pena, data l'impossibilità di farlo ponendo direttamente a confronto la pena con il principio di proporzione, perché è sempre necessaria la comparazione con il disvalore del fatto di un'altra fattispecie⁴⁷; il secondo comportava, prima della additiva in materia di voto di preferenza del 2014⁴⁸, che una questione di legittimità costituzionale dovesse sempre essere dichiarata inammissibile qualora nell'accoglierla si fossero aperte diverse opzioni di disciplina⁴⁹, a fronte di un imprescindibile rispetto – da parte della Corte – delle prerogative e della discrezionalità del Parlamento, cui fa riferimento l'art. 28 della l. n. 87 del 1953⁵⁰.

A partire dal 2016 pare che questo orientamento non sia più la regola⁵¹.

Da un lato, prescindendo dalla asimmetria sistematica e compiendo il giudizio intrinseco di irragionevolezza sulla base della funzione rieducativa della pena⁵² e della proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali prodotto da questa rispetto all'importanza del fine conseguito attraverso l'incriminazione⁵³ (artt. 3 e 27, comma terzo, Cost.)⁵⁴, il *tertium* è stato

47 Cfr. R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1556 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 375.

48 Com'è noto, pur essendo varie le possibili soluzioni alternative alle «liste bloccate» della l.n. 270/2005, la sent. 1/2014 ha optato per quella della preferenza unica, oltretutto senza che esistesse una norma da cui ricavarla.

49 V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 84; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, Padova, 1984, p. 497; F. MODUGNO, voce "Validità (Diritto costituzionale)", in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 78, nt. 100; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, spec. p. 650.

50 In questa norma, non nell'art. 25, comma 2, Cost. (cfr. nt. 42) A. PIZZORUSSO, *Limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1982, pp. 309 ss., rinviene il vero limite alle sentenze aggiuntive o sostitutive in materia penale.

51 Corte cost. n. 236/2016, cfr. 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, pp. 1956 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e "quantum" della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2017, pp. 381 ss.; D. PULITANO', *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit.; F. VIGANO', *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, n. 2/2017, pp. 61 ss.

Corte cost. n. 222/2018, a commento della quale si veda R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. Cost.*, 2018, pp. 2566 ss.; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2019, pp. 183 ss..

Corte cost. n. 40/2019 con commento di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, cit.; F. DEPRETIS, *Verso una nuova tipologia decisoria della Corte costituzionale in materia penale? A margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Diritti comparati*, 15 aprile 2019; G. DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2019, pp. 1403 ss.

52 Sul tema del problematico conseguimento dell'obiettivo di rieducazione attraverso la pena, e in particolare attraverso la pena detentiva, cfr. L. MARCONI – S. ANASTASIA – V. CALDERONE – F. RESTA, *Abolire il carcere*, con postfazione di G. ZAGREBELSKY, Milano, 2015.

53 Sul ruolo dell'idea di proporzione nelle teorie retributive della pena v. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario: difesa del diritto penale*, ed. it. a cura di D. Siciliano, Bologna, 2012.

54 V. altresì l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che enuncia espressamente il divieto di infliggere pene sproporzionate rispetto al reato, nonché il divieto di pene inumane o degradanti ex art. 3 CEDU, dal quale la Corte Edu trae conclusioni coincidenti con quelle ricavate dalla Corte costituzionale impiegando il binomio ragionevolezza-rieducazione ex artt. 3 e 27 Cost., richiamati rispettivamente da F. VIGANO',

accantonato; dall'altro lato, la necessità di individuare soluzioni vincolate è stata rimpiazzata con quella di rinvenire, più semplicemente, «soluzioni adeguate»⁵⁵: le «rime obbligate» hanno ceduto così il passo alle «rime possibili»⁵⁶, perché il limitarsi a rendere un monito all'interno di una decisione di inammissibilità non consentiva alla Corte di estendere il sindacato di legittimità per evitare «zone franche»⁵⁷.

Tuttavia, ancora una volta, il sistema offriva tecniche alternative che avrebbero potuto soddisfare l'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore senza rinunciare, al tempo stesso, a dichiarare l'incostituzionalità della «situazione normativa» esito dell'omissione incostituzionale non colmabile nella logica delle «rime obbligate». Una di queste avrebbe potuto essere quella della sentenza additiva di principio, decisione con cui la Corte si limita ad individuare il principio alla luce del quale supplire alla lacuna. Principio che poi dovrebbe essere svolto dal legislatore mediante determinazione della specifica regola, rimettendo nell'attesa al singolo giudice il compito della sua individuazione⁵⁸. Oppure, con un'operazione a metà strada tra il vecchio monito e la tradizionale sentenza additiva – anticipando quello che sarà lo schema elaborato per risolvere l'intricato caso Cappato –, dopo aver riconosciuto la contrarietà della norma ai principi costituzionali ed evidenziato la necessità di un intervento da parte del legislatore, rinviare la propria decisione a una nuova udienza, affidando nel frattempo al Parlamento il compito di intervenire sulla base di quanto indicato in motivazione⁵⁹.

Dunque, la Corte costituzionale non può nascondersi dietro l'alibi di dover ampliare il più possibile lo spazio del proprio operato in modo tale da non lasciare «zone franche», poiché questo fine può essere raggiunto anche senza trasformare il metodo giurisdizionale in politico, limitando l'estensione esclusivamente al piano quantitativo e non a quello qualitativo⁶⁰.

Quella del giudizio intrinseco sul *quantum* di pena, infatti, è una strada che si colloca al di fuori della dimensione giurisdizionale per farsi nella sostanza politica, perché

Un'importante pronuncia, cit., p. 63 e da E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena*, cit., p. 1961.

55 F. DEPRETIS, *Verso una nuova tipologia decisoria della Corte costituzionale in materia penale?*, cit., p. 3.

56 S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta*, cit., p. 183. Cfr. più specificamente il punto 8.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 222/2018.

57 Cfr. il rilievo dato nella sent. n. 40/2019 al mancato seguito del monito contenuto in una precedente pronuncia, la sent. n. 179/2017, così come quanto accaduto nella sent. n. 222/2018, dopo che questione analoga era stata dichiarata inammissibile nella sent. n. 134/2012, per assenza di «rime obbligate».

58 Su questa tecnica decisoria cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; ID., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, pp. 78 ss.

59 Sull'ord. n. 207 del 2018 si vedano i commenti di E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2019, pp. 531 ss.; U. ADAMO, *La Corte è «attendista» ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 1 dicembre 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'«ordinanza Cappato»*, in *Dirittifondamentali.it*, 31 marzo 2019; R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2019, pp. 2470ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 19 novembre 2018.

60 R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019*, cit., p. 982.

l'individuazione del criterio alla luce del quale viene compiuta la comparazione tra simili (o dissimili) dipende dalla discrezionalità tanto del giudice remittente, quanto, soprattutto, della Corte costituzionale⁶¹: premessa la problematica deroga al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 27 della l. n. 87/1953 – perché continuare ad obbligare il giudice remittente a prospettare soluzioni sanzionatorie, se poi queste non sono vincolanti per la Corte costituzionale che introduce un sostituto sanzionatorio differente? –⁶², inevitabilmente l'identificazione del bene giuridico tutelato, che guida la scelta in questione, è un'operazione incerta e arbitraria⁶³. Compiere una valutazione in cui si accerta l'omogeneità delle due fattispecie e, di conseguenza, l'ammissibilità della comparazione sotto il profilo del differente trattamento sanzionatorio a loro attribuito dal legislatore, è un'operazione particolarmente complessa, perché l'indagine su tutte le numerose e differenti componenti che determinano la gravità di ciascuna singola fattispecie – ad esempio il rango del bene giuridico tutelato, la modalità e la gravità dell'offesa, l'elemento soggettivo – dev'essere affiancata da quella, meno agevole, relativa alle finalità congiunturali di politica criminale di cui il legislatore aveva tenuto conto in un preciso contesto storico⁶⁴.

Sotto un secondo profilo, la pregnanza del significato della pronuncia della Corte non lascia certo al legislatore la piena libertà di intervento qualora questi volesse riformulare la disciplina in un successivo momento, perché la scelta ad opera della prima di una determinata disciplina fa di questa l'unica, tra tutte quelle astrattamente possibili, costituzionalmente conforme, costringendolo a non discostarsi troppo dal terreno tracciato dall'opzione da lei adottata⁶⁵.

Anche il tradizionale sindacato estrinseco comportava un vincolo, la cui provenienza, tuttavia, era rinvenibile nel sistema statuito dallo stesso legislatore, perché l'irragionevolezza della norma veniva valutata in relazione alle scelte che lo stesso aveva compiuto, senza che un Giudice delle leggi interpretasse né tantomeno creasse la volontà democratica, fornendo "l'ultima parola" sul significato di quella Costituzione che è chiamato a custodire.

5. Conclusione

Non c'è dubbio che la Corte costituzionale sia un giudice "particolare" e che, di conseguenza, il processo costituzionale assuma un significato "particolare": lo dimostra il riconoscimento alla stessa di un potere normativo in ordine al proprio processo, che le consente

61 R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza*, cit., pp. 1557 ss.

62 A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., pp. 795 ss.

63 F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 361.

64 N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, n. 2/2015, p. 64.

65 R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità*, cit., p. 2571; ID., *La sentenza n. 40/2019*, cit., p. 982. *Contra* G. LATTANZI, *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, reperibile in www.cortecostituzionale.it, pp. 16 ss.

l'interpretazione e, soprattutto, l'integrazione delle regole processuali attraverso la propria giurisprudenza "creativa"⁶⁶.

Ammesso e riconosciuto tutto questo, va precisato che la "gestione" della propria condotta processuale debba comunque essere disciplinata per norme generali e non adattata caso per caso alle esigenze contingenti del singolo procedimento. Infatti, l'affermazione secondo la quale la natura stessa della giurisprudenza sarebbe incompatibile con il concetto di incostanza⁶⁷ racchiude tanto la certezza del diritto e l'uguaglianza nel tempo del trattamento di tutti i cittadini di fronte alla legge, quanto, e soprattutto, la neutralità della giustizia costituzionale. Ma il mutamento di indirizzo troppo repentino, se non è sorretto da una motivazione adeguata e coerente, che ne metta in evidenza i fattori innovativi giustificanti il cambiamento, è difficilmente distinguibile da qualsiasi altro mezzo di prosecuzione della politica. E allora, se anziché parlare di «uso» del diritto processuale costituzionale da parte della Corte, nel senso di legittima interpretazione estensiva e creativa delle regole processuali, dovessimo arrivare a parlare di «abuso» dello stesso⁶⁸, forse sarebbe più opportuno che la Corte non avesse quei poteri discrezionali che renderebbero ogni sua decisione nient'altro che un pretesto per nascondere realtà che con la giustizia costituzionale avrebbero poco o nulla a che fare.

66 Per una esposizione più ampia e ragionata cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2295 ss.

67 G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 289.

68 Riprendendo il titolo di un noto saggio di A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, pp. 140 ss.