

16 DICEMBRE 2020

La Corte “pedagogista” di un
legislatore colpevolmente inerte.
Riflessioni critiche su una svolta
problematica della recente
giurisprudenza costituzionale

di Francesco Paterniti

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Catania



La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*

di Francesco Paterniti

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: Il lavoro intende prestare attenzione a un nuovo modello decisionale della Corte costituzionale, recentemente inaugurato, con l'ordinanza n. 207 del 2018 e con la sentenza 242 del 2019, e in corso di ripetizione sulla base dell'ordinanza n. 132 del 2020. In particolare, costituiscono oggetto di interesse i risvolti che il detto modello decisionale determina nelle relazioni tra Giudice delle leggi e decisore politico. La premessa dell'analisi è rappresentata dal frequente fallimento delle decisioni monitorie, intese quali strumenti di interlocuzione istituzionale tra Corte costituzionale e Parlamento. In ragione di ciò, vengono evidenziati i termini del nuovo schema decisionale “in due tempi” che, in presenza di una ordinanza che accerta ma non dichiara l'incostituzionalità della norma, qualora il legislatore non intervenga nei tempi e nei termini indicati dalla Corte costituzionale, può concludersi con una sentenza additiva di contenuto sostanzialmente normativo. In questa prospettiva, il lavoro vuole mettere in luce come l'intervento della Consulta possa essere letto quasi in una prospettiva pedagogica, evidenziando al contempo le perplessità legate ad uno scenario di tal genere. In conclusione, il lavoro offre anche una prospettiva propositiva rispetto alla sovrapposizione istituzionale al momento venuta in essere.

Abstract [En]: The work intends to pay attention to a new decision-making model of the Constitutional Court, recently inaugurated, with the order no. 207 of 2018 and with judgment 242 of 2019, and being repeated on the basis of ordinance no. 132 of 2020. In particular, the implications that this decision-making model determines in the relations between the Judge of the Law and the political decision-maker are of interest. The premise of the analysis is represented by the frequent failure of monitory decisions, intended as instruments of institutional dialogue between the Constitutional Court and Parliament. For this reason, the terms of the new "two-stage" decision-making scheme are highlighted which, in the presence of an ordinance that ascertains but does not declare the unconstitutionality of the law, if the legislator does not intervene within the times and terms indicated by the Constitutional Court, can end with an additive ruling with a substantially normative content. In this perspective, the work aims to highlight how the intervention of the Constitutional Court can be read almost from a pedagogical perspective, at the same time highlighting the perplexities related to a situation of this kind. In conclusion, the work also offers a proactive perspective with respect to the institutional overlap that has now arisen.

Sommario: **1.** Un inedito percorso decisionale recentemente inaugurato dalla Corte costituzionale e destinato a ripetersi: dall'ordinanza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, con rinvio a tempi certi, alla sentenza di accoglimento con effetti normativi. **2.** Il nuovo modello della decisione “in due tempi” quale rimedio al frequente fallimento della interlocuzione monitoria tra Corte costituzionale e Parlamento. **3.** Effetti e problematiche del rinnovato modello decisionale nella sua prima applicazione compiuta: la natura additiva della sentenza n. 242 del 2019 e le zone grigie dell'indirizzo seguito dalla Consulta. **4.** Il legislatore silente quale premessa per un rinnovato attivismo giudiziario in funzione supplente. **5.** L'accresciuto ruolo dei giudici (anche costituzionali) tra la crisi della rappresentanza ed il rischio di un improprio protagonismo giudiziario. **6.** Una nuova idea di “giustizia

* Articolo sottoposto a referaggio.

costituzionale decidente” in grado di oltrepassare anche la discrezionalità del legislatore. **7.** La dubbia svolta pedagogica della Corte costituzionale: un rinnovato modello educativo alla base dei rapporti tra decisore politico e Giudice delle leggi. **8.** Una conclusione a mo’ di proposta.

1. Un inedito percorso decisionale recentemente inaugurato dalla Corte costituzionale e destinato a ripetersi: dall’ordinanza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, con rinvio a tempi certi, alla sentenza di accoglimento con effetti normativi

La sentenza n. 242 del 2019, con la quale la Corte costituzionale è recentemente intervenuta sulla tematica del c.d. “fine vita”, come da più parti riconosciuto, ha rappresentato una decisione storica. Plurimi infatti sono i risvolti, tanto di merito quanto di metodo, che la pronuncia porta con sé.

Tra i vari spunti offerti dalla menzionata decisione, le riflessioni che seguono vogliono in particolare prestare attenzione al percorso decisionale seguito dalla Corte ed ai riflessi che ne derivano, per il fatto che lo stesso pare proporre novità tanto rilevanti quanto problematiche.

La sentenza in questione, infatti, interviene a completamento di un discorso iniziato dalla stessa Corte, l’anno precedente, con l’ordinanza n. 207 del 2018. Il *modus decidendi* inaugurato con le dette decisioni, come si cercherà di evidenziare, presenta particolari elementi di interesse anche per le implicazioni che, in un certo senso, sembrano in grado di coinvolgere, oltre a quella giuridica, ulteriori scienze quali quelle umano-sociali e più nello specifico la pedagogia.

Specificità peculiare delle menzionate pronunce, come poc’anzi accennato, è in primo luogo rappresentata dall’iter decisionale seguito dalla Consulta. Si tratta, a ben vedere, di una novità che non pare destinata a rimanere isolata, dato che anche la recente ordinanza n. 132 del 2020 sembra voler replicare il medesimo schema decisorio.

Nel caso deciso in via definitiva con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul c.d. “caso Cappato”, riguardante l’attivista radicale che aveva reso materialmente concretizzabile l’intenzione di porre fine alla propria vita, liberamente assunta e manifestata da Fabiano Antoniani (ai più noto come “DJ Fabo”), accompagnandolo all’estero presso una apposita struttura sanitaria disponibile ad eseguire la pratica, ivi permessa, della c.d. morte assistita. L’accadimento in questione ebbe come conseguenza una incriminazione e conseguentemente un processo a carico di Cappato ai sensi dell’art. 580 c.p., laddove viene sanzionato l’aiuto al suicidio. Nel corso del giudizio penale la detta previsione normativa venne quindi sottoposta alla Consulta al fine di verificare la legittimità costituzionale della pena ivi prevista¹.

¹ Più in particolare, oggetto di perplessità era rappresentato dalla legittimità della sanzione penale nelle ipotesi in cui il soggetto che ricerca la morte, affetto da gravissime ed irrisolvibili patologie e costretto a sopportare enormi sofferenze, tenuto in vita da macchinari di supporto vitale, avendo liberamente e scientemente manifestato l’intendimento di porre

La Corte costituzionale, interessata della vicenda, con l'ordinanza n. 207 del 2018, pur non sottacendo le problematiche sottese alla previsione poc'anzi richiamata, ritenne però opportuno non dichiarare l'illegittimità dell'art. 580 c.p. Ciò perché la Corte riconobbe, in primo luogo, che una sua eventuale pronuncia non avrebbe potuto giungere ad una soluzione costituzionalmente univoca e vincolata. Un intervento sulla disposizione contestata avrebbe dunque necessitato di muoversi tra plurime alternative, implicanti un ampio ventaglio di scelte di natura evidentemente politica. In ragione di ciò, la Corte pronunciò un provvedimento di mero rinvio, assegnando al legislatore un anno di tempo per adottare una normativa in grado di risolvere la questione offrendo adeguata tutela ai plurimi diritti coinvolti.

L'ordinanza a cui si fa accenno, come evidenziato da più parti, ha rappresentato un provvedimento sicuramente anomalo ed inusuale². La stessa, infatti, evidenziando elementi di dubbia costituzionalità ma al contempo rinviando ad un successivo ed eventuale passaggio processuale l'intervento del Giudice delle leggi, ha di fatto scisso il giudizio costituzionale in due tempi. Così inaugurando un nuovo percorso decisionale a fattispecie progressive ed eventuali, nel quale il secondo momento del giudizio costituzionale avrebbe assunto concretezza solo in mancanza di una decisione *medio tempore* adottata dal Parlamento. In tal modo, dunque, finalità non celata della Corte costituzionale fu quella di sollecitare un intervento del legislatore nell'ambito di un solco per grande parte tracciato – anche in merito ai tempi – dalla stessa Consulta.

Trascorso un anno dal menzionato pronunciamento ed accertato il permanere dell'inerzia del legislatore, la Corte costituzionale decide dunque di concludere il perimetro circolare della sua decisione. Cosicché, con la sentenza n. 242 del 2019, arriva infine a dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 580 c.p. La sentenza, tuttavia, acclarato che il *vulnus* costituzionale era rappresentato dalla mancanza di una normativa in grado di tutelare un diritto reputato fondamentale, non si configura come un provvedimento ablatorio. La Corte, infatti, spingendosi fin dove aveva in precedenza dichiarato di non poter giungere per mantenersi nei limiti delle competenze della sua funzione istituzionale, arriva – di fatto – ad immettere nell'ordinamento una previsione del tutto nuova che, per di più, per sua stessa ammissione, non rappresenta una soluzione costituzionalmente obbligata³.

fine alla sua vita, nell'impossibilità fisica di gestire il suo corpo, sia stato solo materialmente aiutato a realizzare la propria scelta.

² In argomento cfr. A. RUGGERI, *Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta*, in *Consulta Online*, 3/2020, 556, il quale evidenzia come la vicenda in questione abbia manifestato un «uso alquanto “libero” o, diciamo pure, disinvolto delle forme processuali».

³ Alla luce di ciò sembrando condivisibili le perplessità manifestate da A. RUGGERI, op. ult. cit., 556, laddove l'A. rileva come tale intervento della Corte rappresenta «una complessiva torsione del ruolo istituzionale ad essa per Costituzione spettante, innaturalmente in tal modo convertendosi in un decisore politico *tout court*». In argomento si veda anche D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss., la quale A. rileva al riguardo il passaggio dalle “rime obbligate” ai “versi sciolti”.

Nei detti termini, appare del tutto peculiare l'approdo cui è giunta la Corte all'esito del suo articolato percorso decisorio perché, in assenza dell'invocato intervento legislativo, la stessa ha nei fatti adottato un provvedimento che, discostandosi dalla classica declaratoria di incostituzionalità, presenta elementi di natura spiccatamente normativa.

La decisione (*rectius*: le decisioni) in questione, come accennato in precedenza, non sembra catalogabile come un intervento episodico ed eccezionale, dato che, anche di recente, la Corte sembra aver voluto riproporre il medesimo schema decisorio. Pronunciando l'ordinanza n. 132 del 2020, infatti, dopo aver rilevato plurime criticità della normativa sottopostale, la Consulta ha nuovamente rinviato la decisione finale ad altra udienza, assegnando un anno di tempo al legislatore per intervenire nel solco di quanto evidenziato nella menzionata decisione⁴.

Con la recente ordinanza, nello specifico, la Corte è stata chiamata ad interessarsi della disciplina del delitto di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo della stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. Ciò perché plurimi giudici, interpellando la Corte, hanno rilevato l'illegittimità della pena prevista da siffatta normativa e consistente nel cumulo tra la reclusione e la multa.

Investita della accennata questione di legittimità costituzionale, la Corte, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo intervenuta in argomento, ha riconosciuto la necessità e l'urgenza di una complessiva rimediazione del bilanciamento, attualmente cristallizzato nella normativa oggetto delle menzionate censure, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica.

La Consulta, tuttavia, pur evidenziando quanto appena riportato, ha altresì precisato che «un simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore», poiché quest'ultimo «è meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco»⁵. Allo stesso modo, la Corte ha sottolineato che «il "compito naturale" di questa Corte è quello di verificare ex post, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione (ordinanza n. 207 del 2018) e, mediamente, con gli strumenti internazionali al cui rispetto l'ordinamento si è vincolato, sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza di questa Corte. Un compito al quale anche in questa occasione questa Corte non può e non intende sottrarsi, ma che – rispetto alle possibilità di intervento di

⁴ In argomento, tra i primi commenti, cfr. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 2/2020, 406 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 104 ss.; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, in *Consulta online*, 2/2020, 545 ss.; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27/2020, 206 ss.; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Oss. Cost.*, 5/2020, 121 ss.

⁵ Ordinanza n. 132/2020, punto n. 8 del *considerato in diritto*.

cui dispone il legislatore – sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del devolutum e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisorii; con il connesso rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell’ottica costituzionale (per analoghe preoccupazioni, si veda ancora l’ordinanza n. 207 del 2018)».

Le considerazioni espresse dalla Consulta fungono così da premessa rispetto ad un esito del tutto simile a quanto dalla stessa già deciso in occasione dell’ordinanza n. 207 del 2018, all’uopo peraltro più volte espressamente richiamata dalla stessa Corte nell’ordinanza n. 132 del 2020. In tal senso, infatti, tenuto in considerazione che «vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere», con l’ordinanza in commento la Corte ha ritenuto «opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni ora sottoposte a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali».

In definitiva, quindi, rilevate le incongruità della attuale disciplina impugnata e sottolineata la necessità di una soluzione legislativa, con l’ordinanza n. 132 del 2020, la Corte rinvia la trattazione della questione, assegnando medio tempore un termine di circa un anno per concretizzare l’auspicato intervento legislativo in materia, da realizzare tenendo in considerazione le plurime indicazioni formulate dalla stessa Corte costituzionale.

In ragione di quanto fin qui evidenziato, dunque, ciò che pare emergere e consolidarsi è all’evidenza un nuovo modello decisionale a formazione progressiva. In questo scenario, di recente replicato con la richiamata ordinanza n. 132 del 2020, l’ordinanza n. 207 del 2018 e la successiva sentenza n. 242 del 2019 offrono quindi rilevanti elementi di interesse in quanto prima rappresentazione compiuta di un iter che pare destinato a ripetersi.

2. Il nuovo modello della decisione “in due tempi” quale rimedio al frequente fallimento della interlocuzione monitoria tra Corte costituzionale e Parlamento

L’impressione appena rappresentata, per la quale dai recenti arresti della Corte costituzionale sembra emergere un nuovo modello decisionale, a ben vedere, pare ricevere elementi di conferma anche da altre e parimenti recenti decisioni. La sentenza n. 113 del 2020 come pure la sentenza n. 156 del 2020, infatti, affiancandosi temporalmente alle decisioni poc’anzi richiamate, sembrano in un certo qual modo poter essere lette come la giustificazione – sia pur implicita e non dichiarata – per sostenere la necessità di tale nuovo modello. Le dette decisioni, infatti, messe a confronto con il nuovo indirizzo giurisprudenziale

oggetto di attenzione, sembrano quasi voler testimoniare il fallimento di quei percorsi decisionali di natura monitoria con i quali, per lungo tempo, valorizzando la dialettica istituzionale in un'ottica di leale collaborazione, la Corte ha tentato a più riprese di sollecitare gli interventi legislativi ritenuti indispensabili per risolvere le questioni di legittimità costituzionale sottoposte.

Con la recente sentenza n. 113 del 2020 la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi su una questione di legittimità costituzionale relativa alla congruità del termine previsto dalla legge per proporre reclamo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza in tema di permesso premio, ritenuto – ad avviso del giudice remittente – eccessivamente breve.

La questione, come ricordato dalla stessa Corte, era già stata sottoposta anni addietro alla sua valutazione. In tale circostanza, con la sentenza n. 235 del 1996, la Consulta aveva però ritenuto opportuno pronunciarsi nel senso della inammissibilità delle questioni prospettate, non riuscendo a rintracciare nell'ordinamento una soluzione costituzionalmente obbligata che potesse consentire di porre direttamente rimedio alla pur riscontrata eccessiva brevità del termine in esame. Nella decisione in questione, tuttavia, la Corte aveva parimenti sollecitato un rapido intervento del legislatore al fine di individuare un nuovo termine in grado di contemperare la tutela del diritto di difesa con le esigenze di speditezza della procedura.

A fronte della prima decisione in materia, appena richiamata, trascorsi quasi cinque lustri senza che il legislatore sia stato in grado di cogliere il monito rivoltagli dal Giudice costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2020 la Corte ritiene opportuno ribadire la valutazione di contrarietà alle norme costituzionali del termine in esame, già espressa in sostanza nella sentenza n. 235 del 1996. In ragione di ciò, con un intervento additivo, la Consulta ritiene opportuno ampliare il detto termine – portandolo a 15 giorni – seppur ribadendo la possibilità per il legislatore di individuare, nel rispetto dei principi costituzionali che intervengono in materia, anche un altro termine, se ritenuto più congruo, per lo specifico reclamo in esame.

Con la sentenza n. 156 del 2020 la Corte è invece intervenuta con riferimento a quanto previsto dall'art. 131-bis del codice penale nella parte in cui esclude il reato di ricettazione attenuata da particolare tenuità dai reati per i quali è applicabile la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Anche la decisione in questione ritorna su una questione già trattata in precedenza con la sentenza n. 207 del 2017. In tale occasione la Corte, pur pronunciando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale illo tempore sottoposta, ebbe comunque modo di rilevare l'anomalia e l'asimmetria tra il trattamento sanzionatorio previsto per il reato di ricettazione attenuata da particolare tenuità del fatto e quello, più leggero, applicato a fattispecie di reato del tutto simili allo stesso. In ragione di ciò, la Corte

sollecitò il legislatore al fine di realizzare un intervento normativo volto a porre rimedio alle dette incongruenze «per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui»⁶.

La riproposizione di analoga questione di legittimità su tale materia offre così alla Corte l'occasione per constatare che «il legislatore non ha dato seguito a tale monito, pur essendo recentemente intervenuto sul testo dell'art. 131-bis cod. pen.», precisando conseguentemente che «è proprio la circostanza che il legislatore non abbia sanato l'evidente scostamento della disposizione censurata dai parametri costituzionali che impone oggi a questa Corte di intervenire con il diverso strumento della declaratoria di illegittimità costituzionale»⁷. Cosicché, con la sua recente decisione, ritenendo non più rinviabile un intervento in materia, la Corte pronuncia una sentenza additiva a conclusione della quale, tuttavia, ribadisce la possibilità di un successivo intervento del legislatore in materia.

Le decisioni appena richiamate, con tutta evidenza, presentano come minimo comune denominatore l'indisponibilità del legislatore ad intervenire, in una prospettiva di responsabile dialettica istituzionale, laddove il Giudice delle leggi rappresenti un quadro problematico che necessita di un intervento normativo. L'elemento in questione, a ben vedere, appare in un certo qual senso inquadrabile quale premessa giustificativa per un rinnovato approccio della Consulta su questioni analoghe. La Corte, nei detti termini, sembra oramai consapevole del fatto che le sue decisioni monito, non ottenendo il riscontro legislativo sollecitato, troppo spesso si limitano a rimandare un problema accertato e destinato a restare colpevolmente irrisolto. In ragione di ciò, constatata la frequente inefficacia di decisioni monitorie rimaste inascoltate per più anni, la recente tecnica della decisione “in due tempi”, con un intervallo certo e ben definito tra i due momenti decisionali, pare rappresentare una soluzione innovativa e destinata ad essere replicata più volte, qualora non si attivino correttivi in grado di contemperare le necessità di tutela della legalità costituzionale e quelle della salvaguardia della discrezionalità politica del legislatore.

3. Effetti e problematiche del rinnovato modello decisionale nella sua prima applicazione compiuta: la natura additiva della sentenza n. 242 del 2019 e le zone grigie dell'indirizzo seguito dalla Consulta

Se, come pare, il percorso decisionale recentemente inaugurato dalla Corte costituzionale può essere inteso come espressivo di un nuovo modello decisorio, merita specifica attenzione la prima realizzazione completa di siffatto modello. In questo quadro, infatti, la sentenza n. 242 del 2019, come poc'anzi accennato, può essere identificata come la seconda tappa di un iter avviato con l'ordinanza n. 207 del 2018. I due arresti, dunque, si pongono quasi come una endiadi giudiziaria.

⁶ Sentenza n. 207/2017, punto n. 7 del *considerato in diritto*.

⁷ Sentenza n. 156/2020, punto n. 3.5.4 del *considerato in diritto*.

Con il primo elemento la Corte ha infatti sostanzialmente acclarato una sorta incostituzionalità della norma impugnata, sebbene formalmente non la abbia dichiarata. In tal modo affermando di voler offrire al legislatore la possibilità, nei tempi tassativamente individuati dalla stessa ord. n. 207/2018, di adottare una disciplina in grado di rimuovere il *vulnus* messo a fuoco dal Giudice costituzionale.

Successivamente, permanendo l'inerzia del legislatore, il secondo e definito passaggio decisionale si pone quale elemento conclusivo dell'intervento della Consulta. Coticché, con la sentenza n. 242/2019, la Corte costituzionale afferma che «l'art. 580 cod. pen. deve essere dichiarato, dunque, costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dianzi indicati –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»⁸.

Nei termini appena riportati la Corte adotta una sentenza additiva, non solo di principio. Il Collegio, infatti, in assenza di un intervento del legislatore, introduce di fatto una disciplina del tutto nuova, sufficientemente dettagliata sotto vari profili, anche applicativi, capace di regolamentare gli accadimenti tanto successivi quanto antecedenti alla sua introduzione.

Per giustificare la sua decisione la Corte afferma che «non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti (sentenza n. 59 del 1958). Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (susceptibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)»⁹.

⁸ Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 8 del *considerato in diritto*.

⁹ Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 4 del *considerato in diritto*.

Ad avviso della Corte, infatti, «l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, “posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio” (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale»¹⁰.

Nei termini riportati, tuttavia, fornendo «vere e proprie indicazioni di politica legislativa e di tecnica della normazione»¹¹, la Corte di fatto si arroga il diritto di intervenire, quasi ammantandolo delle vesti di un suo precipuo dovere, al fine di colmare tutti quei vuoti normativi che, a suo avviso, possano comportare una menomata protezione di diritti fondamentali¹². Sulla base di tale presupposto, dunque, nel caso sottoposto la Consulta ritiene di dover ricavare da un non meglio specificato “sistema vigente”¹³ i criteri per elaborare una disciplina che, pur non essendo a contenuto costituzionalmente vincolato¹⁴, possa essere funzionale a riempire le lacune dell'ordinamento¹⁵.

L'argomentazione fornita dalla Corte a sostegno della sua decisione presenta però plurimi motivi di perplessità. Al riguardo, in primo luogo, non può essere sottaciuto il fatto che con la sent. n. 242/2019 la

¹⁰ Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 4 del *considerato in diritto*.

¹¹ R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Oss. Cost.*, 1/2020, 349.

¹² In questi termini, ad avviso di P. VERONESI, “Ogni promessa è debito”: la sentenza costituzionale sul ‘caso Cappato’, in *www.giustiziainsieme.it*, 10, la Corte «dà luogo a un particolare bilanciamento tra la necessità di rispettare scrupolosamente la discrezionalità legislativa e l'esigenza che essa stessa offra ‘normative’ tese a colmare una grave situazione di incostituzionalità». Con l'evidente conseguenza che, all'esito del menzionato bilanciamento, è la seconda esigenza a prevalere sulla prima.

¹³ Ad avviso di parte della dottrina, invero, sarebbe la legge n. 219/2017 il baricentro attorno al quale ruota tutta la motivazione della recente sentenza n. 242/2019. In tal senso, cfr. F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 672; F. ZAMMARTINO, *Annotazioni sul trattamento di fine vita tra incertezze legislative e giurisdizionalizzazione dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 349.

¹⁴ In argomento, cfr. S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, in *Oss. Cost.*, 2/2020, 291 ss., il quale, analizzando la sentenza n. 242/2019 e richiamando la precedente giurisprudenza costituzionale, si sofferma sulla distinzione che intercorre tra leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e leggi costituzionalmente necessarie.

¹⁵ Osserva al riguardo R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. The final cut*, in *Consulta online*, 1/2020, 10, che «non è possibile dedurre quali siano le “coordinate del sistema vigente” grazie alle quali la Corte potrebbe identificare, in concreto, “i criteri di riempimento costituzionalmente necessari” a riscrivere o ad integrare una determinata disciplina normativa; in tal modo sostituendosi, pertanto, la discrezionalità del Giudice (seppur costituzionale) a quella del Legislatore». Evidenza al riguardo E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Oss. Cost.*, 1/2020, 311, che «la preferenza accordata ai “criteri di riempimento costituzionalmente necessari”, scelti dai giudici costituzionali in quanto estratti dalle peculiarità del caso in esame, rispetto al “contenuto (non) costituzionalmente vincolato”, caratteristico dello schema crisafulliano delle “rime obbligate” per la divisione dei poteri tra legislatore e Corte costituzionale, non è cosa di poco conto e fa balenare notevoli ricadute anche sui futuri scenari». Simili perplessità vengono annotate anche da O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. Cost.*, 1/2020, 375.

Corte costituzionale smentisce se stessa. Come osservato da attenta dottrina, infatti, «nell’ordinanza n. 207/2018 aveva riconosciuto che il suo compito naturale è solo quello “di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolte” e non quello di riempire i vuoti della disciplina legislativa, specie quando “la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l’incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere”»¹⁶.

Il cambio di indirizzo della Corte appare radicale, manifestando un chiaro intendimento di politica normativa. Tale modalità di intervento, a ben vedere, manifesta un ulteriore elemento di criticità. La decisione, infatti, sebbene formalmente dichiara di volersi agganciare al “sistema vigente”, vale a dire al *corpus* della normativa che il nostro ordinamento propone in materia di c.d. “fine vita”, nella realtà si discosta in maniera netta e sostanziale rispetto alle scelte – fin qui – compiute su tale tematica dal legislatore. La Corte, infatti, a più riprese fa espliciti richiami agli indirizzi desumibili dalla legge n. 219/2017. Viene in particolare osservato come, in virtù di quanto stabilito dalla normativa in materia di consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento, un malato affetto da patologie irreversibili, sottoposto a sofferenze intollerabili, tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, qualora dotato di autonoma capacità decisionale potrebbe decidere di lasciarsi morire, richiedendo l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e la sottoposizione alla sedazione profonda continua o a cure palliative. Nel richiamare il menzionato indirizzo legislativo la Corte evidenzia il *vulnus* di tale norma nel non consentire al malato di poter richiedere al medico trattamenti diretti a determinarne la morte rapida, così costringendolo ad un «processo più lento e carico di sofferenze per le persone che gli sono care»¹⁷. Nei termini appena riportati, dunque, la decisione in oggetto sembrerebbe voler evidenziare che, poiché lo scopo della legge è consentire al malato di trovare volontariamente la morte, la normativa sarebbe incompleta laddove non permettesse al malato stesso di scegliere come e quando morire¹⁸.

¹⁶ E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, cit., 310.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 2.3 del considerato in diritto. Per giustificare la conclusione cui giunge la Corte costituzionale richiama ampiamente la disciplina ricavabile dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017, individuando la stessa quale «preciso punto di riferimento già presente nel sistema» (punto 5 del considerato in diritto). Osserva al riguardo che, poiché la decisione in questione attiene proprio all’aiuto da riconoscere a quei soggetti che potrebbero decidere di rinunciare al trattamento di sostegno vitale ai sensi dell’art. 1, co. 5, legge n. 219/2017, da tale previsione è possibile ricavare una procedura “medicalizzata” estensibile anche al caso in oggetto.

¹⁸ Non possono essere sottaciute le perplessità sollevate al riguardo da quell’autorevole dottrina che ha avuto modo di evidenziare che «lo Stato non può autorizzare alcuno, sia pure con il consenso (in realtà difficilmente accertabile) dell’interessato e per motivi di pietà, a porre fine alla vita di un suo simile» (in tal senso, R. ROMBOLI, *Commento sub art. 5 del c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 1988, 307).

La Corte, tuttavia, tralascia di tenere in considerazione il fatto che i lavori preparatori del menzionato provvedimento normativo riportano in maniera inequivoca la volontà del legislatore orientata nel senso di non accogliere né l'aiuto al suicidio né l'aiuto a morire¹⁹. Ragion per cui quanto mai fondate appaiono le perplessità manifestate da quella dottrina che ha evidenziato come «in nome della salvaguardia di diritti costituzionali a cui sembra attribuirsi un valore “supercostituzionale” rispetto ad altri, la sentenza n. 242 stravolge le fondamenta su cui si basa la legge 219, la quale, nonostante presenti indubbiamente alcune “zone grigie” nel suo impianto fondamentale, ha comunque il merito di tracciare l'importante distinzione tra rifiuto delle cure ed eutanasia, garantendo pienamente solo il primo»²⁰.

Nei termini accennati appare evidente l'innovatività della posizione giuridica che la Corte intende tutelare. Il nostro ordinamento, infatti, sulla base dell'art. 1, co. 5, della legge n. 219/2017 ha riconosciuto la libertà di rifiutare o di sospendere le cure, anche laddove possa derivare la morte di chi compie tale scelta. A fronte di ciò, invece, diversamente da quanto stabilito dal legislatore, la Corte sancisce adesso la libertà di decidere come e quando concludere la propria vita²¹. La differenza, non di poco momento, mette così in luce in maniera evidente la “scelta politica” della Consulta, orientata nel senso di riconoscere una nuova e differente libertà individuale²².

L'aiuto medicalmente assistito ad ottenere la morte viene così inquadrato dalla Corte quale esplicazione del diritto alla libertà personale ed al rifiuto di cure mediche, nell'ambito del quadro ricavabile in via

¹⁹ In tal senso, cfr. C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, 12. In particolare, alla nota n. 22, l'A. riporta che «Nei lavori preparatori della legge n. 219 del 2017, l'introduzione dell'aiuto al suicidio, accanto al lasciare morire, era stata oggetto di specifici emendamenti, poi rigettati. Si vedano i pareri negativi espressi dalla relatrice di maggioranza Donata Lenzi nella seduta dell'Assemblea della Camera dei Deputati di martedì 4 aprile 2017 (su www.camera.it)».

²⁰ F. ZAMMARTINO, *Annotazioni sul trattamento di fine vita tra incertezze legislative e giurisdizionalizzazione dei diritti*, cit., 349-350. Lo stesso A. argomenta ulteriormente sul punto rilevando che «affermazioni del tipo che la scelta (discrezionale) fatta dal legislatore sia priva di una copertura costituzionale e che la Carta costituzionale pretenda di garantire il diritto al suicidio assistito, significa in concreto il riconoscimento in capo alle persone di un diritto eutanasi che, a parere dello scrivente, non è il diritto al rifiuto delle cure garantito dall'articolo 32, co. 2, Cost.77 in combinato disposto con gli artt. 2 Cost. e 8 CEDU78. Non mi sembra infatti che la volontà di rinunciare a un trattamento sanitario mediante la sedazione profonda (che è una terapia del dolore durante il decorso della malattia), di cui alla l. 38 del 2010, sia comparabile con l'assunzione di un farmaco che provoca direttamente la morte».

²¹ O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 379-380. Osserva tuttavia E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell'attivismo giudiziale*, cit., 309, che «nel ragionamento della Corte il passaggio dalla scelta di una terapia che elimini le sofferenze fino alla morte alla somministrazione di un farmaco letale, che provochi “una morte rapida”, rappresenta un salto logico ed un'evidente aporia, tanto più che il legislatore si era già espresso con la legge n.219/2017 a favore della sedazione profonda».

²² Osserva condivisibilmente E. FURNO, op. cit., 315, come «con tale decisione la Consulta, apparentemente rispettosa della discrezionalità del Parlamento, ma in realtà creatrice ex nihilo del diritto, si spinge ai confini massimi del controllo di costituzionalità sulle omissioni legislative, fino ad inserirsi in concreto nel ristretto “club” dei legislatori. E', infatti, l'approccio ispirato al massimo attivismo, che porta i giudici costituzionali a sostituire la loro valutazione a quella del legislatore».

interpretativa dagli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost²³. A fronte di tale ricostruzione è però evidente che la Costituzione non contempla in maniera esplicita siffatto diritto, motivo per cui la configurazione dello stesso necessita del determinante ausilio ermeneutico – se non addirittura di una lettura del Testo fortemente manipolativa – da parte del Giudice costituzionale. Allo stesso modo, risulta ugualmente assente anche una normativa in grado di tutelare l’effettiva protezione di tale diritto (sotto forma di esimente della responsabilità penale per chi agisce al fine di prestare il menzionato aiuto). Ragion per cui, anche in questo caso, la Corte opera nel senso dell’immissione nell’ordinamento di una normativa rivolta a tale scopo, sebbene – come la stessa Corte afferma – si tratti di una disciplina costituzionalmente non vincolata.

È quindi palese, nei termini accennati, come l’intervento della Consulta manifesti una precisa volontà politica oltre (o forse prima) che giuridico-costituzionale²⁴.

4. Il legislatore silente quale premessa per un rinnovato attivismo giudiziario in funzione supplente

Alla luce di quanto fin qui oggetto di analisi appare meritevole di essere preso in considerazione anche quell’intendimento, a più riprese manifestato nel percorso decisionale intrapreso dalla Corte, laddove, pare comunque emergere il tentativo di far salva la sfera di attribuzioni del legislatore.

Nel senso accennato, prestando specifica attenzione alla doppia pronuncia recentemente consegnataci tra il 2018 ed il 2019, dapprima la Corte ha segnalato la problematica costituzionale, assegnando un termine tassativo per l’intervento risolutivo della legge (ord. n. 207/2018). Dopodiché, constatata l’inerzia del Parlamento, ritenendo di non poter lasciare sprovvisto di tutela un diritto fondamentale, al fine dichiarato di salvaguardare la legalità costituzionale, la Consulta ha deciso di intervenire con una sentenza additiva (sent. n. 242/2019). Anche in questo caso, però, la Corte conclude la sua decisione ribadendo la possibilità di un successivo intervento regolatore dell’organo legislativo²⁵.

²³ Plurime sono le perplessità riconducibili a siffatta prospettiva. In dottrina, per tutti, cfr. I. NICOTRA, *“Vita” e sistema dei valori nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1997, 140 ss.

²⁴ Già da tempo, invero, la dottrina aveva riconosciuto, soprattutto con riferimento alle questioni eticamente sensibili, il ruolo della Corte quale “soggetto politico”. In tal senso, per tutti, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 1/2008, 110 ss. Più di recente, cfr. O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all’assistenza nel morire in attesa dell’intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 374.

²⁵ Al riguardo, ampiamente condivisibili appaiono le perplessità manifestate da A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *www.giustiziainsieme.it*. L’A., in particolare, evidenzia una “contraddizione di fondo”: «o è vero quanto dichiarato la prima volta dal giudice costituzionale, vale a dire che spetta davvero al legislatore (e solo ad esso) far luogo alla scelta tra le varie soluzioni normative astrattamente immaginabili, da compiersi entro un certo termine (del quale, peraltro, è oscuro il titolo in nome del quale è dal giudice fissato), ed allora non è chiaro cosa mai legittimi in un tempo successivo la Corte a sostituirsi al legislatore stesso; oppure il giudice può (e, anzi, deve) far luogo alla disciplina dalla stessa

L'intervento del Giudice costituzionale, nei termini riportati, parrebbe quindi tentare di sollecitare e coinvolgere a più riprese il legislatore che, invero, anche in questa vicenda, come non di rado accaduto anche in passato, appare restio ad esercitare, appieno e compiutamente, il precipuo ruolo di decisore politico che l'ordinamento costituzionale gli assegna.

La mancanza di precise discipline normative, a ben vedere, sempre più di frequente si traduce in un elemento idoneo ad avvalorare l'idea che possa rinvenirsi nel giudice, financo in quello costituzionale, il soggetto istituzionale legittimato a svolgere un ruolo di impropria supplenza. Ciò nel tentativo ricavare un quadro giuridico utile a disciplinare tutti quegli accadimenti che, venuti comunque in essere pur in assenza di regolamentazione legislativa, testimoniano uno scollamento tra le concrete dinamiche sociali e l'astratta realtà giuridica.

In questo quadro, il percorso argomentativo seguito dalla Corte, volto ad illustrare la necessità di garantire comunque la prevalenza della "legalità costituzionale" anche a scapito della "discrezionalità del legislatore", se ad avviso di alcuni rappresenta «il tentativo di riaffermare come propria (...) quella porzione di responsabilità che il sistema costituzionale le ascrive relativamente all'inveramento della legalità costituzionale, per il versante che ad essa compete»²⁶, ad avviso di altri sembrerebbe invece poter volere significare che «il modello disegnato nella Carta in ordine alla tipizzazione dei ruoli istituzionali ha una forza non già autenticamente *prescrittiva* bensì meramente *persuasiva* e che gli stessi operatori possono *factis* discostarsene»²⁷.

Nei termini accennati, la recente sentenza della Corte costituzionale sembra fungere da cornice rispetto a quel quadro di riflessioni, ampie, articolate e non di rado divergenti, che riguardano il ruolo dei giudici nel processo di formazione dell'ordinamento giuridico. A questo riguardo, infatti, a fronte delle due classiche e contrapposte tesi che vedono, da un lato, il ruolo del giudice in chiave sillogistica e ricognitiva, e, dall'altro, in funzione creativa in ragione della fattualità del diritto, quale espressione della continua evoluzione del corpo sociale, v'è chi rinviene come ai giorni d'oggi sia sostanzialmente cambiato il contesto ordinamentale e con esso il processo di formazione delle norme regolatrici. Normative disorganiche o, in alcuni casi, addirittura mancanti, influenze extra-statali dovute alla conformazione

prefigurata, ed in tal caso non è chiaro perché non vi si possa (e debba) porre subito mano, senza indugio alcuno, tanto più che è poi pur sempre consentito al legislatore di apportarvi le innovazioni giudicate opportune, una volta che abbia deciso di tornare a rioccupare il campo di sua spettanza, sia pure nel rispetto dei "principi e criteri direttivi" somministratigli dal giudice costituzionale». Netamente critica al riguardo anche la posizione espressa da S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, cit., 292, ad avviso del quale «la natura costituzionalmente necessaria della disciplina introdotta dalla sentenza n. 242 del 2019 non sarebbe sufficiente a giustificare la decisione di tipo additivo concretamente assunta».

²⁶ R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, cit., 356-357.

²⁷ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.

multilevel dell'ordinamento giuridico, valore ed effetti delle sentenze, renderebbero di fatto differente il ruolo del giudice (o, meglio, dei giudici) nel percorso volto a disciplinare fattispecie concrete²⁸. Con la conseguenza che, soprattutto nel campo delle tematiche biogiuridiche, la “pressione” esercitata dai casi concreti, accompagnata dall'intervento del formante giurisprudenziale²⁹, sarebbe in grado di incidere in modo determinante sulla configurazione della risposta giuridica dell'ordinamento.

Nei detti termini, laddove viene a mancare un necessario indirizzo normativo, il giudice verrebbe di fatto investito di una sorta di “funzione ordinante” rispetto a fenomeni che, sempre più frequenti nel tessuto sociale, non possono di certo essere ignorati. Ragion per cui, come da alcuni sostenuto, la pronuncia della Consulta potrebbe essere inquadrata all'interno di una “trama complessa” che, caratterizzata dall'arretratezza delle istituzioni politico-rappresentative, muovendo dalla spinta offerta dai bisogni delle persone, evidenzia un protagonismo dei giudici, comuni e – financo – costituzionali³⁰. Tale per cui, l'esito che sempre più di frequente si sta registrando assume le sembianze di una sorta di «necessità di strategie giudiziarie che accompagnino o sostituiscano battaglie politiche vere e proprie»³¹.

La prospettiva appena delineata, tuttavia, porta con sé quale derivato che la funzione che il giudice si trova ad esercitare assume nei fatti le sembianze di una sorta di supplenza dai connotati incerti, se non addirittura impropri. In questo scenario, tra l'altro, non può sfuggire il rischio che si possano addirittura realizzare delle “scelte aberranti”, tanto rispetto alle forzature cui potrebbe giungersi nella ricostruzione della volontà del legislatore, quanto – e ancor di più – nell'eventualità in cui si concretizzasse una sostituzione della volontà del giudice a quella politica. Situazione quest'ultima che, fuoriuscendo dai confini delle funzioni proprie delle istituzioni democratiche dello Stato di diritto, porterebbe con sé i plurimi rischi sottesi al pericoloso sconfinamento dell'interpretazione in mero arbitrio³².

Quanto fin qui evidenziato induce a nutrire qualche dubbio rispetto alla reale volontà della Consulta di salvaguardare il ruolo del legislatore. Al riguardo, infatti, alcuni commentatori hanno ritenuto che l'intervento della Corte, avendo in prima battuta sollecitato l'intervento del Parlamento (ord. n. 217/2018), a fronte dell'inerzia delle istituzioni politico-rappresentative, possa essere identificato come un seguito giurisprudenziale soddisfacente della legalità costituzionale³³. Tale per cui, ove valutato in

²⁸ F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europe)*, in *Federalismi.it*, 15/2019, 4 ss.

²⁹ Al riguardo, cfr. V. MARCENÒ-G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67 ss.

³⁰ M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. Cost.*, 1/2020, 287.

³¹ M. D'AMICO, op. ult. cit., 288.

³² Al riguardo, cfr. L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Quest. Giust.*, 2/2016, 208 ss.

³³ R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, cit., 348. Ancor più positive, rispetto all'intervento della Corte, appaiono le riflessioni di F. RINALDI, *Un totenrecht o diritto di non soffrire?*, in *Dirittifondamentali.it*,

un'ottica di leale e dialettica collaborazione istituzionale, tale soluzione può rappresentare una “nuova opportunità per il Parlamento” aiutato e sollecitato dalla Consulta ad assumersi la responsabilità di intervenire³⁴.

Nella direzione da ultimo accennata, infatti, potrebbe essere letta la sollecitazione formulata in chiusura della sent. n. 242/2019, laddove la Corte ritiene necessario «ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati»³⁵.

A ben vedere, però, l'affermazione da ultimo riportata parrebbe nei fatti assumere un valore più formale che sostanziale³⁶, dato che, come evidenziato da attenta dottrina, «in ragione del principio di economicità e del legislatore non ridondante, davvero non si vede quale significativo spazio residui alla discrezionalità del Parlamento, a fronte di sì stringenti vincoli posti dalla Corte»³⁷. Potendo semmai l'intervento della Corte paradossalmente sortire l'effetto esattamente opposto, vale a dire la deresponsabilizzazione del legislatore a fronte di una disciplina – di fatto – normativa introdotta per mano del Giudice costituzionale.

5. L'accresciuto ruolo dei giudici (anche costituzionali) tra la crisi della rappresentanza ed il rischio di un improprio protagonismo giudiziario

Da tempo e da più parti viene oramai comunemente evidenziato il fatto che nel nostro sistema ordinamentale sia oramai sensibilmente cresciuto il ruolo dei giudici. Numerosissime sono le riflessioni che, sotto plurime prospettive di analisi, si sono soffermate su tale argomento. In tale scenario, elemento centrale e determinante rispetto al fenomeno accennato è stato comunemente identificato nella c.d. crisi della rappresentanza, con il conseguente depauperamento della capacità di intervento delle istituzioni politiche e, in primo luogo, del Parlamento. Ben noto è il tema cui si fa accenno e altrettanto risaputo che molteplici sono le cause a cui è possibile imputare tale situazione: l'eccessiva emersione di interessi che

1/2020, 239, il quale osserva che «In una dimensione postpositivistica, dove la realtà tende spesso a superare l'ordine giuridico costituito, necessaria appare un'interpretazione adeguatrice, al fine di condurre il diritto oltre l'«etica» ed oltre il dato formale giuspositivistico, favorendone la giurisdizionalizzazione e rafforzando il legame tra creatività dell'interprete, legalità del caso e forza del fatto».

³⁴ C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sist. Pen.*, 11/2019, 54.

³⁵ Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 9 del *considerato in diritto*.

³⁶ Puntuale e condivisibile, al riguardo, appare l'osservazione di E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell'attivismo giudiziario*, cit., 313, ad avviso del quale «a nulla vale (...) l'auspicio, posto in chiusura della decisione ed immediatamente prima della parte dispositiva, che “la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore” se poi questi dovrà legiferare “conformemente ai principi enunciati”: in tale ipotesi la Corte diventa l'artefice di “una vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza”».

³⁷ C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, cit., 15. Tanto che la stessa dottrina conclude la sua riflessione con alcuni interrogativi quanto mai condivisibili e significativi: «perché mai il legislatore dovrebbe riscrivere sotto dettatura le parole della Corte costituzionale, traducendo in legge una sua decisione politica? Facendo appello a quale dignità? Certo non la sua» (p. 17).

lo stato di democrazia pluralista non riesce più a selezionare e sintetizzare in chiave normativa; la conseguente perdita di credibilità dei partiti politici, sempre più incapaci di dare risposte ai bisogni sociali nelle sedi delle istituzioni politiche; l'affermazione di un diritto sovranazionale sempre più in grado di scalzare i Parlamenti nazionali quali sedi delle decisioni politiche; la crescente inadeguatezza dei tradizionali strumenti normativi, da tempo oramai riconosciuti come inadatti ad offrire risposte in tempi congrui ai plurimi problemi sociali; la progressiva manifestazione di spinte orientate a valorizzare percorsi e strumenti di democrazia diretta che, supportati dai progressi tecnologici che ne governano le modalità operative, manifestano una crescente sfiducia verso i classici canali della democrazia rappresentativa. Quelli appena richiamati, all'evidenza, sono solo alcuni degli indicatori di quella complessiva situazione che, come prima accennato, viene spesso fotografata nei termini della crisi della rappresentanza e, in definitiva, della legge³⁸.

La progressiva espansione del ruolo dei giudici, pur risentendo in maniera determinante degli elementi appena richiamati, non sembra però comprensibile appieno laddove si limiti il piano di analisi solo a tali considerazioni. Ciò perché non sembra addebitabile unicamente alla contrazione del potere legislativo la corrispondente espansione del potere giudiziario. Tale per cui il giudice, quasi senza volerlo, sarebbe nei fatti costretto a farsi carico di funzioni altrui, in una prospettiva di necessitata supplenza finalizzata alla salvaguardia di tutti quei diritti che, diversamente, rischierebbero di restare privi di riconoscimento e tutela.

Per meglio comprendere il quadro di insieme, invero, pare opportuno non tralasciare la possibilità che alla menzionata "supplenza" possa non di meno affiancarsi anche il rischio di una sorta di "protagonismo" giudiziario. Al riguardo, infatti, giova essere ricordato come già parecchi lustri addietro, prendendo spunto dalle riflessioni emerse in un noto convegno, numerosi studiosi di varie branche del diritto ebbero modo di confrontarsi sul tema de *L'uso alternativo del diritto*³⁹. L'occasione appena richiamata offrì lo spunto per far emergere tutte quelle posizioni a vario titolo convergenti nel senso di riconoscere la necessità di modificare il tradizionale modo di fare diritto. Prospettiva in funzione della quale, in particolare, da più parti venne evidenziata l'opportunità di attribuire un nuovo ruolo alla magistratura, in una rinnovata ottica di protezione e promozione degli interessi individuali.

³⁸ Sterminata è la letteratura in argomento, nel cui ambito, tra i contributi più recenti, è possibile consultare A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta online*, 3/2020, 606 ss.; ID., *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it*, 23/2018; S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017.

³⁹ Gli atti del convegno sono consultabili in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973.

Le tesi che emersero, nella menzionata cornice, proposero chiavi di lettura della funzione giurisdizionale oscillanti tra chi sostenne la necessità che il giudice debba trovare il coraggio di “vivere politicamente” il proprio ruolo, non preoccupandosi di ricercare la copertura giuslegalistica delle proprie attività⁴⁰; chi sottolineò l’opportunità di una attuazione-integrazione critica del diritto⁴¹, mossa dal presupposto dell’inevitabile incompletezza del dato positivo; e chi ancora constatò come il giudice non possa esimersi dalla responsabilità del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo⁴², poiché il suo ruolo, non potendosi esaurire in quello di mero “traduttore giuridico” della volontà politica del potere sovrano, valorizzando la Costituzione materiale anche oltre il dato formale, implica il recepimento dei valori politico-sociali nel sistema normativo⁴³.

Anche di recente, riflettendo sulle prospettive appena richiamate, avallando la tesi per cui la vera radice della democrazia dovrebbe essere rinvenuta nella capacità di interpretare la legge non già sulla base di una ermeneutica puramente logica bensì tenendo conto del sentire comune⁴⁴, è stato sostenuto che la chiave del procedimento interpretativo dovrebbe essere ricercata fuori dagli enunciati normativi. Da ciò derivando che l’attività del giurista non può che essere politica e consapevole del fatto che «lo stesso principio democratico va misurato non con riferimento al momento di posizione del precetto, ma con riguardo al momento della sua applicazione»⁴⁵.

Lo scenario appena rappresentato, a ben vedere, richiede quindi di prestare grande attenzione al rischio che i giudici, ancor di più quelli costituzionali, possano a vario titolo sentirsi legittimati a travalicare il confine che delinea l’area delle funzioni loro attribuite dal sistema costituzionale. Eventualità, quest’ultima, all’evidenza ancor più concreta a fronte di testi legislativi ambigui o addirittura mancanti.

Con specifico riguardo al Giudice costituzionale, invero, è evidente che questi con le sue sentenze, non può limitarsi a rapportare unicamente testi, dovendosi spingere ad analizzare anche i contesti in cui i primi svolgono la loro efficacia. In tal senso, infatti, può capitare che una questione di costituzionalità, dichiarata

⁴⁰ A. DI MAJO, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull’ “uso alternativo” del diritto*, in P. Barcellona (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., 159.

⁴¹ In tal senso, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofico-giuridica*, Firenze, 1974.

⁴² S. COTTA, *La sfida tecnologica*, 4 ed., Bologna, 1971, 182.

⁴³ S. COTTA, op. ult. cit., 136.

⁴⁴ In tal senso, cfr. S. COTTA, *Il compito del giurista nell’ora presente*, in *Justitia*, 1966, 170.

⁴⁵ N. LIPARI, *L’uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018, 150. Rispetto alle pratiche dell’interpretazione adeguatrice, nell’ottica di una lettura costituzionalmente orientata dei testi legislativi, è stato osservato che «in questi casi si è parlato, a mio avviso impropriamente, di “uso alternativo del diritto”, ad indicare un comportamento tendente, in nome dei principi costituzionali e facendo diretta applicazione degli stessi, alla disapplicazione della legge. Come da tempo è stato sottolineato, parrebbe preferibile parlare in proposito di un “uso costituzionale” del diritto, dal momento che il giudice non procede affatto a disapplicare una legge, bensì a riempire i vuoti esistenti, specie in certe materie, (...) derivando la soluzione direttamente dalla Costituzione» (in tal senso R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

infondata in un dato momento storico, qualora riproposta, seppur a legislazione invariata, possa offrire esiti differenti⁴⁶.

Altrettanto vero, tuttavia, è che l'intervento del Giudice delle leggi deve essere in grado di calibrare con massima oculatezza la forza di penetrazione delle sue decisioni nel sistema normativo. Con ciò volendo intendere che l'eventualità di sentenze dal chiaro tenore normativo, in grado cioè di immettere – di fatto – precetti prima assenti nel mondo del diritto positivo, dovrebbero essere utilizzate come *extrema ratio*, cui ricorrere solo laddove il principio costituzionale che si ritiene di voler così tutelare appaia chiaro e inequivoco, prima ancora che vittima della disattenzione del legislatore. Diversamente, in presenza un principio costituzionale non immediatamente intellegibile, la cui emersione necessiti quindi di una articolata elaborazione ermeneutica, laddove il Giudice delle leggi, dopo essersi sforzato di delinearlo, si spingesse addirittura oltre, evidenziando anche il percorso normativo ritenuto più utile per concretizzarne la tutela, sarebbe concreto il rischio di una esondazione della funzione del controllore costituzionale nel campo della decisione politica. Eventualità, quest'ultima, idonea a dare adito a quei timori di “nichilismo interpretativo”⁴⁷ espressi da chi teme la possibilità di legittimare qualsivoglia scelta, arbitraria, individuale e insindacabile, del soggetto giudicante.

L'ipotesi da ultimo prospettata sottende all'evidenza non pochi problemi. Qualora si concretizzassero operazioni ermeneutiche in tal senso orientate, infatti, la Corte costituzionale rischierebbe di confondere ruoli e funzioni istituzionali, offrendo il fianco alle perplessità legate alla possibilità di adottare una

⁴⁶ Esemplificativa, al riguardo, appare la vicenda legata all'attribuzione del cognome ai figli che, come è ben noto, ha registrato un progressivo cambio di rotta della giurisprudenza costituzionale, anche in ragione dei mutati costumi sociali e dei conseguenti cambiamenti avutisi nell'ambito delle relazioni familiari. In questo senso, infatti, nella prima occasione in cui ebbe modo di occuparsi della vicenda, con l'ordinanza n. 176/1988, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale riguardante gli artt. 71, 72 e 73 del R.D. 1238/1939, laddove non prevedono né la possibilità che i genitori possano attribuire ai figli il cognome di entrambi i genitori, né che i figli possano assumere anche il cognome materno. La stessa Corte costituzionale, in un ulteriore pronunciamento di poco successivo, con la ordinanza n. 586/1988 riprese nuovamente le ragioni prima riportate, secondo le quali il sistema che prevede l'attribuzione del cognome paterno risponde ad una regola radicata nel costume sociale e posta a tutela dell'unità della famiglia. A distanza di quasi quattro lustri la Consulta tornò nuovamente ad occuparsi della questione con la sentenza n. 61/2006. Con tale decisione, pur non modificando di fatto la soluzione (di inammissibilità) cui alla fine concretamente pervenne, la Corte però mutò radicalmente le sue precedenti considerazioni, riconoscendo esplicitamente la incompatibilità tra la regola sulla attribuzione del cognome ai figli (nati nel matrimonio) ed il principio costituzionale dell'eguaglianza (art. 3 Cost.), anche tra i coniugi (art. 29, co. 2, Cost.). Il Collegio, al riguardo, sottolineò come il sistema in cui tale previsione era inserita fosse il retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, di derivazione maritale, non più compatibile né con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna né con le normative e gli indirizzi giurisprudenziali esistenti sul piano sovranazionale. Infine, recentemente, dopo aver constatato il perdurante immobilismo del legislatore rispetto all'evidenziata necessità di modificare la disciplina normativa di riferimento, con la sentenza n. 286/2016, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità della norma implicita che impone l'attribuzione al figlio del patronimico nella parte in cui non permette di derogare a tale disciplina tramite l'aggiunta del cognome materno a quello del padre se i genitori sono consenzienti.

⁴⁷ In argomento, cfr. V. SPEZIALE, *Il “declino” della legge, l’ “ascesa” del diritto giurisprudenziale e i limiti all’interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 209.

decisione di fatto politica in assenza della conseguenziale e necessaria responsabilità che deve gravare su chi è chiamato ad adottare tali scelte. In ragione di quanto appena detto, quindi, appare chiaro che lo scudo offerto dall'art. 137, comma 3, del Testo costituzionale deve necessariamente essere letto anche quale limite alle possibilità di intervento della Consulta.

Le riflessioni appena proposte, a ben vedere, mantengono la loro consistenza anche in quei casi i cui il legislatore appaia restio ad esercitare pienamente e correttamente la sua funzione decidente. Infatti, ove non si mantenga fermo il menzionato limite, l'intervento dei giudici rischierebbe di poter velare sotto una apparente "supplenza" nei confronti del legislatore un differente ed improprio "protagonismo" del potere giudiziario, ancor più rischioso laddove esercitato dal Giudice costituzionale.

Con riferimento all'eventualità da ultimo tratteggiata, invero, si deve tra l'altro registrare come il pericolo di siffatta impropria metamorfosi cominci a manifestarsi sotto plurime vesti. Al riguardo, infatti, non può mancarsi di nutrire perplessità rispetto al fatto che, sempre più frequentemente, l'intervento della Corte costituzionale sia spesso accompagnato da una "sovraesposizione" dello stesso Giudice che, annunciando il contenuto e gli indirizzi delle redigende decisioni per il tramite di comunicati-stampa, «avalla la diffusa, ma erronea, credenza secondo cui la legittimazione del proprio operato abbia il suo fondamento e la fonte da cui incessantemente si alimenta nella pubblica opinione, che tragga cioè forza *dal basso*, non già – com'è e sempre dev'essere – *dall'alto*, dalla Costituzione, dai suoi valori, le sue norme»⁴⁸.

Le perplessità di cui si dà conto appaiono quindi ancor più evidenti qualora il Giudice costituzionale si spinga in una interpretazione apertamente – ed eccessivamente – evolutiva del dettato costituzionale, fino a leggere ciò che il Testo espressamente non dice. Ciò perché in siffatta ipotesi si potrebbero conseguentemente legittimare impropri processi di manipolazione normativa, in grado cioè di stravolgere o peggio disconoscere la sostanza normativa racchiusa nei testi legislativi.

6. Una nuova idea di "giustizia costituzionale decidente" in grado di oltrepassare anche la discrezionalità del legislatore

Al di là del merito di quanto deciso dalla Corte con la sentenza n. 242 del 2019 (che – per inciso – apparirebbe a chi scrive per grandi tratti condivisibile, a patto che la soluzione fosse il frutto di una presa

⁴⁸ A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, cit., 7, con particolare riferimento alla nota 9. Osserva al riguardo S. STAIANO, *La rappresentanza*, cit., 35, che «se nella tensione con il principio di rappresentanza politica, la giurisdizione prevale nell'attuale ritmo congiunturale della storia, essa, coltivando una certa onnipotenza, vede mutata la sua funzione, che diviene sempre più difficilmente componibile con la "democrazia dei moderni". Se la sua sfera di potere è precipuamente autodeterminata, e se essa forma la norma della propria azione, la sua legittimazione non è più nella legge, come atto prodotto nella sede della rappresentanza politica, ma nel consenso intorno alle sue decisioni, in quanto esse interpretino la (o postulino il contenuto della) "coscienza sociale". E, infatti, in molte delle vicende esemplari qui descritte, si agita il demone del sostanzialismo, che asseconda l'insofferenza per le ordinate forme del diritto e per i limiti frapposti al libero dispiegarsi del "buon potere" ».

di posizione del legislatore), ciò che in questa sede si vuole evidenziare è il palesarsi di un nuovo metodo di produzione normativa che vede non più il (solo) legislatore artefice delle scelte da adottare, traducendole in norme giuridiche, ma adesso anche il Giudice costituzionale.

Il quadro che si viene a delineare parrebbe così dare credito alle osservazioni formulate da chi ha evidenziato come il risultato cui giunge la Corte con la sentenza n. 242/2019 è di portata generale⁴⁹. In questo senso, affacciandosi ad una rinnovata prospettiva di giustizia costituzionale decidente, la detta pronuncia sembra potersi inquadrare come una concretizzazione di quanto prospettato nella relazione illustrativa del Presidente della Corte costituzionale sull'attività del 2018, laddove si affermò che «una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»⁵⁰. Posizione, quest'ultima, recentemente confermata anche dalle dichiarazioni della Presidente Cartabia che, nella relazione sull'attività del 2019, ha affermato che «è sembrato sempre più inaccettabile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona (...), la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni: una nuova sensibilità in questo ambito ha imposto alla Corte di rinvenire nell'ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore. In tali casi (...) la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*»⁵¹.

Nei detti termini, il recente intervento della Corte sembra offrire valide argomentazioni a sostegno della tesi del c.d. “suprematismo giudiziario” che, analizzata da attenta dottrina, verrebbe a concretizzarsi in «un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare “realtà” o “forme” nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente»⁵². Non può infatti essere sottaciuto che il recente intervento decidente della Corte costituzionale offra non trascurabili elementi di incertezza – se non addirittura di instabilità – rispetto alla stessa idea di Stato di

⁴⁹ S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, cit., 303.

⁵⁰ Corte costituzionale. Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi, in www.cortecostituzionale.it, 14.

⁵¹ *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 8.

⁵² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 252.

diritto su cui si basano le dinamiche e gli equilibri istituzionali propri del nostro ordinamento. Adottando una decisione dal chiaro tenore politico, collocabile ben oltre il dettato legislativo e dunque lontana dal controllo di costituzionalità che su tale fonte la Corte è chiamata a svolgere, la Consulta sembra infatti aprire una breccia, anche nel nostro ordinamento, a quell'idea di *rule of law* caratterizzata da una concezione del diritto come universo complesso, entro il quale alla legge scritta, che ne rappresenterebbe solo uno degli elementi, si affianca legittimamente anche il diritto prodotto dai giudici.

L'intervento della Corte costituzionale offre così rinnovate sembianze al ruolo del controllore della costituzionalità delle leggi. La Consulta, infatti, dopo aver messo in luce un diritto di rilievo costituzionale ed aver appurato l'assenza di una disciplina in grado di tutelarla, riconoscendo l'impossibilità di ricavare una disciplina costituzionalmente obbligata, ritiene comunque possibile delineare una soluzione adeguata, pur a fronte delle molteplici alternative entro le quali la stessa si muove⁵³. In tal modo, il passaggio dall'*obbligatorietà* di una eventuale soluzione prospettabile dalla Corte alla *adeguatezza* della stessa apre il campo a nuovi scenari di intervento del Giudice costituzionale che, in presenza di un prolungato silenzio del legislatore, si autolegittima quale istituzione decidente. In tale rinnovato scenario il sindacato della Corte costituzionale non può che vedere la discrezionalità legislativa come un limite relativo e, in quanto tale, facilmente superabile laddove si prospetti la necessità di offrire percorsi di tutela a valori di rilievo costituzionale⁵⁴.

Per tentare di valutare il rinnovato ruolo decidente che la Corte sembra essersi attribuito, a fronte delle non poche perplessità allo stesso riconducibili, sembra comunque necessario tenere in considerazione il fatto che tale situazione sia, in un certo qual modo, indotta. Assume rilievo determinante, in altri termini, la perdurante inerzia del Parlamento rispetto a quelle problematiche che abbracciano interessi di rilievo costituzionale e che solo un suo intervento legislativo potrebbe risolvere⁵⁵. In tale scenario, dunque, se è vero che le omissioni legislative possono per gran parte essere imputate alla prima accennata crisi della

⁵³ Al riguardo, osserva G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, 2, che «l'elemento di maggiore interesse della fase attuale della giurisprudenza costituzionale in materia di sentenze manipolative, e di quelle additive in particolare, sta nel fatto che essa pare – per così dire – “scartare” rispetto alle oscillazioni del passato per dare ingresso in giurisprudenza a considerazioni sempre più spesso di matrice sostanziale, attinenti cioè con la natura e la qualità degli interessi in gioco nel giudizio, sacrificato non tanto (o non solo) nella specifica vicenda concreta ma anche (e ai fini del sindacato di costituzionalità: soprattutto) da una perdurante inerzia del legislatore».

⁵⁴ 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*, 2/2019, 650.

⁵⁵ Al riguardo, cfr. D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. Cost.*, 6/2020, 12, laddove viene evidenziato che: «sembra allora che il vero *punctum dolens* sia rappresentato dall'omissione del legislatore e della sua necessaria valutazione politica; precedenza “politica” che continua ad essere riconosciuta dalla Corte costituzionale, la quale, non a caso, interviene solo in seconda battuta, assumendo il ruolo di “supplente” di un legislatore inerte, e, in secondo luogo, lascia la possibilità al legislatore di intervenire anche dopo la sentenza di incostituzionalità».

rappresentanza, altrettanto vero è che quest'ultima pare adesso essersi in un certo qual modo estesa anche al piano dei più complessivi rapporti istituzionali, permettendo così di scorgere i prodromi di una sorta di “crisi istituzionale”⁵⁶. Prospettiva, quest'ultima, nella quale gli elementi del potenziale conflitto coinvolgono, da una parte, le mancanze del legislatore ed il corrispettivo intervento supplente del giudice, con le inevitabili ripercussioni sul piano della divisione dei poteri, e dall'altra, il crescente manifestarsi di un diritto pretorio, rispetto al quale appaiono però evidenti le carenze in termini di legittimazione democratica che invece dovrebbe contrassegnare le scelte politiche⁵⁷.

La decisione politica, fin qui intesa come potere del solo Parlamento, pare così perdere i suoi originari connotati di *esclusività* che adesso ci vengono consegnati in termini di mera *preferenza*. La preferibilità di un intervento parlamentare, in altre parole, non può impedire differenti soluzioni in caso di inerzia delle istituzioni politiche.

Pare così prendere forma un modello pluralistico nel quale l'atto legislativo non possiede più il monopolio politico del diritto. In questa prospettiva, la spinta normativa di matrice costituzionale parrebbe dunque legittimare anche la possibilità di concretizzazione giurisprudenziale dei diritti nell'ipotesi di silenzi legislativi.

È evidente che, coinvolgendo gli equilibri propri del nostro Stato costituzionale⁵⁸, ciò che pare emergere è un quadro di radicale mutamento dei rapporti istituzionali. Se originariamente era possibile inquadrare gli stessi sulla base di uno schema nell'ambito del quale il legislatore agisce e il Giudice costituzionale, se del caso, reagisce, adesso pare al contrario che, laddove il Parlamento rimanga silente, il potere di azione possa essere legittimamente assunto dalla Corte e, rispetto alle soluzioni da questa prospettate, spetterà eventualmente al legislatore architettare successive reazioni politiche introducendo apposite normative⁵⁹.

⁵⁶ Osserva sul punto D. MARTIRE, op. ult. cit., 13-14, che «da risposta all'omissione legislativa, per effetto di questa nuova giurisprudenza costituzionale, si è quindi consapevolmente autoqualificata come non condizionata dagli originari vincoli costituzionali, in quanto contraddistinta dalla attenuazione del freno costituito dalla discrezionalità legislativa, in una sorta di conflitto non dichiarato tra Corte costituzionale, che non si adegua al limite normativo sancito dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, o quantomeno lo interpreta come limite “relativo”, e quindi superabile, e legislatore, che non si adegua ai precedenti moniti della Corte costituzionale stessa. (...) Un gioco delle parti che, tuttavia, per quanto giustificabile in vista del fine costituito dalla tutela dei diritti fondamentali, sembra oramai sbilanciato in favore del giudice costituzionale, al quale spetta inevitabilmente l'ultima parola».

⁵⁷ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, I, 873; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 60.

⁵⁸ In argomento, cfr. P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*, in A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, Napoli, 2016, 11.

⁵⁹ In tal senso, cfr. J. LUTHER, *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, testo della relazione tenuta al seminario del Gruppo di Pisa del 24 novembre 2017 dal titolo *Crisi della giustizia e (in-)certezza del diritto*, in www.gruppodipisa.it, 4.

Ciò che appare sempre più nitidamente è che le funzioni colpevolmente non esercitate impongono soluzioni alternative, soprattutto laddove tali omissioni coinvolgano diritti di spessore costituzionale.

Garantendo la norma costituzionale, tanto contro i cattivi interventi del legislatore quanto contro le colpevoli e sempre più frequenti inerzie di quest'ultimo, quasi in una prospettiva di *drittwirkung*, la Corte indossa così le vesti di soggetto istituzionale capace di tutelare pretese ed aspettative individuali facendo perno sulla superiore forza ordinante del Testo fondamentale. In tal modo, questa sorta di applicazione diretta del dettato costituzionale⁶⁰ sembra poter essere letta come il tentativo di evitare il paradosso per il quale il mancato intervento di una disciplina legislativa possa paralizzare la supremazia del precetto costituzionale e le prospettive di tutela dallo stesso ricavabili⁶¹.

Nei detti termini, dunque, i sempre più frequenti interventi decidenti del Giudice costituzionale appaiono, paradossalmente e al contempo, tanto impropri quanto necessari.

7. La dubbia svolta pedagogica della Corte costituzionale: un rinnovato modello educativo alla base dei rapporti tra decisore politico e Giudice delle leggi

Le riflessioni fin qui proposte trovano autorevole sostegno nelle perplessità manifestate da chi ha osservato che «il messaggio che oggi ci viene indirizzato dal giudice delle leggi è che, laddove una disciplina normativa giudicata costituzionalmente necessaria non dovesse venire alla luce per mano del legislatore, sarà il giudice costituzionale a farsene carico, senza limite di sorta. Non si dà più, insomma, alcun confine sicuro ed invalicabile entro il quale la volontà del legislatore, *e solo essa*, potrà affermarsi e farsi valere; sarà, di contro, la Consulta a stabilire d'ora innanzi fin dove far espandere e dove invece contrarre la sfera rimessa alla regolazione da parte delle Camere, fino ad azzerarne del tutto il campo materiale da essa ricoperto»⁶².

L'intervento della Corte, anche per le modalità per il cui tramite ha preso forma, parrebbe quasi voler assumere una sorta di valenza pedagogica, oltre che giuridica, potendo essere letto come l'indicazione

⁶⁰ In argomento, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in Aa.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 219 ss.

⁶¹ Appare condivisibile, al riguardo, l'interrogativo posto da G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 80, laddove l'A. afferma che «appare poco conducente (...) chiedersi se sia preferibile il modulo parlamentare o quello giurisprudenziale nella tutela dei diritti. Il quesito rilevante è invece se, in caso di "fallimento" del primo canale rispetto a specifiche e circoscritte esigenze di tutela – sia esso episodico e congiunturale ovvero endemico e strutturale, trovando causa nella crisi generale della rappresentanza – la tutela dei diritti fondamentali sia, nel quadro del costituzionalismo contemporaneo, destinata a soccombere o non possa viceversa trovare temporaneamente altri canali di affermazione, diversi da quello del circuito politico».

⁶² A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit. Nettamente critica al riguardo anche la posizione espressa da S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, cit., 292, ad avviso del quale «la natura costituzionalmente necessaria della disciplina introdotta dalla sentenza n. 242 del 2019 non sarebbe sufficiente a giustificare la decisione di tipo additivo concretamente assunta».

cogente del corretto indirizzo comportamentale che le istituzioni politiche devono tenere, tanto con riferimento al merito delle scelte da adottare, quanto avendo riguardo ai tempi ed ai modi degli interventi normativi da realizzare.

Per comprendere i termini della accennata funzione pedagogica che sembrerebbe potersi riconoscere alla rinnovata modalità decisionale della Corte costituzionale giova essere ricordato come lo scopo della pedagogia sarebbe, non solo e non tanto quello di elaborare teorie generali dell'educazione, quanto piuttosto quello di delineare modelli di intervento educativo da applicare nella pratica⁶³. In quest'ottica la pedagogia non sarebbe chiamata al mero inquadramento teorico del progetto educativo, dovendo invece spingersi fino alla risoluzione dei problemi pratici che caratterizzano il percorso educativo in uno specifico contesto.

Il recente intervento del Giudice costituzionale potrebbe così essere letto come un cambio di passo nelle relazioni – presenti e future – tra decisore politico e controllore costituzionale. Verrebbe in questi termini ad emergere una sorta di “modello” educativo⁶⁴ desumibile da uno “schema” in grado di coniugare la componente teleologica (il diritto fondamentale che si intende tutelare) con quella pratica (il percorso da attivare, non necessariamente – né esclusivamente – per mano del legislatore). Di talché al modello in questione potrebbe essere riconosciuta una funzione normativo-costituzionale, tale per cui esso sarebbe in grado di guidare e giustificare la pratica alla luce della finalità – di rilievo costituzionale – che si vuole perseguire.

Il dato che si ricava, dunque, è che il “modello” educativo sopra accennato pare così finalizzato ad adempiere ad una duplice funzione, tanto ermeneutica quanto normativa⁶⁵. Sul piano ermeneutico, infatti, esso permetterebbe l'emersione di valori e diritti di rilievo costituzionale che necessitano di essere riconosciuti e garantiti; sul piano normativo, invece, consentirebbe di sollecitare o addirittura di realizzare percorsi di intervento cogenti che, pur non escludendo il ruolo del legislatore, individuano il decisore politico come entità in fin dei conti fungibile.

In ambito pedagogico, chi si è soffermato nell'analizzare i legami tra la scienza educativa e le dinamiche politiche dello Stato democratico ha affermato che «educare ad essere cittadini rappresenta il fondamento della pedagogia della democrazia»⁶⁶. Prendendo spunto da tale riflessione, nel tentativo di ampliarne la portata, si potrebbe ritenere che la recente giurisprudenza costituzionale, declinando in maniera più estesa

⁶³ M. PELLERÉY, *Educare. Manuale di Pedagogia come scienza pratico-progettuale*, LAS, Roma, 1999, *passim*.

⁶⁴ G.M. BERTIN, *L'idea pedagogica e il principio di ragione in A. Banfi*, Roma, Armando, 1961, 122.

⁶⁵ M. BALDACCI, *Teoria, prassi e “modello” in pedagogia. Un'interpretazione della prospettiva problematicista*, in *Education Sciences & Society*, 2010, Vol. 1, 69.

⁶⁶ F.P. CALVARUSO, *Costituzione ed appartenenza. Un connubio pedagogico*, in *Nuov. Sec. Ric.*, 2/2013, 66-67.

la menzionata pedagogia della democrazia, abbia in un certo qual modo voluto educare il Parlamento a svolgere appieno il proprio ruolo di istituzione politica.

Se è vero, come evidenziato da Bobbio, che rispetto ai diritti è necessario conoscere quali siano i modi più sicuri e concreti per garantirne la tutela e per impedirne la violazione, piuttosto che sapere quali e quanti siano, quale sia la natura e il loro fondamento⁶⁷, è allora possibile cogliere il valore pedagogico dell'intervento del Giudice costituzionale. Il nuovo schema decisorio inaugurato dalla Corte (che vede, dapprima una ordinanza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, cui fa seguito una pronuncia di accoglimento dal chiaro valore normativo) si risolve infatti in un insegnamento, volto a mettere in evidenza obiettivi a cui non si può rinunciare. Destinatario di tale messaggio educativo è all'evidenza il Parlamento che, sollecitato invano ad attivare la sua funzione legislativa al fine di tutelare un diritto di rilievo costituzionale, riceve un esempio educativo per mano del Giudice delle leggi che realizza un contesto regolatorio utile a tutelare un diritto di spessore costituzionale.

La Corte, tuttavia, consapevole di intervenire in un campo che non gli appartiene, qual è quello della regolazione normativa, pone in luce un orizzonte che vale più per il metodo che per il merito di quanto deciso. Il valore pedagogico della decisione della Corte determina la rappresentazione di una dimensione nella quale l'istituzione politica e le finalità della sua funzione assumono un connotato osmotico. Prendendosi cura dei diritti in chiave legislativa, infatti, il Parlamento è al contempo chiamato a prendersi cura di sé stesso e del suo ruolo. Rimane così in capo al Parlamento la titolarità di quella funzione legislativa che, consentendogli di intervenire anche successivamente alla decisione della Corte, deve essere però coniugata con l'ineludibile necessità di legiferare a tutela dei diritti.

Nell'ottica appena proposta, la "giustizia costituzionale decidente" che la Corte potrebbe sentirsi legittimata ad esercitare sarebbe idonea ad intervenire, non solo allorché la legislazione si discosti dal solco costituzionale, ma addirittura anche laddove il legislatore resti colpevolmente inerte a fronte della necessità di predisporre adeguate tutele in favore di diritti di rilievo costituzionale.

Nei termini accennati, quindi, la Corte costituzionale parrebbe aver voluto prima delineare (ord. n. 207/2018), poi concretizzare (sent. n. 242/2019) e di recente replicare (ord. n. 132/2020) una sorta di "modello educativo" indirizzato al legislatore, così però ammantandosi di una funzione pedagogica che però, a ben vedere, sembra difficilmente attribuibile al Giudice delle leggi.

⁶⁷ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1992, 17.

8. Una conclusione a mo' di proposta

La questione trattata, come sopra accennato, non pare però potersi concludere con un semplice riconoscimento di responsabilità in capo alla Corte, additandola quale soggetto istituzionale invadente ed indisponibile a rispettare i limiti ed i fini della sua funzione. La ritrosia politica del legislatore, timoroso nell'adottare scelte divisive che potrebbero poi costargli consenso al successivo passaggio elettorale⁶⁸, appare infatti elemento parimenti determinante rispetto alla impropria sovrapposizione istituzionale di cui si è dato conto.

Nei detti termini, se è vero che la giurisprudenza normativa della Corte costituzionale appare come soluzione che porta con sé non poche perplessità, altrettanto – se non addirittura più – deprecabile è il silenzio legislativo rispetto a questioni che necessitano di regolazione. Ragion per cui sembrerebbe opportuno immaginare soluzioni nuove che permettano a ciascuno di farsi carico a pieno dell'onere del proprio ruolo istituzionale.

Alla luce di quanto osservato, dunque, una soluzione ipotizzabile potrebbe concretizzarsi attivando specifici meccanismi e procedure in funzione delle quali, in presenza di una decisione sollecitatoria della Corte costituzionale, il Parlamento sia in qualche modo obbligato, in un tempo determinato, ad analizzare la problematica.

Spunti utili per approcciare la questione potrebbero forse essere tratti dalla c.d. legge eurounitaria, che, come è ben noto, è stata introdotta nel nostro ordinamento quale strumento utile al periodico adeguamento della nostra normativa agli indirizzi (normativi e giurisprudenziali) espressi in sede di Unione europea. Potrebbe, in questi termini, immaginarsi di inserire analogamente nel nostro ordinamento una sorta di “legge di adeguamento costituzionale”, quale strumento normativo con cadenza periodica ed avente le finalità di sottoporre all'attenzione del Parlamento tutte le questioni evidenziate dalla Corte costituzionale come bisognose di una regolamentazione legislativa.

Nella prospettiva accennata, il Governo potrebbe essere chiamato a predisporre – con cadenza annuale – un progetto di legge che, recepiti gli indirizzi formulati dalla Consulta, sottoponga la decisione finale alle Assemblee parlamentari. Al fine di garantire efficacia sostanziale a siffatto strumento, potrebbe per di più essere stabilito che, qualora il Parlamento – per inerzia o per incapacità politica – non modifichi, entro un tempo determinato, gli orientamenti espressi dalla Corte, gli stessi possano intendersi approvati per come formulati nella proposta governativa, così acquisendo efficacia e forma legislativa.

L'ipotesi appena tratteggiata, a ben vedere, consentirebbe di attribuire significato anche all'eventuale atteggiamento omissivo del Parlamento che, nei termini accennati, assumerebbe comunque le sembianze

⁶⁸ G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 70.



di una scelta politica: una scelta per omissione. In questo modo, però, trovandosi costretto ad addossarsi comunque la responsabilità di una regolamentazione, con ogni probabilità il Parlamento sarebbe fortemente sollecitato ad intervenire attivamente onde evitare di dover essere comunque chiamato a rispondere per aver avallato quelle scelte che, pur venute in essere fuori dal percorso della mediazione e del confronto parlamentare, sarebbero comunque imputabili alle Assemblee elettive.