CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

2022 FASC. I

(ESTRATTO)

DANIELE MANELLI

LA DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA E IL PERSISTENTE DOMINIO DELL'INERZIA LEGISLATIVA NELLA TUTELA DEI DIRITTI. LA CONSULTA PERFEZIONA UN NUOVO CASO DI "INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA" CON LA SENTENZA N. 150 DEL 2021

31 GENNAIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Daniele Manelli

La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell'inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di "incostituzionalità differita" con la sentenza n. 150 del 2021*

ABSTRACT: ***After Cappato's case, the Italian Constitutional Court had to opt again to use the new decision practice of "delayed unconstitutionality", to decide on the legitimacy question about press-related defamation, because of the evident divergence between the Italian law in matters and the Strasburg Court consolidated path. Starting from this particular case, the intention is describing the "two steps" technique structure, in order to analyze briefly its features and to bring to light its problematic aspects. The Constitutional Court, indeed, was obliged to develop new legal instruments, due to the lawmaker chronic inactivity, as done by foreign systems, at which looking with the purpose, to perfect what we could call a new persistent type of decision.***

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La decisione della Corte sulla legittimità del "carcere per i giornalisti" tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021. I richiami alla giurisprudenza EDU e i precedenti di quella italiana. – 2.1. Due importanti precedenti nella giurisprudenza EDU contro l'Italia e l'orientamento della Corte di Cassazione sul trattamento sanzionatorio dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948. – 2.2. Le conclusioni della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 132 del 2020 e nella sentenza n. 150 del 2021. – 3. La nuova tecnica dell'"incostituzionalità differita" tra struttura e profili problematici. – 3.1. Gli effetti sui giudizi diversi da quello *a quo*. – 3.2.I possibili epiloghi dell'"incostituzionalità differita". – 4. Conclusioni nella prospettiva di un adeguamento alle esperienze straniere già consolidate.

1. *Premesse.*

Con l'ord. n. 207 del 2018, a cui è seguita la sent. n. 242 del 2019, si può dire inaugurata una nuova stagione della giustizia costituzionale italiana, attraverso l'utilizzo di un meccanismo decisorio del tutto innovativo, non essendo possibile rinvenire alcun precedente rispetto alla sopra menzionata pronuncia del 2018[1].

*Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

[1] Sull'assenza di un precedente e sul carattere innovativo della tecnica *ex multis* si veda C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019, R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata con il caso Cappato*, ivi, n. 3 del 2020, 104 ss., A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'Ircocervo costituzionale (a margine dell'ord. n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in questa *Rivista*, 2018/III, 571, ID., *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 questa *Rivista*, 2020/II, 406, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018, R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi e il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica Camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro italiano*, 2020, I, 2565, M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ord. n. 132/2020 della Corte cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3 del 2020, 1413 ss.., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ord. n. 132/2020 della Corte cost.*, in *Federalismi.It*, n. 27 del 2020, 206 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio, ma due indizi sono una coincidenza? La tecnica "Cappato" colpisce ancora*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4 del 2020, 1 ss., D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in questa *Rivista*, 2020/II, 627, A. MAZZOLA, *Decide chi deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, ivi, 2020/III, 545, 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 *Osservatorio costituzionale*, n. 5 del 2020, 121 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e Cedu nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2021, 163 ss., D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale italiana*, Bologna, 2020, 163 ss.

Particolarmente degna di nota, fin dal principio, è la comunanza di ambito ordinamentale investito dall'utilizzo della neonata tecnica di origine pretoria: fino ad ora, ad essere decise attraverso uno schema a due tempi, nell'ambito del medesimo procedimento incidentale di legittimità, sono state questioni riguardanti fattispecie di reato[2], oppure norme limitative di benefici premiali in sede di esecuzione della pena per specifiche categorie di detenuti[3].

Nel corso degli anni sono divenute sempre più frequenti le situazioni in cui si è reso necessario trovare una soluzione, quando il legislatore sia rimasto inerte o non sia riuscito, «da solo, ad affrontare materie caratterizzate da un'ampia discrezionalità»[4]. In assenza di una disciplina specifica degli strumenti decisori, di cui la Consulta dispone, si è pensato di adottare un apporto creativo, per far fronte alla varietà di fattispecie che si sono venute a profilare, forse più ampia di quanto si potesse preventivare sia in sede di Assemblea costituente, sia, in seguito, al momento di regolazione dell'attività della Corte costituzionale con la l. n. 87 del 1953.

Del resto, il fatto che la situazione richieda una discrezionalità legislativa «non può ergersi a limite assoluto, invalicabile in caso di inerzia»[5], soprattutto quando la questione sottoposta all'attenzione dell'organo di garanzia costituzionale dovesse riguardare la tutela dei diritti attraverso un ponderato utilizzo degli strumenti del settore penale. Così è stata doverosa l'elaborazione di nuove tecniche di decisione, per colmare il vuoto normativo, forse, nella speranza che il consolidamento della prassi potesse portare a una codificazione, analogamente a quanto avvenne in Germania per l'*Unvereinbarerklärung*[6].

Al termine di diversi tentativi pretori, volti ad arginare la cronica inerzia del Parlamento, si colloca la particolare conformazione del dialogo tra legislatore e Corte costituzionale sottoposta alla nostra attenzione: un'incostituzionalità accertata e sospesa, per consentire che, entro il termine dettato, venisse esercitata dalle Camere la discrezionalità richiesta dalla situazione, a cui però è seguito un silenzio, manifestazione, forse, di un'intenzione di lasciare che fosse proprio il Giudice delle leggi a trovare la soluzione, non solo nei termini di principi da attuare, ma anche di interventi effettivi nel tessuto normativo[7].

Si è così rinnovato il dibattito sulla natura della Corte costituzionale e sul delicato bilanciamento tra le due componenti della sua essenza: quella politica e quella giurisdizionale. La natura "bifronte" dell'organo di giustizia costituzionale spesso ha conosciuto una diversa composizione, in relazione alle vicende e agli interessi di volta in volta in gioco. Per usare un'immagine che più efficacemente può rendere quest'idea, potremmo dire che, a seconda dell'oggetto che viene sottoposto all'attenzione

---

[2] Cfr. Corte cost., ord. n. 207 del 2018, Corte cost., sent. n. 242 del 2019, Corte cost., ord. n. 132 del 2020, Corte cost., sent. n. 150 del 2021.

[3] Cfr. Corte cost., ord. n. 97 del 2021. Si tenga presente che il relativo procedimento è ancora in corso, non essendo ancora scaduto il termine assegnato al legislatore per intervenire. Cfr. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ord. n. 97/2021 della Corte cost.*, in Federalismi.it, n. 22 del 2021, 198 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e 'politici' delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte cost.*, in Federalismi.it, n. 22 del 2021, 32 ss.

[4] M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1422. Sul punto anche M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss.

[5] M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie Della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in Rivista AIC, n. 2 del 2019, 644 ss., D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 103 ss.

[6] In tal senso M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 189, nota 1 e Appendice. A riguardo si veda anche N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in Forum di Quaderni costituzionali, 29 giugno 2016, G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, 2002, 156 ss.

[7] Così M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1421, la quale ritiene che nel caso dell'ord. n. 132 del 2020 non si possa ravvisare un fallimento del dialogo tra Consulta e legislatore, in quanto piuttosto si potrebbe ritenere che lo «sforzo […] di responsabilizzare il legislatore non abbia dato l'esito sperato», senza che questo si traduca in una situazione irrimediabile. Infatti, l'A. sostiene, riprendendo la posizione formulata da M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, che la separazione delle competenze tra organo legislativo e quello di giustizia costituzionale è presupposto di una corale azione necessaria alla corretta attuazione dei principi costituzionali.

della Consulta, è come se questa fosse paragonabile a una bilancia: i suoi piatti, rappresentanti le due anime che la connotano, si dispongono ad altezze differenti a seconda del maggior o minor peso posto su ciascuno di essi e, quindi, della maggior o minor preponderanza del carattere politico o giurisdizionale, per risolvere la questione di costituzionalità[8].

2. *La decisione della Corte sulla legittimità del "carcere per i giornalisti" tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021. I richiami alla giurisprudenza EDU e i precedenti di quella italiana.*

Entro la cornice appena tratteggiata si collocano due recenti pronunce del Giudice delle leggi: l'ord. n. 132 del 2020 e la sent. n. 150 del 2021.

Con esse la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi sulle questioni di costituzionalità che, rispettivamente, il Tribunale di Salerno, seconda sezione penale, e quello di Bari, prima sezione penale, hanno sollevato, con le ordinanze di rimessione n. 140 e n. 149 del registro delle ordinanze del 2019, concernenti il reato di diffamazione a mezzo stampa, poi riunite in fase decisoria, essendo legate da una stretta analogia.

Più specificamente, il Tribunale di Salerno ha chiesto alla Corte costituzionale di verificare la legittimità del combinato disposto dell'art. 595, comma 3, c.p. e dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948 rispetto agli artt. 3, 21, 25, 27, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo per il tramite del parametro interposto dell'art. 10 CEDU. L'art. 13 era oggetto di censura nella parte in cui prevede «in via alternativa o cumulativa rispetto alla multa» la pena della reclusione[9].

Il Tribunale di Bari, invece, ha più chirurgicamente domandato la verifica della compatibilità della previsione in via cumulativa, anziché alternativa, della pena della reclusione per chi commette diffamazione a mezzo stampa mediante l'attribuzione di un fatto determinato, con principale riferimento all'art. 13 della l. n. 47 del 1948[10].

Non essendovi stato alcun intervento normativo nel termine stabilito, con la sentenza n. 150 del 2021, la Consulta ha espressamente confermato integralmente le censure fatte nell'ordinanza n. 132 del 2020, con specificazioni volte a definire il giudizio instaurato.

Più precisamente, delle questioni sollevate dai due Tribunali, solo quelle del Tribunale di Salerno sono state concretamente sviscerate dalla Corte nel *Considerato in diritto* nei §§ 4 e ss. Di esse, infatti, viene ravvisata la fondatezza nella parte in cui si prospetta una discrepanza tra l'art. 13 della legge sulla stampa e gli artt. 21 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 10 CEDU[11]. Ciò

[8] Altro esempio figurativo può essere il pendolo che oscilla tra le due componenti dell'essenza diadica della Consulta, tra legislazione e giurisdizione. Cfr. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa*, in Rivista AIC, n. 3 del 2017, 1 ss., A. SPADARO, *Sull'intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei, in* Federalismi.it, n. 5 del 2017, 2 ss., A. RUGGERI, Replicato, seppur in modo, cit., 406 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss.

[9] Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 2020, §1 *Cons. dir.* Cfr. F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss.

[10] Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 2020, § 2 e 5 *Cons. dir.* Nel § 2.1 del *rit. fat.* dell'ordinanza viene riportata la ragione per cui si è optato per una modifica più circoscritta: secondo il Tribunale di Bari la sostituzione della congiunzione coordinante con l'avversativa fornirebbe uno strumento in grado di consentire al giudice di modulare l'intervento sanzionatorio in ragione della gravità del caso concreto, così da circoscrivere l'irrogazione della detenzione ai casi di eccezionale gravità previsti dalla giurisprudenza di Strasburgo. La soluzione sarebbe dunque funzionale a conformare la normativa italiana al "diritto consolidato" riguardo all'art. 10 CEDU, con la modifica minore possibile delle scelte legislative in materia penale, coperte da riserva di legge *ex* art. 25, comma 2, Cost. Si veda anche M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa italiana sulla sanzione del carcere nei casi di diffamazione a mezzo stampa dopo l'ord. n. 132/2020 della Corte cost.*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4 del 2020, 1043 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

[11] Cfr. Corte cost., sent. n. 150 del 2021, cit., § 4.

ha reso conseguentemente superfluo l'esame delle eccezioni analoghe formulate dal Tribunale di Bari[12].

La ragione dell'accoglimento si riscontra nel richiamo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, formatasi riguardo all'art. 10 CEDU, rubricato «Libertà di espressione», ponendo l'accento sulla centralità della stampa come «cane da guardia della democrazia»[13].

La stampa si vede riconosciuto sostanzialmente un ruolo di primaria importanza nell'assicurare un corretto operato degli apparati pubblici, quasi al pari degli organi istituzionali di garanzia previsti dai vari ordinamenti costituzionali (ad es. la magistratura). Tramite essa, infatti, è possibile sottoporre al controllo dell'opinione pubblica le eventuali anomalie, che dovessero riscontrarsi nell'attività dei soggetti esercenti pubbliche funzioni, così da "smascherare" eventuali attività di abuso dei pubblici poteri.

Ovviamente, al tempo stesso, il c.d. "quarto potere" è investito di una forte responsabilità, dovuta soprattutto alle conseguenze particolarmente distruttive della reputazione del singolo, se quanto riportato, ad esempio in un articolo, non dovesse corrispondere al vero.

È quindi evidente come l'attività giornalistica, da un punto di vista costituzionale e convenzionale, cammini sempre su un sottile filo: in bilico tra la necessaria informazione dell'opinione pubblica e l'imprescindibile corrispondenza tra verità e narrazione, al fine di non riportare fatti fuorvianti e lesivi della positiva considerazione che la collettività ha dell'individuo e, quindi, della sua reputazione, tutelata dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 CEDU[14].

Con l'intento di impostare correttamente una simile attività di bilanciamento, secondo quelli che sono i binari tracciati dai giudici rimettenti con i *petita*, la Corte costituzionale ha richiamato alcuni casi della giurisprudenza della Corte EDU, considerati particolarmente significativi nell'individuazione del diritto consolidato[15] sull'art. 10 CEDU.

---

[12] Cfr. Corte cost., sent. n. 150 del 2021, cit., § 5. Esse infatti riguardavano la medesima disposizione di cui è stata dichiarata l'incostituzionalità, ma con lo scopo di «sostituire il regime di cumulatività di reclusione e multa previsto dalla disposizione medesima con un regime di alternatività tra le due sanzioni.»

[13] Espressione utilizzata da Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., a sua volta ripresa dalla sentenza Corte EDU, 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, § 39. Cfr. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (curr.), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2012, *sub* art. 10. Bisogna evidenziare come il richiamo della giurisprudenza EDU in materia sia stato meno ampio di quanto si riscontra nel *Considerato in diritto* dell'ord. n. 132. Probabilmente perché, come specificato nel § 2 della stessa sentenza, quest'ultima deve essere saldata alla parte motiva del provvedimento precedente, *prius* logico di quello conclusivo del giudizio.

[14] Cfr. F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

[15] Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, con cui è stato ribadito nel § 7 *Cons. dir.*, che «il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla "giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente"». «È, pertanto, solo un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo.» Di seguito la Consulta, consapevole della necessità di specificare che cosa si intenda per "diritto consolidato", ha operato un'elencazione di criteri che, se presenti singolarmente o congiuntamente, possono aiutare il giudice italiano a capire se non si è in presenza di un indirizzo consolidato, tale da obbligarlo a un'uniformità, tenuto conto delle specificità del caso concreto. Il richiamo alla pronuncia si riscontra anche in P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità "prospettata" ma non ancora dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell' ord. n. 132 del 2020*, in *Studium Iuris*, n. 11 del 2020, 1355 ss., nota 3, N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2020, 1480 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., U. ADAMO, *La Corte è "attendista"... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». Nota Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 novembre 2018, M. Picchi, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss. Sulla necessità di operare un delicato bilanciamento tra interessi in gioco nel caso Cappato si veda G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria sul "caso Cappato" tra diritto processuale e sostanziale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2 del 2020, 110 ss., per comprendere le similarità con l'utilizzo della medesima tecnica decisoria nel caso di specie. Per un'analisi delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007, di cui la sent. n. 49 del 2015 costituisce un completamento, si veda D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, 83 ss., G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2020, 130 ss.

Punto di partenza è indubbiamente la sentenza della Gran camera *Cumpănă e Mazăre c. Romania* del 2004. Essa è, a tutti gli effetti, considerabile come un *leading case* in materia di verifica della proporzionalità del trattamento sanzionatorio per i reati che superano i limiti tracciati dall'art. 10 della CEDU[16]. In particolare, si è affermato il principio di diritto per cui: la «"missione" di allertare il pubblico su possibili abusi da parte dei pubblici poteri»[17] risulta essere essenziale, per un ordinamento democratico, a tal punto da escludere l'ammissibilità del ricorso a sanzioni penali particolarmente incisive, come nel caso di specie, al di fuori di una circoscritta e necessaria area di punibilità.

Posto che l'esercizio della libertà ex art. 10 CEDU non può essere privo di limiti, perché comporta «doveri e responsabilità», data la sua inevitabile incidenza sulla garanzia dell'art. 8 della stessa Convenzione, esso «può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge costituenti misure necessarie in una società democratica, per [...] la protezione della reputazione dei diritti altrui»[18]. Conseguentemente, spetta ai Parlamenti nazionali stabilire un adeguato trattamento sanzionatorio e ai giudici poi darvi applicazione, a seconda delle specificità del caso concreto. Secondo la Corte EDU, più precisamente, la comminazione della detenzione per un'offesa compiuta a mezzo stampa può dirsi giustificata «soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d'odio (hate speech) o di istigazione alla violenza»[19]. Al di fuori di questa cornice ristretta, si ritiene sussistente una sproporzionata ingerenza dello Stato con un inevitabile *chilling effect*[20] provocato dalle sanzioni penali, ossia l'effetto dissuasivo ad esse naturalmente correlato, data l'incidenza di questi strumenti giuridici nei confronti di beni primari del singolo, quale la libertà personale.

L'effetto preventivo proprio delle sanzioni penali, in simili situazioni, rischia infatti di determinare il passaggio dalla garanzia della legalità, attraverso la dissuasione da comportamenti giuridicamente riprovati, alla sostanziale negazione di funzioni primarie per la democrazia, quale quella di informazione, dato il timore per gli operatori del settore di vedersi eventualmente coinvolti in vicende giudiziarie, con un «detrimento per l'intera società»[21].

In realtà, risale alla sentenza *Goodwin c. Regno Unito* del 1996 la consapevolezza della qualità di «*public watchdog*»[22] dei mezzi di informazione, dato il loro compito di «segnalare all'opinione

---

[16] Cfr. Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*. A riguardo cfr. E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *Foro it.*, I/2020, 3709 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, in Diritto Penale Contemporaneo, 24 ottobre 2012, A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect: la Consulta bussa alla porta del legislatore*, in *Diritto penale e processo*, n. 2 del 2021, 217 ss. Particolarmente approfondita è la descrizione del caso fatta da A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 62 ss. Sul ruolo delle pronunce della Grane Camera della Corte EDU in contrasto con le scelte legislative nazionali si veda D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 168 ss.

[17] A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione*, cit., 62 ss.

[18] *Op. et loc. ult. cit.*.

[19] Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., § 6.1, che richiama il § 115 della Corte EDU., 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*.

[20] Cfr. N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss., il quale osserva come la Corte EDU abbia fatto propria la dottrina elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America in materia di libertà di espressione. Essa infatti «richiama alla necessità di considerare, in questo bilanciamento [tra libertà di espressione e rispetto dell'altrui reputazione], non solo e non tanto gli effetti negativi della scelta di criminalizzazione sul singolo, quanto - in una visuale che si potrebbe dire "obliqua" - quelli "sociali" sull'intera collettività. In altri termini, occorre preoccuparsi non già delle conseguenze che la sanzione avrà sullo specifico giornalista condannato, in un caso nel quale la *sua* libertà d'espressione appare pacificamente soccombente, ma dell'effetto che tale condanna avrà nei confronti degli altri giornalisti.» Sul punto anche M. CASTELLANETA, *La Corte costituzionale chiama il Parlamento sulle modifiche in tema di diffamazione secondo il "modello Cappato" (a proposito di Corte cost. n. 132/2020)*, in Giustizia Insieme, 2020, ID, *La revisione della normativa italiana*, cit., 1043 ss., A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione*, cit., 60 ss., ID, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

[21] Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit.,§ 114.

[22] Corte EDU, 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, cit., § 39.

pubblica casi apparenti o soltanto supposti di abuso dei pubblici poteri e di svolgere una funzione propulsiva rispetto a questioni di interesse pubblico»[23]. Per tanto, certamente gli Stati contraenti sono gravati dall'obbligo positivo di tutelare la reputazione dell'individuo ex art. 8 CEDU attraverso una regolamentazione dell'esercizio della libertà di espressione in equilibrio con un simile proposito, tuttavia ciò deve avvenire in modo tale da non inibire, soprattutto, «l'attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati»[24] di tali indagini da parte dei giornalisti.

L'affermazione svolta dalla Corte EDU nella sentenza del 2004 poggia su alcune considerazioni di principio, legate alla vicenda sottoposta alla sua attenzione: dal punto di vista fattuale i due giornalisti romeni non sono stati incarcerati, ma dal punto di vista giuridico la situazione è risultata intollerabile. In sostanza, l'ingerenza statale è stata percepita come una pericolosa minaccia per una categoria di soggetti, che può operare solamente grazie all'esercizio effettivo della libertà di espressione.

2.1. *Due importanti precedenti nella giurisprudenza EDU contro l'Italia e l'orientamento della Corte di Cassazione sul trattamento sanzionatorio dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948.*

A partire dal *leading case* menzionato la giurisprudenza europea sul punto è divenuta assai copiosa e sono proliferati i riferimenti alla sentenza pilota del 2004, come osservato dalla stessa Corte costituzionale nel testo dell'ordinanza[25]. Particolarmente significative sono due pronunce che hanno riguardato il nostro Paese: la sentenza 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*[26] e quella del 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*[27].

In realtà, è soprattutto la più recente ad aver avuto l'incidenza più significativa. Prima di essa, infatti, la giurisprudenza italiana si era concentrata sul cercare di individuare i limiti, entro i quali si potesse definire legittimo l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero nella sua declinazione di diritto di cronaca e critica giornalistica. L'obiettivo consisteva, quindi, nello stabilire un bilanciamento in grado di evitare che l'informazione arrecasse illegittimamente offesa all'altrui reputazione, a presidio della quale il codice penale prevede il delitto di diffamazione.

Un cambiamento di approccio dei giudici italiani sul tema della compatibilità con l'art. 10 della CEDU dell'art. 595 c.p. vi è stato, quando la Suprema Corte di Cassazione, V sezione penale, mettendo la parola fine a un procedimento penale che ha visto come imputati il direttore di *Libero*, Alessandro Sallusti, e il giornalista Andrea Monticone, ha dovuto pronunciarsi su aspetti concernenti il trattamento sanzionatorio dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948 e, soprattutto, sulla proporzionalità e adeguatezza dello stesso.

In quella sede, più precisamente, l'oggetto di attenzione non era la legittimità costituzionale della sanzione detentiva congiuntamente a quella pecuniaria ex art. 13, ma l'applicazione del trattamento

---

[23] M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss. Cfr. anche A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss.

[24] Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., § 6.1 *Cons. dir.*, nel richiamare Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit., §114

[25] Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., § 6.2 *Cons. dir.*

[26] Essa ha riguardato il direttore de *Il Giornale*, condannato a quattro mesi di reclusione, condizionalmente sospesi, e al risarcimento del danno. Cfr. M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss. Come osservato da A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 e ss., in questa occasione è stato ribadito come «il *quantum* e la *species* della sanzione irrogata al giornalista risultassero del tutto sproporzionati rispetto al legittimo fine perseguito.» In sostanza la stessa previsione in astratto della reclusione per la diffamazione a mezzo stampa può dirsi una violazione della CEDU. In tal senso anche D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss. A. Gullo, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss., osserva come neanche con la sentenza *Belpietro* la suprema Corte italiana abbia cambiato orientamento, dovendosi attendere la sentenza della Corte EDU sul caso *Sallusti*.

[27] Essa è stata pronunciata in accoglimento del ricorso presentato dal direttore di *Libero*, Andrea Sallusti, a seguito della condanna a un anno e due mesi di reclusione e al pagamento di 5000 euro di multa in applicazione degli artt. 57 e 595 c.p. e dell'art. 13, l. n. 47 del 1948, confermata da Cass. pen., V sez., 26 settembre 2012, n. 41249, in *Foro it.*, II/2012, 669 ss.

sanzionatorio, particolarmente rigido, senza il riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale *ex* art. 164, comma 1, c.p.[28].

Nella sentenza 26 settembre 2012, n. 41249, la Suprema Corte richiama espressamente la pronuncia *Cumpănă e Mazăre* del 2004 e il principio in essa affermato, anche se l'applicazione dello stesso desta non poche perplessità: la decisione è stata nel senso di qualificare come "eccezionale" la condotta diffamatoria posta in essere dal direttore di *Libero*, così da configurare come compatibile con le coordinate sovranazionali il trattamento sanzionatorio nel caso di specie.

Una simile conclusione non parrebbe dirsi pienamente condivisibile, in quanto nella statuizione della Gran camera non si ricomprenderebbe propriamente la diffamazione nella casistica legittimante il ricorso alla detenzione. I giudici di Strasburgo hanno infatti ritagliato per le situazioni "eccezionali" uno spazio di punibilità, che opera su un piano di tutela generalmente diverso da quello dei reati contro la reputazione del singolo, ossia i discorsi d'odio e l'incitamento alla violenza, anche se può dirsi un problema aperto la possibilità di includere l'offesa individuale nella più ampia categoria dei discorsi d'odio.

Essendo evidente come i supremi giudici italiani abbiano preferito aderire a un'interpretazione restrittiva delle indicazioni provenienti da Strasburgo, Sallusti ha presentato ricorso alla stessa Corte EDU.

L'esito è stata la sentenza 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, con cui si è condannata l'Italia per aver inflitto al ricorrente un trattamento sanzionatorio per natura e severità manifestamente sproporzionato, tale da non risultare necessario in una società democratica[29]. In motivazione non si è fatto altro che ribadire l'orientamento giurisprudenziale consolidato, con la specificazione che, solo qualora siano lesi gravemente altri diritti fondamentali, ad esempio nei «casi eccezionali» sopra menzionati, la detenzione per reati riguardanti i mezzi di comunicazione sarebbe compatibile con l'art. 10 CEDU. Proseguendo la Corte europea ha valutato positivamente le iniziative legislative italiane, volte a circoscrivere la comminazione di sanzioni penali per la diffamazione e a procedere all'abolizione della reclusione per lo stesso reato, con chiaro riferimento al settore giornalistico[30].

2.2. *Le conclusioni della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 132 del 2020 e nella sentenza n. 150 del 2021.*

Nella sent. n. 150 del 2021 vi è un sostanziale avallo dell'elaborazione della Corte europea. In essa si è specificamente affermato che la disposizione va considerata in contrasto con l'art. 21 Cost., dato

[28] Cfr. F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione*, cit., osserva come la negazione del beneficio debba ritenersi non giustificata, dato il carattere erroneo della valutazione operata dalla Suprema Corte riguardo alla prognosi di commissione in futuro di altri reati da parte del soggetto condannato. Si contesta la mancanza di un atteggiamento di gradualità, che tenesse conto del fatto che Sallusti, condannato come espressamente sottolineato a pene pecuniarie per sette pregressi casi di diffamazione, non abbia mai visto l'irrogazione nei suoi confronti di una sanzione detentiva, la quale, in quanto tale, poteva dirsi ancora pienamente carica di quel carattere dissuasivo a cui sono funzionali per definizione le sanzioni penali. Della sentenza parlano anche A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss. D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., la quale osserva come l'Italia sia stato il paese del Consiglio d'Europa con il maggior numero di *alerts* per intimidazioni ai giornalisti (2018), secondo la Piattaforma per la protezione dei giornalisti istituita dal Consiglio d'Europa. Nel 2019 si è collocata, invece, al secondo posto.

[29] Cfr. Corte EDU, sentenza 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, §§ 63 e 64.

[30] Cfr. Corte EDU, sentenza 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, cit., §59. Dal § 30 della stessa emerge che le iniziative legislative richiamate nel § 59 sono quelle contenute nel disegno di legge A.C. 925, il quale, dopo l'approvazione da parte della Camera dei Deputati, è stato modificato dal Senato, prima, e ulteriormente dalla Camera poi, per arenarsi nel 2015 in Commissione Giustizia al Senato. Per ciò che concerne la posizione assunta dalla Corte EDU in materia con la sentenza *Sallusti c. Italia* si veda S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia dal parte della Corte EDU*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 marzo 2019. Riguardo al problema aperto dei limiti della legittimità convenzionale della detenzione per la diffamazione a mezzo stampa si veda F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione*, cit.

che la *ratio* della norma è quella di inasprire il trattamento sanzionatorio in distonia con la garanzia della libertà di stampa.

Non va però dimenticato che l'inviolabilità di tale diritto va di pari passo con il riconoscimento di altrettanta connotazione da riservarsi alla reputazione individuale, strettamente legata con la dignità della persona. Questo perché i mezzi di informazione possono produrre pregiudizi nella «vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime»[31], tenuto conto della elevata capacità di diffusione, maggiore rispetto a quella avuta in passato. Inoltre, essi sono capaci di perdurare nel tempo. Per questo la sanzione detentiva «non può in assoluto escludersi […], sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolga la professione giornalistica.»[32]

Già nell'ord. n. 132 del 2020 la Corte costituzionale aveva riconosciuto la necessità di un complessivo intervento di riforma da parte del legislatore, funzionale a delineare un equilibrio tra gli interessi in gioco «che non contempli solo il ricorso a sanzioni penali non detentive nonché a rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati ma anche a efficaci misure di carattere disciplinare»[33]. Si richiede dunque che venga predisposta una nuova disciplina della materia, per consentire anche agli ordini professionali di essere coinvolti nel controllo sull'osservanza dei rigorosi standard etici, con cui assicurare la credibilità e autorevolezza della professione. In un simile contesto non si esclude la comminazione della pena detentiva, ma lo si circoscrive solo a situazioni di particolare gravità, quali incitamento alla violenza e discorsi d'odio[34].

Con la sent. n. 150 del 2021 è stato dunque definito il giudizio di costituzionalità con l'espunzione dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948, unitamente, in via consequenziale, all'art. 30 della legge n. 223 del 1990 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato)[35]. È stato così possibile salvare la previsione della sanzione detentiva contenuta nell'art. 595, comma 3, c.p. attraverso l'individuazione di un'interpretazione costituzionalmente conforme: il giudice è posto nelle condizioni di operare una scelta discrezionale tra la multa e la reclusione, «tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell'art. 133 cod. pen., ma anche – e ancor prima – delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU»[36], secondo l'interpretazione fornita dalla stessa Corte costituzionale e da quella di Strasburgo. Conseguentemente, solo qualora in virtù degli appena menzionati principi, la sanzione detentiva si ritenesse proporzionata, data la particolare gravità del fatto, sia sul piano oggettivo che soggettivo, essa potrà essere applicata ai casi di diffamazione recata con il mezzo della stampa. In tutti gli altri casi, dunque in via residuale, si dovrà irrogare la sanzione pecuniaria,

---

[31] Corte cost., sent. n. 150 del 2021, cit.,§ 4.3 e *Cons. dir*., Cfr. anche *idem*, § 6.2 *Cons. dir*., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss.

[32] *Ibidem*.

[33] Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., § 8 *Cons. dir.*, cfr. E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., A. Ruggeri, *Replicato seppur in modo*, cit., 406., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss.

[34] Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., § 8 *Cons. dir.* Vedi anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., M. CASTELLANETA, *La Corte costituzionale chiama il Parlamento*, cit., Id., *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss., D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss., E. La ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., il quale osserva che nell'ord. n. 132 del 2020 l'*iter* argomentativo, così come tratteggiato, porta chiaramente a escludere l'ammissibilità della sanzione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa nella conformazione qui considerata, salvo le gravi situazioni di eccezionalità che dovessero consentire la limitazione della libertà personale per la loro incidenza su altri beni giuridici, come quelli incisi dai reati d'odio e istigazione alla violenza.

[35] Cfr. Corte cost., sent. n. 150 del 2021, cit., § 9 *Cons. dir.*, dove si è sottolineato come la disposizione in questione rimandi all'applicazione dell'art. 13 della legge sulla stampa nel caso di diffamazione attraverso le trasmissioni consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. Si è dunque presentato quel requisito di consequenzialità richiesto dall'art. 27, secondo periodo, della l. n. 87 del 1953. Riguardo all'istituto si veda G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 526 ss.

[36] Corte cost., sent. n. 150 del 2021, cit., § 6.3 *Cons. dir.*, in cui, peraltro, si specifica che una simile esegesi della norma ha anche il «fine di evitare la pronuncia di condanne penali, che potrebbero successivamente dar luogo a una responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazioni della Convenzione», richiamando la precedente pronuncia, Corte cost., sent. n. 68 del 2017, dove nel § 7, *Cons. dir.*, si è sottolineato il dovere dei giudici comuni di «evitare violazioni della CEDU» nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

opportunamente commisurata alla lesione che il fatto oggetto di giudizio abbia arrecato al bene giuridico protetto.

In conclusione, di motivazione è stato inoltre specificato come il legislatore non debba considerare vincolante il mantenimento, per opera della Consulta, della sanzione detentiva in materia, purché si riesca a garantire un'adeguata tutela agli interessi costituzionali in gioco.

Infine, importante è il monito reiterato di un intervento riformatore, al fine di fornire soluzioni giuridiche capaci di apportare una miglior garanzia del diritto di cronaca in equilibrio con il rispetto della reputazione del singolo e della sua dignità[37].

3. *La nuova tecnica dell'"incostituzionalità differita" tra struttura e profili problematici.*

Nei tempi recenti la Corte costituzionale si è sempre più spesso trovata ad affrontare delle situazioni in cui un'omissione del legislatore è causa d'incostituzionalità. Inizialmente la strategia di azione della Consulta si era assestata su una consolidata timidezza, nel caso in cui la materia avesse implicato delle scelte di tipo discrezionale. Di conseguenza si era optato per la pronuncia di sentenze d'inammissibilità, combinate con un monito per le Camere, affinché queste introducessero le modifiche necessarie[38].

Successivamente, l'intervento del Giudice delle leggi si è fatto d'intensità sempre più crescente, data la persistenza del Parlamento nel non esercitare in diversi contesti le funzioni che gli sono proprie, lasciando delle lacune di tutela, poi tradottesi in violazioni di principi costituzionali[39].

È soprattutto nei tempi più recenti che la Consulta ha "osato" maggiormente: essa è riuscita a superare la teoria crisafulliana delle "rime obbligate"[40], per approdare a una nuova concezione, soprattutto riguardante il settore penale, secondo la quale la Corte può modificare, in senso favorevole per il reo, il trattamento sanzionatorio previsto, al fine di renderlo ragionevole e proporzionato, qualora sia possibile individuare «precisi punti di riferimento»[41] già esistenti nel sistema legislativo.

Tutto ciò trova la propria causa e il proprio fine nella necessaria tutela della discrezionalità legislativa relativamente a settori che utilizzano strumenti lesivi dei più basilari diritti della persona e per i quali la riserva di legge costituisce un presidio di democraticità contro ingerenze autoritative.

---

[37] Cfr. *idem*, § 10, in cui si ravvisa il richiamo alla Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., § 8 *Cons. dir.*

[38] Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., secondo cui il ricorso alle pronunce di inammissibilità con monito avviene soprattutto nei casi di «incostituzionalità alla quale possa porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni normative divergenti, e tali da rendere l'intervento del giudice costituzionale privo di rime obbligate», con particolare riguardo alle situazioni in cui «la lesione costituzionale richiede di essere colmata attraverso una completa riscrittura del sistema vigente, che la Corte non ha i mezzi di operare a causa della sua complessità ricostruttiva». Cfr. anche R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss., M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche*, cit., 644 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss.

[39] Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., il quale osserva come la Consulta, per farsi carico di «esigenze di tenuta complessiva dell'ordinamento», abbia optato per un atteggiamento di maggior prudenza, attraverso la «c.d. incostituzionalità accertata, ma non dichiarata». Così, tuttavia, si permette alla «norma (incostituzionale) di avere applicazione, anche nel giudizio *a quo*.» Si veda anche G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss.

[40] Cfr. R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. L'enunciazione dell'ormai celeberrima teoria delle rime obbligate la si può ritrovare in V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1694 e ss. Sul punto si segnalano anche Id., *Lezioni di giustizia costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 369, V. Crisafulli, L. Paladin (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, *sub* art. 136, D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in Sistema Penale, n. 2 del 2021, 5 ss., Id., *La Corte nel contesto*, cit., 101 ss., M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit.

[41] Vedi Corte cost., sent. n. 236 del 2016. Sul punto cfr. C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina sul "fine vita": indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale*, in Nomos , n. 1 del 2021, 1ss., A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 141 ss.

Si tratta di un orientamento che è stato affermato soprattutto con la sent. n. 232 del 2016 e che sembra ormai dirsi consolidato alla luce delle recenti sentt. n. 222 del 2018 e nn. 40 e 99 del 2019[42].

Con il binomio composto dall'ord. n. 207 del 2018 e la correlata sent. n. 242 del 2019 si è aperto un nuovo capitolo della giurisprudenza costituzionale, segno di una maggiore disinvoltura del Giudice delle leggi nella creazione di nuovi strumenti processuali, attraverso la modellazione di un nuovo *modus decidendi*, di cui l'ord. n. 132 del 2020 e la più recente sent. n. 150 del 2021 rappresentano il secondo caso di perfezionamento[43].

Se infatti con il caso "Cappato" potevano sussistere dei forti dubbi sulla natura e sulla ripetibilità di uno schema decisorio senza precedenti, con la reiterazione dello stesso, per definire la questione sulla legittimità della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, sono stati fugati i dubbi iniziali della dottrina[44]. Si è data la dimostrazione della volontà di consolidare un nuovo strumento, per garantire una risposta pronta a situazioni di incostituzionalità che, in passato, si sarebbero chiuse con un monito al legislatore, destinato a restare privo di ascolto[45].

A sostegno di una simile tesi vi è anche il fatto che, prima ancora di attendere l'inutile decorso del termine fissato con l'ordinanza n. 132, la Corte ha colto l'occasione per sollecitare nuovamente il Parlamento a operare entro una scadenza, attraverso il meccanismo da taluni definito come "incostituzionalità differita"[46]: con l'ordinanza n. 97 è stato disposto il rinvio all'udienza del 10 maggio 2022 della trattazione dell'*exceptio legitimitatis* sollevata dalla Corte di Cassazione, prima sezione penale, relativamente alla legittimità dell'esclusione dalla concessione della liberazione condizionale a soggetti condannati «all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia»[47].

Numerose sono state le denominazioni utilizzate per cercare di cogliere alcuni dei tratti peculiari di una tecnica decisoria complessa. Tutto ciò attesta una particolare attenzione dei commentatori sull'argomento, potendosi parlare di un punto di svolta della recente giurisprudenza costituzionale italiana[48].

---

[42] Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche*, cit., 644 ss., R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 153 ss.

[43] Cfr. C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss., osserva come si debbano distinguere «i limiti di azione del giudice costituzionale» a seconda che derivino da «una carenza di potere» o da «carenza di specifici strumenti processuali»: i primi sono sempre invalicabili, i secondi invece possono essere aggirati attraverso la natura bifronte della Corte e la disponibilità di utilizzo degli strumenti processuali. Per ciò che concerne l'uso disinvolto degli strumenti processuali di cui la Consulta dispone si veda anche R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa italiana*, cit., 1043 ss., C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza*, cit., 1 ss., A. Ruggeri, *Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta*, in questa *Rivista*, 2020/III, 555, C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss. Per un confronto tra l'ord. n. 207 del 2018 e la n. 132 del 2020 *ex multis* si veda D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 165 e ss., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss.

[44] Sul punto E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o tecnica di giudizio?* in *Quaderni costituzionali*, n. 3 del 2019, 543 ss., sosteneva che l'invenzione processuale del caso Cappato fosse da ritenersi un *unicum* che non avrebbe trovato un seguito giurisprudenziale. Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 164 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss., M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un'ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviata*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2020, 1471 ss., R. PINARDI *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., invece riteneva che si bisognasse restare cauti.

[45] Cfr. R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss. In tal senso anche G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, 141, F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss.

[46] Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., il quale specifica come «nel nostro ordinamento l'illegittimità costituzionale è dichiarata con sentenza, e produce effetti dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», tuttavia nei casi di specie l'accertamento dell'illegittimità è contenuto in ordinanze con cui la trattazione della causa (di fatto già svolta) viene rinviata ad altra udienza.

[47] Corte cost., ord. n. 97 del 2021, § 1 *Cons. dir.*

[48] Cfr. C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss., che individua l'esistenza, sulla base di una stima fatta fino ad allora (7 giugno 2019) con riferimento all'ord. n. 207 del 2018, di ben dieci definizioni di tipi "tecnico" e sei di tipo "atecnico". Sul punto anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., A. RUGGERI, *Venuto alla luce*,

Essa sostanzialmente si articola in una successione di due provvedimenti: un primo di carattere maggiormente interlocutorio[49], mentre il secondo ha un contenuto potenzialmente variabile a seconda dell'intervento da parte dei detentori della potestà legislativa.

Secondo lo schema riproposto più volte, il primo pronunciamento della Consulta assume la forma di un'ordinanza (come è avvenuto per la n. 207 del 2018 e, più recentemente, con le ordinanze nn. 132 del 2020 e 97 del 2021). Tuttavia la struttura e il contenuto della stessa mal si conciliano con un simile *nomen iuris*. Vi è infatti un'evidente «discrasia» tra forma e sostanza[50], in quanto nell'art.18 della l. n. 87 del 1953 emerge chiaramente, con l'utilizzo di una formulazione residuale, che la Corte, quando intende definire il giudizio, si pronuncia con sentenza, mentre tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza. Sono decreti, invece, i provvedimenti del Presidente della Corte costituzionale.

Più precisamente nell'ultimo comma dell'appena citato art. 18 si specifica la consistenza che le ordinanze devono avere, in quanto devono essere «succintamente motivate». Tuttavia, questa caratteristica non può dirsi presente tanto nell'ord. n.132, quanto in quella n. 207 del 2018, poiché entrambe sono dotate di un apparato motivazionale particolarmente ricco e corposo, con una strutturazione suddivisa nei due blocchi classici che connotano l'articolazione propria delle sentenze, ossia *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*[51].

La ragione di una simile apparente contraddizione si può ritenere dovuta al carattere definito dai più "interlocutorio" della pronuncia, che, in uno spirito di «leale e dialettica collaborazione»[52], deve contenere una compiuta ed esaustiva descrizione del vizio di costituzionalità riscontrato, in modo da fornire al Parlamento dei binari ben tracciati, su cui innestare il proprio intervento di riforma. Ciò richiede che la Consulta, oltre a indicare le norme di legge illegittime e i parametri di costituzionalità violati, debba esporre il modo in cui gli interessi in gioco, incisi dalla regolamentazione vigente,

---

cit., 571, ha parlato di un «"ibrido" frutto […] dei "poteri di gestione del processo costituzionale" che le sono riconosciuti, senza che peraltro ne risulti definita tanto la natura quanto la efficacia», qualificando addirittura la nuova tecnica come «ircocervo costituzionale».

[49] Cfr. R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., M. BETZU, A. DEFENNU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., A. MAZZOLA, *Deciderà chi deciderà!*, cit., 545, C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, il quale ha una posizione molto scettica e diffidente rispetto ai nuovi approdi della giurisprudenza costituzionale, auspicandone un uso parco e contenuto. Inoltre, si domanda quale spazio potrà ulteriormente residuare per le consolidate pronunce monitorie, se le decisioni di incostituzionalità prospettata e pronunciata dovessero divenire la regola operativa. Così anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 2 ss., ritiene che l'ordinanza in questione, con particolare riferimento alla n. 207 del 2018, possa definirsi "una e trina", perché avente un contenuto di rigetto, accoglimento e rinvio del giudizio al tempo stesso. Essa può essere considerata come combinazione di una molteplicità di tecniche decisorie.

[50] Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., A. RUGGERI, *Replicato seppur in modo*, cit., 406, D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss..

[51] Si veda sul punto P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, ID, *Replicato seppur in modo*, cit., 406, F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss., A. MAZZOLA, *Deciderà chi deciderà!*, cit., 545, U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss. Si ritiene doveroso specificare come da un raffronto con la più recente Corte cost., ord. n. 97 del 2021, venga eliminata la bipartizione, propria dei provvedimenti conclusivi del procedimento, per optare per una struttura più snella e contratta, incentrata solo sul *Considerato in diritto*. Sulla forma dei provvedimenti decisori della Corte si segnala G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 399 ss.

[52] Corte cost., ord. n. 207 del 2018, § 8 *Cons. dir*. Cfr. M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., osserva come tra l'ord. n. 207 del 2018 e la n. 132 del 2020 sia possibile registrare una differenza nel fatto che nel secondo caso è stato fatto venire meno l'aggettivo «dialettica» abbinato al sostantivo collaborazione, probabilmente per evitare le critiche sollevate dalla dottrina ed eventuali incomprensioni. Cfr. anche R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi*, cit., 2565 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss., C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza*, cit., 1 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss..

possono trovare un'equilibrata composizione, consentendo alle Camere di operare una scelta discrezionale, conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento.

È implicito che il bilanciamento, ritenuto idoneo dal Giudice delle leggi a risolvere la questione di costituzionalità in una simile tipologia di contesti, sia idoneo a condurre a una molteplicità di soluzioni possibili, perché, se la *quaestio iuris* avesse potuto essere risolta a "rime obbligate", non vi sarebbe stata la necessità di attendere un intervento esterno e il giudizio di costituzionalità avrebbe potuto essere agevolmente definito con una sentenza manipolativa.

Altro elemento peculiare è la conformazione del dispositivo. Esso contiene sostanzialmente il rinvio della trattazione della causa ad una nuova udienza pubblica, di cui viene già fissata la data (nel caso di specie il 22 giugno del 2021, quindi posta a circa un anno di distanza). Si tratta di un espediente funzionale a sospendere il giudizio, per creare uno spazio temporale utile per consentire alle Camere di apportare i correttivi rientranti nella loro competenza[53].

Il rinvio in questione, tuttavia, deve essere tenuto distinto dal tradizionale rinvio a nuovo ruolo in quanto, a differenza del modo consueto di avvalersi di questo istituto, esso viene adoperato nel caso di specie non per ragioni processuali, ma, potremmo dire, di carattere sostanziale[54]. Del resto, i poteri di gestione del processo costituzionale da parte della Consulta consentono il ricorso a simili espedienti, per una migliore e più efficiente organizzazione del ruolo, anche in relazione alle specificità del caso concreto[55].

Certamente il termine pressappoco annuale può definirsi ormai uno *standard* in via di consolidamento[56], nonostante i commentatori più analitici si siano sforzati di trovare delle spiegazioni

---

[53] Secondo R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., una conformazione di questo tipo del dispositivo comporta un'imprecisione, in quanto con esso la trattazione della causa viene rinviata a una successiva udienza pubblica, anche se di fatto la causa stessa è già stata trattata.

[54]Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 106, il quale osserva, riguardo al carattere irrituale del rinvio, che nella tecnica decisoria in questione «la causa non viene semplicemente rinviata a nuovo ruolo», dovendo poi il Presidente della Corte scegliere in un secondo momento la data dell'udienza pubblica, con tutta una serie di conseguenze processuali (viene espressamente fatto riferimento agli effetti processuali che riguardano il decorso dei termini o la nomina di un nuovo relatore). Nel caso in questione, invece, la nuova udienza viene direttamente «individuata dall'intero Collegio». Si Veda anche G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti Inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2019. In occasione di una questione, concernente la conservazione e l'uso processuale delle intercettazioni telefoniche, la Consulta, attraverso un decreto del Presidente della stessa, aveva rinviato a nuovo ruolo la trattazione, nonostante fosse già stata fissata la data della camera di consiglio in cui deliberare. L'intento era stato esplicitato nella volontà di attendere che il nuovo Esecutivo e le neoformate Camere potessero esprimersi sulla questione, così da fissare una nuova camera di consiglio in cui riaffrontare il caso. In realtà non fu prestabilito il termine entro cui si sarebbe proceduto a ciò e la decisione avvenne un anno dopo, senza che ci siano state nel frattempo le iniziative attese. La definizione della questione avvenne con la Corte cost., sent. n. 173 del 2009. Cfr. D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss.

[55] Infatti, se non è in dubbio che la Consulta possa decidere di fissare le udienze per la trattazione delle cause nel modo che essa dovesse ritenere più congegnale, una maggiore perplessità si può avere nei casi in cui questa libertà organizzativa dia vita ad un nuovo modo di procedere del tipo appena considerato. Cfr. A. MAZZOLA, *Deciderà chi deciderà!*, cit., 545, M. GIANNELLI, *Oltre all' incostituzionalità prospettata nella vicenda relativa alle pene per la diffamazione a mezzo stampa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4 del 2020, 836 ss., si domanda se effettivamente fosse necessario ricorrere a questa tecnica innovativa in tale sede, tenuto conto delle differenze esistenti con l'unico precedente: in sede di sindacato sulla diffamazione a mezzo stampa. Infatti, il richiamo all'art. 10 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, lascerebbe ben pochi margini di interpretazione, mentre l'art. 21 viene semplicemente menzionato nell'ordinanza del r. o. n. 149/2019, per cui si può ritenere specifico l'intervento richiesto. Sul carattere processuale del rinvio si veda anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss., osserva che la Corte costituzionale ha talvolta posticipato la data delle decisioni con provvedimento del Presidente o dell'organo collegiale, in alcuni casi specificando la motivazione, in altri no. Ovviamente la variazione temporale della decisione non presentava in quei casi caratteri di anticipazione dei profili di illegittimità costituzionale.

[56] A. RUGGERI, *Replicato seppur in modo*, cit., 406. A riprova di ciò vi è il fatto che la stessa durata del termine è stata impiegata nella recente pronuncia in tema di ergastolo ostativo. Per M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., la Consulta è libera di calibrare la durata del termine «a seconda delle circostanze, restringendolo quando appaiano forti esigenze di certezza del diritto».

per la sottile differenza (prima di undici mesi e ora di dodici) tra il termine concesso con l'ord. n. 207 e quello della n. 132 del 2020. Si tratta di aspetti la cui rilevanza può dirsi contingente, perché molto dipende dall'organizzazione del ruolo delle cause pendenti[57].

Indubbiamente la creazione di una finestra temporale, idonea a consentire l'intervento delle Camere, costituisce uno dei punti più critici dello schema decisorio considerato. Infatti, il prolungamento dei tempi, già di per sé non particolarmente celeri, per addivenire a una decisione da parte dei Giudici costituzionali, può risultare un ostacolo per il rispetto della garanzia della ragionevole durata del processo ex art. 6, §1, CEDU[58], dato che l'esame della questione incidentale comporta necessariamente la sospensione del procedimento in cui essa viene sollevata[59]. Quindi, per la definizione di quest'ultimo, sarà necessario dapprima concludere il giudizio incidentale, la cui durata, secondo la Corte EDU, deve essere computata al fine di stabilire il rispetto della garanzia della ragionevole durata.

Un interrogativo non irrilevante, tuttavia assente nel *leading case* sul "fine vita", concerne l'eventualità in cui, *medio tempore*, alcuni membri del collegio, che ha deliberato l'ordinanza di rinvio, vengano a mutare.

A riguardo è ragionevole pensare che, per non intaccare la credibilità dell'organo[60], la Consulta non si dia a un completo cambiamento di decisione, qualora essa fosse nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla medesima questione. Tuttavia, non è, per converso, pensabile l'esistenza di un obbligo implicito di conferma per quei giudici che siano subentrati dopo l'adozione della pronuncia, ma prima ovviamente della scadenza del termine, senza una compromissione della necessaria garanzia di indipendenza degli stessi[61].

---

[57]Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., A. RUGGERI, *Ancora su Cappato*, cit., 555, P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., osserva che nell'ordinanza 207 del 2018 era stato previsto un termine di undici mesi, anche in considerazione del fatto che nel mentre non sarebbe stato apportato alcun cambiamento alla composizione dell'organo giudicante, a differenza di quanto è avvenuto nel caso sottoposto più specificamente alla nostra analisi, essendo inevitabile la sostituzione di alcuni giudici per scadenza naturale del relativo mandato.

[58] In realtà, oltre che nell'art. 6, §1 CEDU, la ragionevole durata del processo trova una codificazione espressa anche nell'art. 14, tre, lett. c), del "Patto internazionale sui diritti civili e politici" e, dopo la legge costituzionale n. 2 del 1999, nell'art. 111, comma 1, ultimo periodo, della nostra Costituzione. A tal riguardo, la giurisprudenza della Corte EDU, ha elaborato dei criteri per poter valutare l'effettiva ragionevolezza della durata del processo: la complessità del caso; la condotta delle parti (Corte EDU 26 febbraio 1993, *Dobbertin c. Francia*); la condotta delle autorità coinvolte (Corte EDU 13 luglio 1982, *Zimmerman e Steiner c. Svizzera*, Id. 22 maggio 2003, *Kyrtatos c. Grecia*); gli interessi in gioco per il ricorrente, particolarmente pregnanti nel settore penalistico, poiché l'imputato può trovarsi sottoposto a misura cautelare. Cfr. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (curr.), *Commentario breve alla Convenzione Europea*, cit., *sub* art. 6, pp. 248 e ss., R. E. Kostoris (cur.), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 2005, 3 ss., B. NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino, 51 ss., Ufficio studi e decumentazione C.S.M. (cur.), *La durata ragionevole del processo*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 113 del 2000, 31 ss.

[59] La sospensione avviene *ex* art. 23, comma 2, della l. n. 87 del 1953. Cfr. G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 224 ss.

[60]Cfr. D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del 2020*, cit., 627 ss., che riprendendo A. RUGGERI, *Ritenuto seppur in modo più accorto, cit.*, non esclude che si possa compromettere la certezza del diritto se, dopo aver sospeso il giudizio con una determinata motivazione, successivamente la decisione dovesse essere nel senso diametralmente opposto, anche a causa dei nuovi giudici. Nel senso di perplessità sul rischio di incertezza è anche C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss. Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., il quale osserva che nell'ordinanza 207 del 2018 era stato previsto un termine di undici mesi, anche in considerazione del fatto che non vi sarebbe stato alcun cambiamento nella composizione dell'organo giudicante, a differenza di quanto è avvenuto a seguito dell'ord. n. 132, essendo stata inevitabile la sostituzione di alcuni giudici per scadenza naturale del relativo mandato.

[61] Cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, osserva specificamente che, se dovesse esserci un mutamento nell'organo decisorio, nulla può costringere di nuovo i giudici a restare vincolati a una decisione presa, senza il loro apporto, e a dover decidere così come hanno fatto i loro predecessori. In tal senso anche M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss.

Una concretizzazione di quelle che, a prima vista, possono sembrare delle mere speculazioni astratte si è avuta dopo il 9 giugno 2020 (giorno della camera di consiglio in cui è stata assunta la decisione n. 132 del 2020), quando hanno cessato il loro mandato la Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia e il Vicepresidente Aldo Carosi, mentre sono subentrati a loro, rispettivamente, un giudice di nomina presidenziale (Emanuela Navarretta) e uno nominato dalla Corte dei conti (Angelo Buscema). In realtà, per le ragioni sopra indicate e come da prassi, la coerenza nella giurisprudenza costituzionale è stata mantenuta, senza lasciare che la nuova composizione ne potesse determinare un repentino stravolgimento.

3.1. *Gli effetti sui giudizi diversi da quello* a quo.

Con l'ord. n. 132 del 2020, analogamente a quanto svolto nella precedente decisione, la Corte costituzionale ha disposto la sospensione del procedimento per un anno, con udienza fissata per il 22 giugno 2021, e ha inoltre fatto appello alla collaborazione da parte di giudici diversi da quelli dei procedimenti *a quo*.

In conclusione di motivazione, infatti, è stato previsto espressamente che, qualora in giudizi ulteriori rispetto a quelli principali fossero emerse delle questioni di costituzionalità analoghe a quelle sottoposte all'attenzione della Consulta con le ordinanze n. 140 e n. 149 del r. o. del 2019, esse avrebbero dovuto «parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce» dei principi enunciati nella parte motiva precedente, «così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate»[62].

In questo modo è esplicita la richiesta, formulata alla magistratura ordinaria, di collaborare con l'organo di garanzia costituzionale, per assicurare una coerenza nelle decisioni. Sarebbe, del resto, inevitabile una lesione del principio della certezza del diritto nell'eventualità in cui si desse applicazione, durante il periodo di sospensione interinale del giudizio di costituzionalità, a una disciplina, il cui contrasto con i parametri costituzionali è stato prospettato nei suoi diversi aspetti, mancandone soltanto un'ufficiale proclamazione tramite sentenza conclusiva.

È logico pensare che lo stesso Giudice delle leggi sia consapevole che l'argine contro una schizofrenia giudiziaria sia nei fatti rimesso al buonsenso degli organi giusdicenti, non essendo gli stessi gravati da alcun obbligo giuridico di rispettare pronunzie della Corte che non siano quelle di accoglimento[63].

Possiamo dunque concludere che ci troviamo difronte a un mero invito, che si inserisce in un contesto di cortesia e opportunità istituzionale[64]: sarebbe opportuno, ma non obbligatorio, sollevare una questione di costituzionalità, così come, invece, inopportuno sarebbe sospendere il giudizio in attesa della soluzione di questioni già sollevate altrove, senza trasmettere gli atti alla Corte costituzionale[65]. A ciò si aggiunge che la previsione nel nostro ordinamento di un accesso incidentale per il controllo di costituzionalità, di fatto, rimette all'organo giudicante, di volta in volta adito, la decisione se accogliere o meno l'eventuale istanza di parte ed emettere l'ordinanza di rimessione[66].

---

[62] Corte cost., ord. n. 132 del 2020, cit., §8, *Cons. dir.*

[63] Di diverso avviso M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., il quale osserva come «il giudice ha il dovere di non applicare disposizioni che siano sospette di legittimità costituzionale, sempre e senza eccezioni», altrimenti si verificherebbe, oltre ad un vizio processuale, anche una responsabilità «disciplinare e civile del magistrato, per violazione manifesta della legge». Ciò a condizione che il caso oggetto del giudizio rientri esattamente nei «contorni dell'incostituzionalità, come già delineata dalla Corte», perché le altre fattispecie resteranno impregiudicate dall'ordinanza. Sul punto anche R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss.

[64] Cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss. Per N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss., non si capirebbe se la mancata applicazione possa derivare da una sospensione tecnica o atecnica, oppure, necessariamente, da questioni di costituzionalità da sollevare.

[65] Riguardo alla sospensione "impropria" del giudizio in cui si ponga analoga questione di legittimità costituzionale si veda G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 262 ss.

[66] A tal riguardo M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., osserva come il punto dolente di un siffatto sistema riguardi i casi in cui non vi è un intervento del giudice, eventuale o prematuro, come avviene nelle indagini preliminari

D'altro canto, è auspicabile, per esigenze di legittimità e tenuta del carattere rigido della Costituzione, che il giudice, in casi come quello sottoposto alla nostra attenzione, manchi di dare applicazione a una fattispecie di reato, la cui conformità ai principi superprimari è stata sostanzialmente sconfessata. Altrimenti risulterebbe poi inevitabile, in caso di inflizione della pena, la cessazione dell'esecuzione della condanna e degli effetti penali ad essa riconducibili a seguito del pronunciamento della Consulta *ex* art. 30, comma 4, della l. n. 87 del 1953[67]. Nell'ipotesi, mai verificatasi, ma non per questo impossibile, di un intervento di novellazione della disciplina ad opera del Parlamento in senso favorevole al reo, la caducazione della condanna avverrà, invece, ad opera dell'art. 2, comma 2, c.p.

3.2. *I possibili epiloghi dell'incostituzionalità differita.*

Uno dei tratti caratteristici dell'"incostituzionalità differita", come abbiamo ampiamente avuto modo di notare, è la sospensione con rinvio ad udienza a data fissa, funzionale a creare uno spazio utile alle Camere per operare i dovuti interventi di riforma.

Fino ad adesso, tuttavia, il legislatore non ha mai dato prova di un'effettiva collaborazione, nonostante gli sforzi della Consulta: a seguito dell'ord. n. 207 del 2018 non c'è stato alcun concreto segnale di voler dare un seguito parlamentare alle censure paventate, in modo da evitare una pronuncia di merito del Giudice delle leggi su una questione intrisa di alti livelli di politicità[68]. Lo stesso esito si è avuto nel caso di specie. Per la riforma della disciplina dei reati relativi al settore giornalistico sono stati presentati alle Camere due disegni di legge: alla Camera dei Deputati l'A.C. n. 416[69], al Senato l'A.S. n. 812[70], presentato dal Senatore Giacomo Caliendo. Quest'ultimo è l'unico ad aver visto iniziare un procedimento legislativo che lo riguardi, anche se si è ancora lontani da un'approvazione, anche della sola Camera di presentazione[71].

---

oppure nel procedimento amministrativo. Si tratta, infatti, di situazioni, in cui mancano dei «meccanismi idonei a scongiurare che la disposizione ad incostituzionalità differita spieghi efficacia».

[67] Cfr. D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del* 2020, cit., 627 ss., E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., G. amoroso, g. parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., 469 ss. In M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., si ricorda che gli operatori giuridici hanno la possibilità di gestire le conseguenze dell'«interregno di una norma moribonda» attraverso l'applicazione di alcuni principi generali, come la buona fede in campo civilistico, il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, la sottoposizione del magistrato alla Costituzione.

[68] Va reso noto che al momento in cui si scrive è stata depositata, l'8 ottobre 2021, la proposta di referendum abrogativo avente ad oggetto parzialmente l'art. 579 c.p. L'iniziativa sembra aver avuto l'effetto di sollecitare il Parlamento a una presa di posizione più incisiva sul tema del "fine vita": il 13 dicembre 2021 è stato discusso alla Camera dei deputati il testo unificato, precedentemente approvato dalle Commissioni Giustizia e Affari sociali, contenente «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita» (A.C. T.U. 2-A e abb.).

[69] Recante «Modifiche alla legge 8 Febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 3 febbraio 1963, numero 69, in materia di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di contrasto delle liti temerarie, di segreto professionale e di istituzione del Giurì per la correttezza dell'informazione», presentato dal Deputato Vernini il 27 marzo 2018, di cui tuttavia l'*iter* legislativo non è mai stato realmente avviato.

[70] Recante «Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile, in materia di diffamazione, di diffusione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale, e disposizioni a tutela del soggetto diffamato».

[71] Dopo la nomina del Senatore Arnaldo Lomuti in qualità di relatore di maggioranza il 23 giugno 2020, il successivo 7 luglio è avvenuta la presentazione del testo degli articoli e da allora il d.d.l. è rimasto in stato di relazione. Una scarsa fiducia sulla possibilità che il procedimento legislativo potesse giungere al termine nei tempi dettati dalla Consulta la si riscontra in M. GIANNELLI, *Oltre l'incostituzionalità prospettata*, cit., 836 ss., M. CASTELLANETA, *La Corte chiama il Parlamento*, cit. Per un'analisi che tenga conto della compatibilità del disegno di legge con le indicazioni provenienti dagli organi internazionali si veda anche ID., *La revisione della normativa italiana*, cit., 1043 ss., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

Nonostante questo nuovo esempio di inerzia legislativa, può dirsi doverosa una riflessione di carattere generale sui possibili epiloghi che possono verificarsi, una volta scaduto il termine dilatorio[72].

Innanzitutto, una prima eventualità prevede che il legislatore svolga il suo ruolo istituzionale con l'introduzione di una nuova disciplina. In questo caso la Corte dovrebbe rimettere la questione e pronunciare una sentenza processuale di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*[73], a meno che la normativa venga ritenuta non modificativa della situazione in essere.

Una seconda evenienza, ormai sperimentata, si ha quando il Parlamento rimanga inerte: non essendo possibile un ulteriore rinvio, data l'inutile dilatazione, già avvenuta, dei tempi del giudizio, è inevitabile che la Corte si troverà ad accogliere la questione con sentenza, dando, nei limiti delle proprie competenze, delle indicazioni ai giudici per operare un assetto di interessi conforme alla Costituzione in sostituzione della normativa espunta[74].

Se si volesse scavare più in profondità, ci si potrebbe domandare: in che termini, qualora il legislatore dovesse intervenire, la Corte può giudicare l'adeguatezza della relativa disciplina?

Certamente il controllo della Consulta non potrà incentrarsi su una disposizione diversa, che vada a sostituire nello stesso giudizio quella censurata, perché altrimenti essa estenderebbe il suo sindacato *ultra petita*, violando il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato[75].

Si può quindi ritenere che il vaglio si possa concentrare sull'effettiva abrogazione della normativa censurata e quindi sulla sovrapposizione ad essa della novella[76], posto che, comunque, una situazione del genere non si è mai concretamente configurata, in quanto il legislatore non ha mai legiferato entro i termini, neppure nel caso Cappato.

Un'ipotesi non trascurabile - anche se con limitati margini di concretarsi, poiché la casistica non è copiosa sul punto - è che la Corte sollevi, in qualità di giudice rimettente, una questione di costituzionalità davanti a se stessa[77]. Qualora, infatti, dovessero esservi delle incostituzionalità nel

---

[72] Nel caso della detenzione per il reato di diffamazione a mezzo stampa secondo alcuni, dato il linguaggio, definito da taluno accorto e paludato, usato dalla Corte per svolgere il ragionamento gravido di riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU, sarebbe possibile ritenere che in astratto ogni possibilità resterà nella disponibilità dell'organo giudicante. Cfr. A. RUGGERI, *Replicato seppur in modo*, cit., 406, U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., peraltro questi osserva che il richiamo fatto dall'ord. n. 132 del 2020 alle due pronunce del caso Cappato deve portare a ritenere che, qualora il legislatore non dovesse intervenire, dato il precedente, l'oggetto di censura verrà espunto dall'ordinamento. Importanti anche M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., il quale sottolinea come la Consulta non si sia così esplicitamente pronunciata per l'incostituzionalità già in questa sede, perché, piuttosto, voleva sollecitare un intervento organico di riforma. M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., osservano come nell'ord. n. 207 del 2018 la Corte non si pronuncia sulle argomentazioni svolte dall'Avvocatura dello Stato, molto dettagliate nel mostrare le criticità sostanziali e processuali. Neppure si è espressa sulle differenze tra i *petita* che differenziano le due ordinanze di rimessione.

[73] In tal senso N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss. Sul punto anche M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., per un inquadramento generale G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 415 ss.

[74] Cfr. U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., si domanda se sia possibile per la Consulta rinviare nuovamente la trattazione, nell'eventualità in cui il Parlamento non abbia ancora terminato il procedimento legislativo sui provvedimenti sottoposti alla sua attenzione. Vi è un rimando ad A. RUGGERI, *Replicato seppur in modo*, cit., 406, come esempio di ammettere una possibilità in tal senso.

[75] Cfr. R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. Si veda riguardo alla corrispondenza tra chiesto e pronunciato G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 161 ss.

[76] Cfr. A. MAZZOLA, *Deciderà chi deciderà!*, cit., 545, il quale nel domandarsi che cosa accadrebbe se il legislatore approvasse una disciplina non conforme alle indicazioni date nell'ordinanza di delega, si interroga se la Corte debba sollevare una questione di legittimità davanti a se stessa, oppure debba pronunciarsi in relazione alla novella, se il problema non dovesse sorgere, con il rischio però di delegittimarsi.

[77] Un recente caso di autorimessione è stato quello che ha riguardato il cognome paterno. Nel giudizio di costituzionalità sull'art. 262, comma 2, c.c. per la mancata previsione della possibilità per i genitori, in caso di figlio nato al di fuori del matrimonio, di attribuire ad esso di comune accordo il solo cognome materno, se entrambi contestualmente procedono al riconoscimento, con l'ord. n. 18 del 2021, la Corte costituzionale ha sollevato davanti a se stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, c.c. «nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori…». L'eventuale accoglimento della questione principale, infatti, non escluderebbe che, qualora l'accordo non vi sia o non sia stato formato

prodotto del procedimento legislativo che ha sostituito la regolamentazione censurata, non è da escludersi che il giudice costituzionale decida di sospendere la valutazione, per aprire una parentesi processuale in quella già esistente nel procedimento principale con il rinvio ex art. 23 della l. n. 87 del 1953. In tal modo si procederebbe prima a valutare se una normativa primaria più generale sia, a sua volta, conforme alla Costituzione, siccome essa verrebbe a trovare applicazione nel caso di una pronuncia di accoglimento, essendo connessa al *thema decidendum* dell'ordinanza di rimessione in virtù di un rapporto di pregiudizialità.

È quindi ipotizzabile che sia lo stesso giudice costituzionale a verificare subito l'ammissibilità dell'intervento richiesto al Parlamento, senza operare una rimessione degli atti al giudice *a quo* e quindi attendere che sia sollevata una nuova questione di costituzionalità?

In effetti una strategia di questo tipo potrebbe produrre dei vantaggi in termini di economia processuale e una contrazione dei tempi del giudizio principale, in quanto quest'ultimo non dovrà subire ulteriori sospensioni, con inevitabili benefici per la ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.).

L'inconveniente sarebbe, tuttavia, l'impossibilità di rispettare il carattere indiretto e incidentale che si è voluto attribuire in Italia al giudizio di costituzionalità. La ragione di una simile scelta, del resto, deve rinvenirsi nell'intento di far sì che il controllo accentrato venga posto in essere non in astratto, ma in concreto, sulla base dell'applicazione della normativa censurata a delle fattispecie concrete. Inevitabilmente, qualora si ammettesse che il Giudice costituzionale possa verificare direttamente la legittimità costituzionale della disciplina sostitutiva, si finirebbe per ammettere che esso possa svolgere un sindacato senza lasciare previamente alla magistratura l'applicazione della novella alle situazioni che si dovessero di volta in volta conformare e di dare ad essa, qualora fosse necessario, un'interpretazione adeguatrice[78].

4.*Conclusioni nella prospettiva di un adeguamento alle esperienze straniere già consolidate.*

A seguito di quanto osservato nei precedenti paragrafi, risulta evidente come l'inerzia legislativa abbia costituito la causa scatenante di una prolifica attività di creazione pretoria . Si è così determinato un atteggiamento che potremo definire "attivista" nell'operato dell'organo di giustizia costituzionale, come se esso fosse investito informalmente di una sorta di «"funzione ordinante"»[79] ed espletasse un ruolo di "supplente" del Parlamento[80].

---

legittimamente, ad applicarsi sia la fattispecie generale della trasmissione del solo cognome paterno. Quindi si è avvertito il carattere pregiudiziale della verifica della legittimità di quest'ultima norma.

[78] Cfr. N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva,* cit., 1483 ss.

[79]In tal senso F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessionicritiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale,* in Federalismi.it, n. 34 del 2020, 178 ss. Secondo G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., è come se si fosse in una sorta di «gioco di ruoli nel quale l'elemento dirimente (e variabile) è come la Corte interpreta la propria funzione di garanzia quando si fa portatrice di determinate istanze.»

[80] In tal senso P. BARILE, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia: sintesi*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 537 ss., si interroga se la Corte debba essere vista come un supplente o un vero e proprio sostituto. Prosegue affermando che nel momento in cui sta scrivendo, quindi il 1981, la giustizia costituzionale è arrivata a influire addirittura sull'indirizzo politico di Governo con questo «fenomeno di sostituzione istituzionale». Egli pone una distinzione tra due differenti prese di posizione: quella dei "contrattualisti", che propendono per una posizione secondo cui il legislatore non sarebbe totalmente esautorato, ma semplicemente riceverebbe un intervento ausiliario in sua assenza da parte del Giudice delle leggi; quella degli "organicisti", secondo cui il sistema avrebbe trovato un nuovo equilibrio sul quale parametrarsi. Per F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, cit., 19 ss., il Parlamento in fin dei conti assume un atteggiamento di acquiescenza verso la Corte cost., moderatrice e mediatrice dei conflitti. Essa viene a costituire una sorta di canale alternativo alle Camere, anche se si dubita che la Consulta sia disposta a tornare a uno spazio più limitato nel caso di risveglio del Parlamento dal proprio torpore istituzionale. Analogamente sostiene S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 489 ss. G.

Si è arrivati perfino a parlare di "suprematismo giudiziario", per intendere con esso il fenomeno che porta i giudici a non limitarsi a un'attività applicativa, in cui gli spazi di innovazione vengono a dirsi limitati e molto circoscritti, ma svolgono quella che è una vera e propria attività creatrice di «"realtà e "forme" giuridiche nuove nell'ordinamento vigente»[81].

È ormai pacifico come il Giudice delle leggi, grazie agli strumenti da esso stesso elaborati, sia arrivato ad acquisire anche nel nostro ordinamento la capacità di elaborare una soluzione giurisprudenziale, una volta riscontrata la presenza di un diritto costituzionalmente tutelato e l'assenza di una normativa capace di renderlo effettivo, pur in presenza di una pluralità di soluzioni possibili e in mancanza di linee guida desumibili dal dettato costituzionale[82].

In «tal modo, il passaggio dall'*obbligatorietà* di un'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 auto legittima quale istituzione decidente»[83]. Così facendo, il rischio di violare la discrezionalità legislativa non viene ad avere un effetto paralizzante come in passato.

Le ragioni di una siffatta compromissione degli equilibri istituzionali, con conseguente ampliamento *de facto* del sindacato dell'organo di garanzia costituzionale, sono analoghe a quelle riscontrabili in altre realtà straniere e si possono, più specificamente, identificare nella generale crisi della rappresentanza politica[84].

ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 103 ss., interpreta invece questa supplenza come inidonea a creare delle ulteriori competenze in capo all'organo costituzionale.

[81] In tal senso F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss. Si deve dar conto che il primo ad aver coniato l'espressione "suprematismo giudiziario" è stato Andrea Morrone in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte cost.*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2019, 251 ss., in cui si legge, alla nota n. 1, che la locuzione vuole avere il significato di indicare «un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche», volta a plasmare «realtà» inesistenti nell'ordinamento e, per questo motivo, qualificabili come nuove. Realtà che si pretende di rendere oggettive «attraverso diversi strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l'opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica». Posizione ribadita in ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12 del 2021, 170 ss. A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, specifica come non sia possibile obbligare *«manu militari»* il legislatore ad adottare provvedimenti legislativi, che non intenda approvare. Così l'inerzia finisce per lasciare spazio alla "supplenza" dei giudici: in primis la Consulta, a cui seguirà quella dei giudici comuni in attuazione dei principi dalla prima elaborati. Si veda ance A. SPADARO, *Sull'intrinseca "politicità"*, cit., 2 ss.

[82] Secondo G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., la «posizione della Corte nell'ambito della giustizia costituzionale si connota […], per la sua funzione rimediale, quale giudice che interpola la sua decisione in un contesto normativo generalmente già definito dal legislatore, operando essa come operatore di secondo grado che agisce in via successiva […] perfezionando un prodotto frutto della concertazione politica». Anche se M. CERASE, *Indirizzo politico*, in S. Cassese (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, osserva che «l'indirizzo politico sarebbe un'attività ormai vincolata, giacché la Carta costituzionale stessa» è «ricca di finalità e obiettivi politici che agli organi costituzionali (soprattutto legislativo ed esecutivo) non rimarrebbe che darvi piena attuazione». Esisterebbero così due tipologie di indirizzo politico: uno «generale e «permanente», vincolato dal dettato della carta costituzionale» e uno « «contingente» di maggioranza, che si attua sulla scala delle singole politiche e che quindi è suscettibile di modificarsi nel tempo».

[83] F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss. Del resto R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., osserva come vi sia un legame tra «il nuovo tipo di decisione bifasico» e il superamento della «tradizionale barriera delle «rime obbligate»», la cui prima affermazione si sarebbe avuta con la sent. n. 236 del 2016. Tuttavia è soltanto con le sentenze n. 222 del 2018 e la 206 del 2019 che si può parlare propriamente di «nuova linea della giurisprudenza costituzionale» in tal senso. Si veda anche C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., osserva che è duplice la limitazione a cui va incontro la Consulta nell'affrontare vistose lacune esistenti nell'ordinamento: «il vincolo al *petitum* per come formulato dal giudice *a quo*»; «la ristrettezza degli strumenti manipolativi di cui dispone». Riguardo alle implicazioni di queste innovazioni pretorie sul diritto processuale costituzionale si veda anche R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 106, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 543 ss.

[84] Cfr. F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss., il quale sostiene che le ragioni della crisi appena menzionata siano riconducile a molteplici fattori: l'incapacità delle istituzioni politiche di tradurre in soluzioni giuridiche razionali gli interessi delle varie anime che compongono il corpo sociale; la mancanza di preparazione tecnica della classe politica, con conseguente mancanza di soddisfacimento dei bisogni della collettività in sede istituzionale; la lentezza

Non sarebbe accettabile che l'incapacità degli organi rappresentativi di espletare appieno le proprie funzioni impedisca di realizzare l'interesse prevalente ad assicurare la conformità alla Costituzione dell'ordinamento, una volta che sia stato consentito ad ogni soggetto istituzionale di operare in tale direzione nell'ambito delle proprie attribuzioni costituzionali. Data la posta in gioco particolarmente alta, la tutela dei diritti dei cittadini non può, dunque, rimanere ostaggio della politica, sovente sprovvista di adeguata preparazione tecnica e timorosa di esporsi su tematiche molto dibattute nell'opinione pubblica, come appunto la tutela della libertà di informazione rispetto alla protezione da assicurare alla reputazione del singolo[85].

Non è però possibile parlare di sacrificio delle funzioni parlamentari, se il soggetto titolare delle stesse ha rinunciato ad avvalersene. Del resto, il legislatore non sembra considerare come un attentato alla democrazia l'idea che a mobilitarsi sia la Consulta. In tal caso ad assumere priorità, anche se non in modo totalizzante, sarà l'esigenza contrapposta di assicurare la conformità della legge alla Costituzione[86]. Una certa perplessità investe invece una parte della dottrina, per cui non sarebbe auspicabile, in un'ottica di separazione dei poteri, che «la Corte costituzionale si trasformi, più che in una terza Camera, nell'unica Camera dei diritti fondamentali»[87].

Ad ogni buon conto, data questa cronica stortura dell'ordinaria sinergia tra organi costituzionali, si può ritenere doverosa una tecnica come quella dell'"incostituzionalità differita", perché così facendo: da un lato la Corte non abiura alla propria attività di "custode" dei supremi principi ordinamentali; dall'altro il Parlamento ha la possibilità di essere guidato con competenza nella delineazione di una disciplina sostitutiva.

Tuttavia, per evitare degenerazioni di un simile modello, può vedersi necessaria la presenza di un ulteriore attore *super partes*: la dottrina. Essa potrebbe infatti costituire quell'elemento critico, capace di essere un riflettore costantemente puntato sull'attività della Consulta, per metterne in luce eventuali criticità nel funzionamento[88].

Come ampiamente osservato dalla Presidente Cartabia nella sua relazione sull'attività del 2019, le necessità di ricorrere a modalità decisorie prive di precisa copertura normativa sono state maturate anche dagli organi di giustizia costituzionale di altri Stati, così come specificato dalla stessa Corte

---

nell'elaborazione di discipline necessarie al miglioramento della vita dei cittadini in contrasto con l'affermazione di una normativa sovranazionale in grado di lavorare più speditamente ed efficientemente, non solo per le procedure richieste per la formazione di determinati atti, ma anche per un'incapacità di dialogo tra i diversi partiti, spesso arroccati su posizioni funzionali ad evitare la perdita del consenso della propria fetta di elettorato. Timori su un eccessivo «schiacciamento» della Corte verso il polo politico si riscontrano in R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 107. Sull'incapacità del Parlamento di legiferare adeguatamente nella materia penale si veda D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 106 ss.

[85] Si veda E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 543 ss., il quale manifestava numerose perplessità già riguardo all'ord. n. 207 del 2018 circa l'opportunità di usare uno strumento privo di codificazioni con delle caratteristiche così indirizzanti l'intervento legislativo su una materia coperta *ex* art. 25, comma 2, Cost. dalla riserva assoluta di legge. Tuttavia, per G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., la Costituzione non esclude un'evoluzione del modo di coadiuvarsi tra gli organi costituzionali, perché «il binomio Corte Costituzionale-Parlamento designa un rapporto non di reciproca commutabilità, ma di «sussidiarietà funzionale»»: la Consulta è chiamata a intervenire per eliminare l'eventuale patologia presente nell'operato del secondo. Importanti anche M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

[86] Cfr. A. MAZZOLA, *Deciderà chi deciderà!*, cit., 545, M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. Sulla intollerabilità di una paralisi dell'operato della Corte a causa dell'inerzia legislativa si veda D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 105, in cui vi è il richiamo a G. Lattanzi, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, 15 e a M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 9.

[87] R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione a due tempi*, cit., 2565 e ss.

[88] Cfr. A. MAZZOLA, *Deciderà chi deciderà!*, cit., 545. Per G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 126, appartiene «alla fisiologia della democrazia costituzionale che ciascun conflitto sociale trovi composizione nell'ambito della concertazione politica (e quindi in Parlamento)», anche se tuttavia «la dinamica costituzionale degli ultimi anni» dimostra una non più trascurabile disfunzione del «meccanismo di contrattazione, con la conseguenza che il conflitto si è spostato dalla sede politica al fronte giudiziario, importando un sempre maggior coinvolgimento della Consulta in questioni politicamente connotate.»

costituzionale italiana[89], a dimostrazione di una comunanza di difficoltà che le contemporanee democrazie occidentali sono chiamate ad affrontare, per assicurare la tenuta dei rispettivi assetti costituzionali, soprattutto per ciò che concerne la protezione delle libertà fondamentali[90].

Emblematici in tal senso sono l'esempio del Canada, nonché quello tedesco, spagnolo e austriaco, in cui il Tribunale costituzionale di turno ha elaborato formule decisorie atipiche, talvolta poi codificate, con cui si riconosce l'incostituzionalità della normativa censurata, rinviando solamente gli effetti di tale accertamento. Non vi è in sostanza una mera prospettazione che si pone in una fase antecedente alla chiusura del processo costituzionale, ma ci si trova davanti a vere e proprie declaratorie definitive. Il rinvio, pertanto, non potrà che riguardare semplicemente gli effetti conseguenti all'illegittimità pronunciata[91].

In un simile meccanismo l'intervento legislativo non può quindi che avere un carattere successivo e la finestra temporale per la *reformatio* sarà ottenuta con la previsione di un differimento delle naturali conseguenze delle sentenze.

Effettivamente la modulazione del nuovo schema decisorio italiano, traendo spunto dalle soluzioni delle Corti costituzionali straniere, può costituire un utile *escamotage*, per evitare le disfunzioni dell'"incostituzionalità rinviata" sulla garanzia della ragionevole durata del processo.

Del resto, basti pensare che nel 2020 il tempo medio intercorso tra la data di pubblicazione dell'ordinanza di rimessione in Gazzetta Ufficiale e la data di trattazione della causa in camera di consiglio o in pubblica udienza è stato di 226 giorni, confermando un *trend* discendente rispetto agli anni precedenti. In ogni caso la media del tempo di sospensione necessario, affinché la causa venga concretamente trattata, è ora poco meno di un anno, a cui si aggiunge il tempo per la deliberazione della decisione e, nel caso dell'incostituzionalità differita, si avrebbe un altro anno di attesa per lasciare intervenire il Parlamento, secondo le odierne tempistiche adottate[92].

Inoltre, da tempo si è avvertito il bisogno sempre più insistente di una modifica della disciplina della legge n. 87 del 1953 nel senso di introdurre una specifica regolamentazione degli strumenti decisori della Consulta, così da non costringere la stessa a manovre al limite tra l'arbitrio e la (il)legittimità per mancanza di specifica copertura legislativa[93].

---

[89] Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*. In tal senso Corte cost., ord. n. 207 del 2018, § 11, come ripreso da F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., G. NAGLIERI, *Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri? Unvereinbareklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)*, in questa *Rivista*, Studi, 2021/I, 175 ss., D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, n. 17 del 2019, 2 ss., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss.

[90] In quell'occasione, infatti, si è sottolineato come i risultati del XV Congresso della Conferenza delle Corti costituzionali europee, tenutosi a Bucarest nel 2011, abbiano dimostrato come sia ormai una scelta consolidata da parte dei diversi Tribunali costituzionali la sospensione degli effetti della propria decisione, per evitare che dall'accertamento svolto si possano creare delle carenze di protezione e regolazione di diritti insopprimibili, o altri inconvenienti particolarmente preoccupanti. La necessità è anche quella di fornire tutele nell'eventualità di omissioni legislative che, di per sé, un Giudice delle leggi non ha le capacità di colmare. Addirittura, si è arrivati ad ammettere un'applicazione interinale, entro un termine di scadenza determinato in via pretoria, della normativa ritenuta illegittima. Si è inoltre affermata la conclusione per cui «il governo degli effetti delle proprie decisioni da parte della Corti costituzionali, soprattutto *ratione temporis*, e la cooperazione con il legislatore» costituiscano «due facce della stessa medaglia.» Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 11 ss.

[91] Si vedano la *suspended declaration* per il Canada, la *Unvereinbarerklärung* per la Germania, nonché i poteri derogatori stabiliti dal il § 140 della Costituzione austriaca e la *simple incostitutionalidad* spagnola. *Ex multis* a riguardo si veda J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, Tomo I, T., ÖHLINGHER, *La giurisdizione costituzionale in Austria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3 del 1982, 535 ss., oltre ai riferimenti bibliografici contenuti nella nota n. 6 del presente lavoro. Per una posizione a favorevole alla modulazione della tecnica decisoria secondo l'esempio straniero cfr. N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss.

[92] SERVIZIO STUDI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020. Dati quantitativi e di analisi*, 18, riporta anche il dato relativo agli anni precedenti: 272 giorni nel 2019, 389 nel 2018, 362 nel 2017 e 344 nel 2016.

[93] Si veda R. DICKMANN *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss., L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi*, cit., 191, secondo cui la differenza tra Corte costituzionale e legislatore si rinviene nel carattere necessariamente predeterminato dalla Costituzione o da leggi attuative degli strumenti che la prima può adoperare. In una prospettiva di

Nonostante le numerose critiche mosse da una parte della dottrina[94], il nuovo modo di procedere della Corte, per quanto ardito e non perfettamente rispondente alla ripartizione di competenze contenuta nella Costituzione, si può forse ritenere, allo stato delle cose, necessario a operare un bilanciamento tra la protezione dei diritti individuali - tanto più per un settore sensibile come quello penale - e il rispetto della discrezionalità di un legislatore silente e poco collaborativo.

riforma è interessante l'autorevole proposta formulata da A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità"*, cit., 2 ss., secondo cui, per contrastare efficacemente il silenzio del legislatore, vi sarebbe la possibilità di introdurre una disciplina legislativa modellata sulla falsa riga di quella contenuta nella legge europea, quest'ultima finalizzata a un'armonizzazione della normativa italiana con quella dell'Unione europea. Si tratterebbe di una sorta di «legge di adeguamento costituzionale», attraverso la quale sistematizzare una «leale e dialettica collaborazione» tra Corte costituzionale e Parlamento. Quindi «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». Si tratterebbe di una procedura diversa e dotata di maggiore cogenza rispetto a quella delineata nel Regolamento della Camera dei Deputati, art. 108 e in quello del Senato, all'art. 139, la cui concreta attuazione e stata pressoché scarsa. Riguardo alla procedura di seguito legislativo codificata si veda F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss., R. DICKMANN *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. Più diffusamente A. RUGGERI, *Le attività conseguenziali nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore: premesse metodico dogmatiche ad una teoria giuridica*, Milano, 1988, 245 ss., G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 531 ss.

[94] Posizione molto critica è quella assunta da A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, ID., *Ancora su Cappato*, cit., 555, il quale si domanda se si possa applicare alla tecnica decisoria in questione il principio machiavellico del "fine giustifica i mezzi". Egli ritiene che la risposta non possa che essere negativa, perché «per la elementare ragione che, confondendosi reciprocamente i ruoli del legislatore e del giudice (sia pure del tutto peculiare, qual è la Corte), viene meno una delle due gambe su cui può portarsi avanti […] lo Stato costituzionale.» In A. RUGGERI, *Replicato seppur in modo*, cit., 406, si parla di vera e propria pronuncia di delega al legislatore. D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del* 2020, cit., 627 ss., osserva, invece, come una parte della dottrina abbia salutato positivamente il nuovo approccio come, *ex multis*, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche*, cit., 644 ss., il quale sostiene che questo sia un tentativo di trovare un equilibrio tra il rispetto della discrezionalità legislativa e il ruolo di custode della Costituzione. Una posizione di apertura verso la neonata tecnica la si riscontra anche in G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 113, il quale considera l'"incostituzionalità differita" come una «composizione armonica tra istanze contrapposte, vuoi di natura etico-sociale vuoi di natura politica, ma soprattutto una valida opzione per rispondere alla «domanda di giustizia costituzionale».» Si veda anche D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 164 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss.