



UN RIACCENTRAMENTO DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE?

27 GENNAIO 2021

I rapporti tra la Corte costituzionale e
il legislatore alla luce di alcune recenti
tendenze giurisprudenziali

di Nicolò Zanon

Giudice della Corte costituzionale

Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano

I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*

di Nicolò Zanon

Giudice della Corte costituzionale

Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Lo scritto analizza alcuni sviluppi delle relazioni tra Corte costituzionale e Parlamento, alla luce di alcune recenti sentenze. Lo scopo è quello di dimostrare che la Corte non può funzionare da “barometro” dell’evoluzione della coscienza sociale in una società matura, poiché questo è compito della rappresentanza politica. La Corte non può stabilire cosa la Costituzione italiana *dovrebbe* prevedere, ma difendere ciò che essa *ha previsto*.

Abstract [En]: The essay focuses on the relationships between the Constitutional Court and the Parliament, in view of some latest sentences. The aim is to demonstrate that the Court can’t operate as a barometer of the “evolving standard of decency that mark the progress of a maturing society”: this is the Parliament’s job. The Court is not arbiter of what the Constitution *ought to provide*, but of what it *did provide*.

Sommario: 1. Premessa e... *disclaimer*. 2. Un formidabile “uno-due” e vacillano antiche certezze. 3. Grandezze già esistenti nell’ordinamento v. rime obbligate: chi ha più *auctoritas*? 4. Il cd. “caso Cappato”: legislazione coartata o “leale collaborazione”? 5. La Costituzione non è un *living document* cui far dire quel che oggi si vorrebbe dicesse. E, tra Corte e legislatore, le “antenne” per intercettare i mutamenti della “coscienza sociale” le ha il secondo.

1. Premessa e... *disclaimer*

Intendo soffermare la mia attenzione su tre profili del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, emersi nell’esperienza più recente. Per giustificare la relativa libertà critica con cui ne discorrerò (e che può apparire singolare da parte di un componente in carica della Corte) mi appello alla “convenzione” di cui ragionò a suo tempo Alessandro Pizzorusso, in base alla quale, in occasione di convegni, seminari ecc., i giudici in carica (soprattutto quelli di origine accademica) possono far trapelare le proprie opinioni (ed anche i propri dissensi...) sulla giurisprudenza cui hanno (o non hanno!) contribuito durante il proprio mandato¹.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo rappresenta una versione ampliata e aggiornata della relazione tenuta al Convegno webinar “Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni” del 13 novembre 2020, organizzato dall’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

¹ A. Pizzorusso, *Intervento*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Il Mulino, Bologna 1978, p. 138, opportunamente richiamato da D. Tega, *Collegiality over Personality: The Rejection of Separate Opinions*, in Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia, Andrea Simoncini, *Dialogue on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Routledge/Giappichelli, New York-Torino 2021.

I tre profili sono i seguenti: *a*) la questione del (presunto? Definitivo?) abbandono delle pronunce “a rime obbligate”, in particolare nella materia penale; *b*) la giurisprudenza inaugurata con il c.d. “caso Cappato”, cioè le pronunce definibili come di “incostituzionalità prospettata”; *c*) infine, le sentenze di inammissibilità nelle quali la Corte si ritrae, perché sul diritto messo in gioco dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate la Costituzione in realtà tace, e spetta al legislatore decidere, se ritiene di farlo, in uno spazio (tendenzialmente) “vuoto” di diritto costituzionale.

2. Un formidabile “uno-due” e vacillano antiche certezze

Sulla questione *sub a*) (destino delle cd. “rime obbligate”) può essere istruttivo il breve racconto di una vicenda poco nota.

Sentenza n. 223 del 2015: la Corte dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all’art. 649, primo comma, cod. pen., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. La disposizione prevede una tradizionale (e, al giorno d’oggi, probabilmente anacronistica) causa di non punibilità, che assiste colui che compie reati contro il patrimonio (ad es. truffa) a danno dei propri stretti congiunti (coniuge non legalmente separato, ascendente o discendente o affine in linea retta, fratello o sorella convivente). Il secondo comma della medesima disposizione, non censurato e comunque non applicabile nel giudizio *a quo*, prevede invece, per i reati commessi a danno dei parenti meno stretti (coniuge legalmente separato, fratello o sorella non conviventi ecc.), una procedibilità a querela.

Il giudice *a quo* lamentava, appunto, l’anacronismo della sola disposizione di cui al primo comma.

La Corte costruì una motivazione che sembrava preludere all’accoglimento. Dopo aver escluso che si trattasse di una richiesta di addizione *in malam partem*, osservò infatti che, alla stregua dell’attuale realtà sociale, quella tradizionale area di impunità endo-familiare – un tempo ancorata alla necessità di evitare l’ingresso della pretesa punitiva statale dentro l’istituzione familiare, autorizzata in tal modo a “lavare” in autonomia i propri panni sporchi – risultava ormai priva di giustificazione ragionevole.

La motivazione, ampia e articolata, invece che condurre all’accoglimento della questione, lasciò tuttavia spazio a una conclusione diversa. La Corte si ritrasse, decidendo per l’inammissibilità.

Vi era intanto un problema di effetti. Accogliendo la questione sul primo comma, unica parte censurata della disposizione, si sarebbe prevista una punibilità incondizionata per i parenti più stretti, lasciando invece sopravvivere la punibilità a querela per quelli meno stretti: e, rovesciando la *ratio* della disposizione, la sentenza della Corte avrebbe paradossalmente prodotto una situazione di asimmetrica ingiustizia, in lesione dell’art. 3 Cost.² Ma soprattutto, accanto ed oltre all’accoglimento “secco” della questione,

² Per vero, sarebbe stata forse utilizzabile la tecnica della illegittimità costituzionale conseguenziale, per quanto il legame tra le due parti della disposizione non fosse così stretto.

risultavano prospettabili una molteplicità di alternative, tutte costituzionalmente compatibili, idonee ad evitare la prevalenza indiscriminata, per alcune figure parentali, della soluzione dell'impunità a tutti i costi, anche contro la volontà della vittima, anche quando non vi fosse in concreto alcuna coesione familiare da difendere. Ad esempio, considerando la ricordata struttura complessa della disposizione, sarebbe stato in astratto possibile estendere anche ai casi del primo comma la procedibilità a querela prevista al secondo comma; oppure era e resta pensabile una nuova selezione dei reati che ancora giustificchino un trattamento di favore, o una nuova rassegna delle stesse figure parentali da includere o escludere dalla disciplina.

Mancava, insomma (o meglio: così disse la Corte), un unico rimedio costituzionalmente obbligato, in una materia, quella delle scelte di politica criminale, in cui spetta al legislatore una discrezionalità tradizionalmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi in gioco, un ambito in cui, al contrario, la Corte incontra (*incontrava?*) evidenti limiti.

Insomma, una pronuncia di illegittimità costituzionale “accertata ma non dichiarabile” per assenza di rime obbligate, e quindi una decisione di inammissibilità (peraltro seriamente criticata in dottrina³), accompagnata da una motivazione severa e da un forte invito al legislatore a intervenire.

Il legislatore, questo è il punto, resta inerte. Il monito giace inascoltato. Anzi, probabilmente – il che è peggio – esso è proprio non conosciuto.

Infatti, in realtà, il legislatore interviene ma, singolarmente, lo fa nel verso contrario a quello auspicato dalla sentenza. La causa di non punibilità – immutata nei suoi contenuti, destinatari ecc. – non solo non viene eliminata o modificata, ma risulta estesa addirittura a beneficio della parte della (neo-introdotta) unione civile tra persone dello stesso sesso (art. 1 d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 6).

Per intenderci bene sul significato complessivo della operazione legislativa in tal caso compiuta: una disposizione risalente ai codici preunitari, tipicamente legata ad un'idea assai tradizionale di famiglia, viene *sic et simpliciter* applicata, senza alcuna remora o riflessione, alla “modernissima” disciplina delle unioni civili *same sex*! C'è di che sorridere, forse amaramente.

Beninteso, ciò è ovviamente accaduto senza alcuna attenzione o volontà specifica, nell'ambito di una generalizzata introduzione, nelle varie disposizioni attinenti alla disciplina tipica della famiglia, delle nuove regole in tema di unioni civili. Ma questo è anche peggio. È infatti proprio il carattere spensierato e disattento dell'operazione a costituire problema, e a provocare l'effetto paradossale di vedere una disciplina del tutto anacronistica (affermata tale da una sentenza della Corte costituzionale) applicata anche alla nuova forma familiare.

³ Cfr. R. Pinardi, *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, pp. 2071 ss.

Corollario che fa ulteriormente sorridere e riflettere: con la pronuncia n. 57 del 2018, la Corte affronta un'ordinanza di remissione in cui il giudice *a quo*, preso atto dell'estensione legislativa della causa di non punibilità alla parte dell'unione civile, lamenta che la stessa estensione non riguardi il convivente *more uxorio*, e chiede alla Corte di colmare tale lacuna, ai suoi occhi inaccettabile.

La motivazione dell'ordinanza di remissione dimostrava, tra l'altro, che il rimettente ignorava completamente la stessa esistenza della sentenza n. 223 del 2015.

La Corte, scoraggiata dal terribile “uno-due” (innovazione legislativa che ignora il monito, e ordinanza di remissione che nemmeno considera la sentenza costituzionale), si libera allora della questione con una pronuncia di inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza (non era chiaro, e comunque il giudice *a quo* non precisava, se l'autore del reato fosse convivente nel momento in cui aveva commesso il reato), e trascurava di svolgere qualunque altra considerazione, sia sul proprio precedente, sia sulla causa di non punibilità (sia, se è concesso, sull'insipienza del rimettente).

La morale di questa specifica vicenda è forse questa: il rigido rispetto del limite fissato ai poteri della Corte (nella sentenza n. 223 del 2015 è richiamato perfino l'art. 28 della legge n. 87 del 1953), nonché la fedeltà alla dottrina delle rime obbligate, hanno finito per lasciare in vita una disposizione la cui irragionevolezza era stata esplicitamente riconosciuta, con l'ulteriore (pessimo) risultato che il legislatore l'ha anche tranquillamente estesa a nuove fattispecie.

Facile desumerne che si doveva probabilmente evitare la pronuncia di inammissibilità “vestita” e accogliere la questione, a costo di provocare un effetto sistematicamente insoddisfacente, o al prezzo di lasciare una lacuna, che avrebbe peraltro, con maggiore probabilità, spinto il legislatore a un intervento riformatore complessivo nella materia dei reati contro i prossimi congiunti.

3. Grandezze già esistenti nell'ordinamento v. rime obbligate: chi ha più *auctoritas*?

La vicenda utilizzata come esempio rivela l'esistenza di un bel problema, anche e forse soprattutto per chi, come il sottoscritto, non ama l'interventismo giurisdizionale e non intende abdicare alla (ragionevole) difesa della discrezionalità legislativa né al rispetto del principio della separazione dei poteri.

Semplificando un poco, si potrebbe dire così: una giustizia costituzionale efficace ed efficiente si fa in due (o meglio, in tre). La Corte ha bisogno del legislatore e dei giudici comuni. È necessario che il legislatore conosca e segua i moniti della Corte, così come è necessario che i giudici comuni conoscano la giurisprudenza costituzionale.

Se ciò non accade, la Corte, ammaestrata dal fallimento, può essere indotta a fare da sé (con tutti i rischi che ne conseguono).

A che scopo, del resto, indirizzare al legislatore moniti che corrono il serio rischio di restare ignorati, quando si tratta di far prevalere immediatamente la superiorità della Costituzione e di eliminare per quanto possibile la lesione denunciata? E perché perdere tempo, se si ha la possibilità di colmare la inevitabile lacuna creata dalla dichiarazione d'incostituzionalità attraverso il reperimento di “grandezze già esistenti nell'ordinamento”?

Non ho il tempo e la forza di indagare a fondo questa innovazione (le “grandezze già esistenti nell'ordinamento”), ma il tema meriterebbe sforzi dottrinali adeguati. È una definizione che tenta, come dire, di mostrare che la Corte non inventa davvero nulla di nuovo, ma si limita a ricorrere, estendendolo, al “lessico” legislativo già in vigore. Una estensione giustificata dall'*horror vacui* che una pronuncia di incostituzionalità “secca” può determinare.

Questo timore, lo sappiamo, è all'origine della nascita e dello sviluppo delle stesse pronunce manipolative di varia natura, ed è perciò consunstanziale all'evoluzione della giustizia costituzionale italiana.

Ma c'è all'opera qui qualcosa di diverso, perché l'utilizzo della “grandezza già esistente”, allo scopo di colmare il vuoto che la pronuncia di accoglimento determinerebbe, sconta una debolezza concettuale riconosciuta in partenza e, anzi, quasi “esibita”.

Se ci si riflette, la *finzione* delle rime obbligate, che discenderebbero dalla stessa Costituzione, aveva almeno dalla sua la forza indiscutibile dell'argomento *tranchant* e definitivo: è la Costituzione stessa a volere così. Ammesso che fosse (o sia) una finzione, essa era (ed è) anche molto convincente: chi può negare, ad esempio, che sia lo stesso art. 24 Cost. a esigere che l'interrogatorio dell'imputato abbia luogo alla presenza del difensore, e che tale soluzione (voluta dalla notissima sentenza n. 190 del 1970) sia necessitata dalla stessa scelta legislativa di ammettervi la presenza del pubblico ministero?

Ebbene, questa forza eloquente viene ora del tutto abbandonata, e ad essa si sostituisce l'implicita o esplicita ammissione che la grandezza cui si ricorre è solo un temporaneo rimedio, sempre modificabile *ad libitum* dal legislatore. Perché questo quasi sempre si afferma, nelle pronunce che utilizzano queste “grandezze già esistenti”: il legislatore potrà a piacimento intervenire per ri-disciplinare *funditus* la materia. Affermazione strana la sua parte, giacché è ovvio che il legislatore può intervenire quando vuole, ed è semmai la Corte che deve giustificarsi...

Affermazione ulteriormente strana, anche perché svaluta da subito la soluzione normativa pur inserita nel dispositivo, che appare “di fortuna”, come una sorta di legislazione cedevole: non fosse irriverente, verrebbe in mente la gomma da masticare che ripara temporaneamente la ruota bucata...

In ogni caso, il riferimento alle “grandezze” fa pensare che si tratti di una tecnica che ha senso utilizzare solo in presenza di questioni appunto di natura “quantitativa” (ad esempio, pene o sanzioni), non in altri casi, men che meno in presenza di scelte di natura “sostanziale”.

Ma non si può non essere consapevoli che il ricorso a questa tecnica rischia comunque di far esporre la Corte molto più di quanto sarebbe opportuno e necessario (di quanto lo sarebbe, intendo, se il legislatore facesse il proprio mestiere con maggiore attenzione).

Mi limito a dire questo: se davvero si vuole abbandonare o rendere comunque recessiva la tecnica delle rime obbligate, si devono assumere oneri motivazionali ulteriori.

Non è opportuno “armeggiare” disinvoltamente con l’ordinamento, alla disperata ricerca di “grandezze esistenti” utilizzabili alla bisogna. Esse potrebbero risultare assai discutibilmente “omogenee” rispetto a quella caducata, e la stessa affermata provvisorietà dell’intervento, giustificata dalla necessità di assicurare la superiorità della Costituzione, oltre a manifestare una carenza di autorevolezza nella soluzione prescelta, potrebbe non compensare l’accusa di ingerenza nella discrezionalità legislativa. Si devono invece svolgere valutazioni rigorosamente “relazionali”, attraverso cui dimostrare che la disciplina prescelta per sostituire quella caducata risulta avvinta a quest’ultima da un nesso reale e stretto. Solo tutto questo rende verosimile e giustificabile la sostituzione.

Personalmente ritengo che qualcosa di simile è accaduto nella sentenza n. 236 del 2016, in tema di previsioni sanzionatorie relative al reato di alterazione di stato (art. 576 cod. pen.), pronuncia in cui la Corte ha esteso alla fattispecie di cui al secondo comma le sanzioni previste per quella prevista al primo comma del medesimo articolo, o meglio ha “sostituito” alle sanzioni previste dal secondo comma quelle di cui al primo (la sentenza è in effetti una manipolativa “sostitutiva”).

In tal caso, la dichiarazione d’illegittimità costituzionale delle previsioni sanzionatorie che assistevano il reato di cui al secondo comma della norma è conseguita ad uno scrutinio svolto entro il «perimetro conchiuso» dal medesimo articolo del codice penale. Ciò ha condotto a non sovrapporre dall’esterno una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ha invece consentito un giudizio “per linee interne” sulla coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il medesimo reato di alterazione di stato.

Non sempre, credo, è possibile fare altrettanto e, se posso dirlo, non sempre così è stato fatto...

4. Il cd. “caso Cappato”: legislazione coartata o “leale collaborazione”?

La giurisprudenza inaugurata con il cd. caso Cappato (e che ha avuto, per ora, un solo seguito) ha parzialmente a che fare con i problemi appena illustrati, ma combina in un modo ancora diverso il rapporto tra rispetto della discrezionalità legislativa e necessaria affermazione della superiorità della Costituzione.

La Corte riconosce l’esistenza di un serio problema di costituzionalità, ma sostiene che esso va risolto in prima battuta dallo stesso legislatore, anche perché la definizione di tale problema comporta scelte di

“contorno”, di natura sicuramente discrezionale, che la Corte stessa sa di non essere né legittimata né adatta a svolgere.

In disparte qui ogni questione di natura processuale, nonché ogni lamentazione (peraltro non infondata) circa il carattere del tutto pretorio dell’innovazione, il tempo concesso al legislatore per provvedere, entro l’udienza pre-fissata, e lo stesso *spatium deliberandi* (più o meno ampio in termini sostanziali) che al Parlamento viene “concesso” da questa tecnica decisionale, possono essere inquadrati – e sono stati effettivamente inquadrati – in due modi simmetricamente opposti.

Da una parte, c’è chi vi vede la imposizione inammissibile di una sorta di legislazione “coartata”, che si svolge sotto la sostanziale minaccia dell’accoglimento della questione in caso di inerzia: una scelta che nega quella stessa (porzione di) discrezionalità che, in principio, si vorrebbe invece al legislatore riconoscere. In questa tesi, l’incostituzionalità prospettata diventa, più francamente (e inammissibilmente), incostituzionalità *minacciata*, e il *vulnus* costituzionale recato da questa tecnica sarebbe duplice: da un lato, la Corte rinuncia alla immediata dichiarazione di incostituzionalità, pur avendone riconosciuto i presupposti, dall’altro la libertà del Parlamento legislatore viene solo teoricamente affermata, risultando invece, in concreto, compressa nella sostanza e nei tempi.

Dall’altra parte, v’è chi vede, ben diversamente, in questa stessa tecnica, una forma raffinata di *leale collaborazione* tra Corte e legislatore. La Corte, cioè, si avvede della sostanziale fondatezza del dubbio di costituzionalità prospettato, ma riconosce che è la competenza legislativa ad essere in prima battuta sollecitata, per la qualità e la specificità del settore normativo interessato, e decide che il Parlamento abbia perciò la prima parola, solo avvertendolo che, alla scadenza del termine prefissato, riesaminerà la questione, alla luce dei principi costituzionali. Chi guarda oltre i confini nazionali evoca in proposito anche l’esperienza del *Bundesverfassungsgericht* e delle sue sentenze di incompatibilità con termine al legislatore.

Io non saprei (o non vorrei) dire se davvero si tratti qui di un caso di “leale collaborazione”, nel senso in cui (credo più correttamente) ne ha ragionato la Corte a proposito dei rapporti tra Ministro della Giustizia e CSM, ovvero dei rapporti tra Stato e Regioni.

Mi sento però di dire che, a prescindere da ogni altra considerazione, ragionare di “leale collaborazione” quanto ai rapporti tra Corte e legislatore evoca un che di stonato, ed anzi mi suscita un sommesso (ma non meno fermo) dissenso, che esprimo appellandomi alla *conventio* evocata da Alessandro Pizzorusso, che ho richiamato all’inizio.

Anzi: siccome non amo una certa retorica che, proprio in tema di “leale collaborazione tra istituzioni”, mi pare essersi troppo ampiamente diffusa (in questi mesi sciagurati, e con la scusa dell’emergenza sanitaria), motivo questo dissenso ricorrendo alla penna affilata di Gianfranco Miglio, che in un breve e

luciferino scritto del 1978 ebbe a riflettere proprio sulla “collaborazione” tra il supremo organo di garanzia della Costituzione e gli organi di indirizzo politico⁴. Egli non si occupava di specifiche tecniche giurisprudenziali, né di quelle dell’epoca, e ancor meno, ovviamente, di quella ora in discorso, ma si riferiva, genericamente, ai casi in cui la Corte, nel periodo in cui scriveva, si era mostrata “comprensiva” verso l’Esecutivo o il Legislativo.

Ebbene, Miglio bollò la “collaborazione” in discorso nel modo seguente:

«Questa cauta collusione si basa evidentemente sul convincimento che l’idea della ‘divisione dei poteri’ dovrebbe essere superata dall’altra, della ‘collaborazione’ fra gli stessi. Convincimento del tutto infondato, se è vero che un meccanismo veramente garantista presuppone (come aveva intuito Romagnosi) non solo la divisione ma addirittura l’‘antagonismo’ dei poteri. Infatti, una volta imboccata la via delle ‘reciproche comprensioni’ fra controllori e produttori degli atti da controllare, il rigore e la prontezza della verifica della legittimità diventano un pio desiderio»⁵.

Questo è l’orizzonte concettuale in cui mi colloco, e in esso non c’è molto spazio per la leale collaborazione fra Corte e legislatore. Ciò non toglie che la giurisprudenza “Cappato” esiga di essere valutata in modo equilibrato.

Ben vero che, in essa, si ha a che vedere con una collaborazione la cui “lealtà” deve necessariamente svolgersi “a senso unico”, per due fondamentali ragioni. Primo, perché la Corte chiede al Parlamento di legiferare *positivamente*, così ignorando le ragioni politiche, fondate o non fondate che siano (non è questo il punto), in virtù delle quali il legislatore può aver deciso di *non* legiferare. Secondo, perché l’inerzia parlamentare rispetto al richiamo della Corte ad intervenire – inerzia che, appunto, potrebbe avere dalla sua ragioni comunque non sindacabili in sede di giudizio sulle leggi – prelude inesorabilmente (nonostante i dubbi che qualcuno ha nutrito) a un accoglimento della questione: sicché si tratta comunque di una legislazione “sotto minaccia”, se posso esprimermi così.

Ma, al tempo stesso, questa giurisprudenza presenta un’insospettabile attrattiva anche per i difensori della discrezionalità del legislatore, perché comunque concede a quest’ultimo la “prima” parola, o comunque gli fornisce un tempo supplementare per declinare una normativa, magari densa di profili tecnici. È, in

⁴ G. Miglio, *Utopia e realtà nella Costituzione. Tre schede ed una considerazione generale* (1978) ora in Id., *Le regolarità della politica*, vol. II, Giuffrè Milano 1978, pp. 713 ss.

⁵ Sotto le apparenze del motto di stizza, il pensatore realista che Miglio è stato non fa qui che richiamare una lezione eterna che viene dalla storia del miglior pensiero politico, qui evocata attraverso il richiamo al solo Romagnosi, che però è in ricchissima compagnia. Che unicamente il potere arresti il potere è la ben nota lezione di Montesquieu, e noi tutti dovremmo sapere bene che solo la separazione dei poteri, o, nella versione americana, il reciproco *check and balance* tra essi, garantiscono la tutela dei diritti. A maggior ragione in un tempo in cui i costituzionalisti studiano quasi unicamente “i diritti” e trascurano l’organizzazione dei poteri, l’articolo 16 della *Déclaration* del 1789 andrebbe perciò letto invertendone i termini: in principio è la separazione dei poteri, la garanzia dei diritti seguirà. Come sosteneva James Madison (*Federalist*, n. 51), l’equilibrio e il reciproco controllo tra i poteri sono retti dalla competizione tra di essi - «*ambition against ambition*» - e necessitano di un’organizzazione dei poteri che renda impossibile, a ciascuna istituzione, di godere di un *unchecked power*. Solo questo trasforma un *Bill of Right* «*from a paper assurance to a living guarantee*».

qualche modo, una decisione di compromesso, perché rinvia al futuro il *redde rationem* ma non manca di sottolineare l'*obbligo* di una legislazione conforme a Costituzione, conciliando in modo intelligente due prospettive che all'apparenza non potrebbero convivere. Concede inoltre al Parlamento la possibilità e il tempo di un intervento a tutto campo; possibilità e tempo che, se ben utilizzati, potrebbero spostare completamente i termini della questione, obbligando la Corte a rinunciare ai suoi bellicosi propositi: ed anzi, non si può non sottolineare che un Parlamento politicamente saggio potrebbe proprio far tesoro dello spazio e del tempo concessogli, guadagnando in autorevolezza e prestigio.

Resta di certo la possibilità di vedere le cose in modo del tutto opposto, e non pochi biasimano questo spurio compromesso. È la prospettiva di chi ritiene che se la questione è fondata non ci si può che orientare per l'accoglimento, cominciando semmai a ragionare sulle conseguenze sistemiche dell'eventuale vuoto che la pronuncia creerebbe, e sugli opportuni accorgimenti (ricorso alle "grandezze già esistenti" ecc.); ed è la prospettiva di coloro che pensano che se, all'opposto, si riconosce l'esistenza di una discrezionalità legislativa, cui la Corte non può supplire, la questione non può che essere dichiarata inammissibile. Per chi la pensa così, la giurisprudenza "Cappato" è, insomma, un singolare *tertium*, che in nome della "collaborazione" tra Corte e legislatore, da un lato posticipa l'affermazione della (pur riconosciuta, in modo più o meno intenso) superiorità della Costituzione, dall'altro diminuisce fortemente la (pur in principio omaggiata) libertà del Parlamento-legislatore, ergendo la Corte a supremo controllore anche del *se* e dell'*entro quando* quest'ultimo deve legiferare.

5. La Costituzione non è un *living document* cui far dire quel che oggi si vorrebbe dicesse. E, tra Corte e legislatore, le "antenne" per intercettare i mutamenti della "coscienza sociale" le ha il secondo

Ecco il terzo, ed ultimo, profilo del quale vorrei ragionare.

Nella sentenza n. 230 del 2020, la Corte afferma che il riconoscimento del diritto ad essere genitori di due donne unite civilmente, *ex lege* n. 76 del 2016, non è raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione di segno opposto (recata dalla stessa legge citata nonché dal d.P.R. n. 396 del 2000). Richiamando un'affermazione già contenuta nella sentenza n. 84 del 2016, inoltre, la Corte, decisamente, stabilisce che un tale obbiettivo sarebbe invece perseguibile per via *normativa*, implicando una svolta *non costituzionalmente imposta* ma che, anche per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, attiene propriamente all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato «a tradurre il bilanciamento dei valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

Le questioni sollevate (in relazione a plurimi parametri costituzionali e anche sovranazionali) sono pertanto dichiarate inammissibili, per riconoscimento della discrezionalità legislativa in materia.

Vorrei sottolineare l'importanza di questa sentenza, e, anche, il suo porsi in una linea di continuità con alcuni precedenti, *in primis* con la già richiamata sentenza n. 84 del 2016.

A dispetto di tendenze pangiurisdizionali ben note alla giurisdizione comune (anche di legittimità), la Corte costituzionale qui riconosce che esistono, in alcune materie di particolare rilevanza etica, spazi che la Costituzione non “copre”, lasciando una relativa libertà al legislatore, e rifiuta di potersi sostituire a quest'ultimo. È semmai il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le “antenne” per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né “riconoscibile” o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi.

Insomma, la scelta per il diritto all'omogenitorialità non è contenuta nella Costituzione; quest'ultima non vi si oppone, dice la stessa sentenza 230 del 2020 (anche se questa è un'anticipazione di un giudizio che nessuno ovviamente poteva chiedere), ma certo nemmeno la impone. Sicché, piuttosto che cercare di arruolare la giurisprudenza costituzionale, chi invoca quel diritto convinca la maggioranza dei parlamentari ad approvare una legge nella direzione voluta.

Tutto bene, quindi?

Non del tutto, residuano almeno due problemi assai seri.

Il primo. Mi interessa sottolineare che il (preteso) diritto di cui si discute, quand'anche un domani fosse legislativamente sancito, non diventerebbe, per ciò solo, un diritto fondamentale, da ascrivere nel novero di quelli garantiti costituzionalmente, magari *ex art. 2 Cost.* Questo è un aspetto sul quale la pronuncia mantiene qualche ambiguità. Qualcuno potrebbe infatti pensare che il legislatore potrebbe farsi interprete e “adeguatore” del testo costituzionale, reperendosi, alla luce del mutamento della coscienza sociale, un nuovo diritto da riconoscere: e, alla fine, attraverso un processo di natura politico-democratica, e con legge *ordinaria*, il catalogo *costituzionale* dei diritti ne risulterebbe integrato, per profili nient'affatto secondari⁶.

Non credo sia così. La pronuncia è abbastanza chiara nel sottolineare che la Costituzione tace sul punto, e che, in definitiva, lo “spazio” nel quale ci si muove è in tal caso uno spazio “vuoto” in termini di diritto costituzionale. La scelta pertiene soltanto alla discrezionalità del legislatore, appunto in corrispondenza

⁶ Appena eletto, il neo-Presidente della Corte costituzionale Mario Morelli, nella conferenza stampa di esordio, ha affermato di riconoscere “il ruolo della stampa nel segnalare l'emersione di nuovi diritti”, diritti che, successivamente, la giurisprudenza (anche costituzionale) dovrebbe, da parte sua, incaricarsi di riconoscere effettivamente... Dal mio punto di vista, *respectfully*, non riesco a immaginare tesi meno convincente di questa, quanto ai rapporti tra diritti (nuovi o vecchi), evoluzione della coscienza sociale, Costituzione e giurisprudenza.

ai mutamenti della coscienza sociale, che il legislatore, se ritiene, può intercettare e riflettere in atti normativi.

Il secondo problema è stato icasticamente sottolineato da Antonio Ruggeri, nel Convegno dalla partecipazione al quale ricavo questa breve relazione.

Sostiene Ruggeri di non cogliere la differenza tra questa vicenda e quella del c.d. caso Cappato, e di non comprendere perciò il ben differente trattamento che i due casi hanno subito: qui inammissibilità per discrezionalità legislativa, là addirittura l'innovativa scelta della incostituzionalità prospettata (o minacciata), l'azzardo del termine al legislatore per provvedere, la durezza dell'accoglimento finale della questione, in seguito al protrarsi della cd. inerzia legislativa.

Temo che l'illustre Collega abbia qualche ragione, e la sua osservazione induce comunque a riflettere.

Vi era forse una qualche lontananza ontologica tra le due situazioni? Nella innegabile differenza delle due fattispecie risiedeva per avventura alcuna ragione oggettivamente differenziante, tale da giustificare un così diverso esito? Non parrebbe: caso eticamente sensibile sia là che qua, questione che divide l'opinione pubblica in entrambi i contesti, presenza di una specifica disciplina "ostativa" od "ostile" in ambedue i casi.

Certo, si potrebbe forse dire che il carattere decisamente individuale e "solitario", se così posso dire, della storia di DJ Fabo, la stessa sanzione penale che coinvolgeva chi avesse deciso di aiutarlo a morire, costituivano elementi unici, e più drammatici, rispetto a quelli, se vogliamo più "ordinari", di una controversia originata dalla mancata previsione del diritto di due donne, unite civilmente, di essere riconosciute entrambe, dopo aver fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero, quali genitrici in un atto di nascita.

Ma sono forse mere differenze di contesto, o di colore: in entrambi i casi le fattispecie sottendono scelte di valore e di natura etica, e sollecitano riflessioni su valori "ultimi": da una parte, la vita e la dignità individuale, la scelta sul se e come morire; dall'altra, la famiglia, il matrimonio, il rapporto con i figli.

E la Costituzione? Forse è più facile sostenere che essa tace sul diritto delle due donne, che non sull'eutanasia, e qualcuno potrebbe quindi pensare che la differenza tra i due casi risieda essenzialmente nella qualità e, per così dire, nell'"intensità normativa" dei diversi parametri costituzionali rispettivamente chiamati in causa.

Ma anche questa pretesa differenza, in realtà, scolora ad un'analisi appena un poco più attenta. Esprime davvero, la nostra Costituzione, scelte chiare sull'eutanasia, in quelle *specifiche* ipotesi che le due pronunce sul caso Cappato hanno identificato e isolato? Per dirla brutalmente: è davvero giustificata da un principio scritto nella Costituzione l'*interposizione* di una mano *terza* (di un medico o di chi per lui), che pone esecutivamente fine a una vita – di una vita che, a quel punto, termina non a seguito del decorso della

malattia, ma per l'azione di una qualche sostanza velenosa inoculata *da quella mano terza* in un corpo sofferente? Se sì, quale sarebbe questo principio? La dignità individuale? La ragionevolezza? L'autodeterminazione? Ammesso (ma non concesso) che di tutte e tre questi concetti la Costituzione italiana ragioni esplicitamente, quante sfumature di declinazione diversa vi troverebbero principi di tal fatta? Quante nozioni di dignità contiene la Costituzione? E c'è davvero, in Costituzione, il riconoscimento di una assoluta autodeterminazione individuale libera da ogni vincolo personale, sociale, solidaristico?

Come giungere, a partire da principi così generali e generici, a una soluzione così specifica, e terribile? Non dovrebbe invece, e semmai, anche questa nuova “causa di giustificazione”, che modifica il codice penale, essere il risultato di una libera scelta legislativa, che interpreti il sentire comune e diffuso, la famosa “coscienza sociale”, in uno spazio vuoto di regole costituzionali specifiche?

E se una legge apposita in questo senso non si ottenga, perché imporla sostenendo che essa sarebbe richiesta dalla Costituzione, per interposta Corte costituzionale? Gli assertori della bontà di questa soluzione convincano, piuttosto, partiti, elettori e Parlamento: se non vi riescono, forse è perché il legislatore rappresentativo ha “antenne” che suggeriscono soluzioni diverse (e, in effetti, nel caso di specie, queste antenne avevano proprio suggerito, solo qualche anno prima, una soluzione diversa...).

Impostiamo il ragionamento in termini generali. Non è la stessa cosa ottenere il riconoscimento dell'eutanasia o del diritto all'omogenitorialità, o di qualunque altra “nuova” situazione soggettiva, per *legge* oppure attraverso una *sentenza della Corte costituzionale*, che intervenga sulla fonte primaria. C'è, infatti, a parte ogni altra considerazione d'ordine dogmatico, una differenza essenziale: nel secondo caso, e solo in questo, la questione è, per così dire, “chiusa” per sempre, con la forza cogente della Costituzione stessa (per interposta Corte costituzionale), cioè con la definitività che una normazione costituzionalmente richiesta si porta appresso. Alla luce di un'interpretazione assai dubbia del testo costituzionale, viene insomma autoritativamente definita e risolta una *issue* controversa, che magari divide l'opinione pubblica e la stessa rappresentanza politica.

In casi siffatti, è proprio il coinvolgimento della Costituzione a suonare stonato. La Costituzione dice quel che c'è scritto, non già quel che *oggi* ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture “dinamiche”. Se la si vuole cambiare, e basarsi sulla sua rinnovata autorità, ebbene, e di nuovo, gli assertori del mutamento convincano partiti, Parlamento ed elettori a fare i passi conseguenti. C'è un procedimento di revisione apposito, certo difficile e complesso: ma tale è *pour cause*, per resistere ai tentativi di cambiamento, come è compito delle Costituzioni rigide. La Costituzione, insomma, non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*, che “sta al passo coi tempi”: come se i tempi, tra l'altro, dovessero mutare sempre e solo di bene in meglio, in un incessante e inarrestabile

progresso dei diritti individuali e collettivi, e la Costituzione, cambiando insieme ai tempi, dovesse riflettere *«the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society»*⁷.

Insomma, e in definitiva: cosa ci racconta la notevolissima diversità dei due esiti, nel caso Cappato e in quello del preteso diritto all'omogenitorialità, a distanza di poco tempo e pur in presenza di una sostanziale analogia di situazione? Il Collega ha detto che suggerisce l'idea di una Corte oscillante, che compie scelte con motivazioni non sempre convincenti.

Io non ho per ora risposte: ascolto e rifletto, preoccupato assai.

⁷ Secondo la formula adottata talvolta anche dalla Corte suprema USA, di cui si fa beffe Antonin Scalia: cfr., ad esempio, Id, *The Idea of the Constitution* (1991), in *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*, C. Scalia and E. Whelan (Ed.), Crown Forum, 2017, pp. 164 ss.