



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “MEDITERRANEA”
DI REGGIO CALABRIA**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA, ECONOMIA E SCIENZE UMANE

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA
XXXVI CICLO**

**CURRICULUM DIRITTO PUBBLICO
IUS/08 - DIRITTO COSTITUZIONALE**

***La discrezionalità legislativa e i suoi limiti
Un nuovo equilibrio fra Corte costituzionale e legislatore***

Candidato
Dott. Luigi Santoro

Tutor
Prof A. Spadaro

Coordinatore
Prof. A. Gorassini

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

INDICE – SOMMARIO

INTRODUZIONE	6
---------------------------	---

CAPITOLO I

DECISIONI DI INAMMISSIBILITÀ E DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA

1. L'inammissibilità della q.l.c. nel quadro delle decisioni di rigetto	12
2. Inammissibilità sostanziale, derivante da vizi strutturali e insanabili della q.l.c.....	16
3. Il rispetto della discrezionalità del legislatore.....	20
3.1. Una definizione di “discrezionalità”	21
3.2. I limiti della discrezionalità e i suoi vizi: eccesso di potere legislativo e irragionevolezza	24
3.3. Le forme della discrezionalità legislativa [d. “pura” e d. “tecnica”] e il loro sindacato	30
3.4. L'analisi della giurisprudenza: dati qualitativi e quantitativi	34
3.5. Le materie principalmente interessate	38
4. Le “questioni di natura politica” e la <i>political question doctrine</i> (PQD) nell'esperienza della Corte Suprema USA.....	44
4.1. Genesi, elementi essenziali, evoluzione storica della PQD.	46
4.2. Analogie fra <i>political question</i> e questioni «di natura politica»	57
4.3. (segue) Differenze.	59
5. Le questioni eticamente sensibili e scientificamente condizionate come (dubbia) ipotesi di “ <i>political question</i> ”	64
5.1. Questioni “ <i>politicamente sensibili</i> ” perché non ancora mature nella “ <i>coscienza sociale</i> ”	70
5.2. Questioni “ <i>scientificamente condizionate</i> ” in quanto dipendenti dall'evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche.....	80
5.3. Questioni “ <i>politicamente sensibili</i> ” e insieme “ <i>scientificamente condizionate</i> ”	86
5.4. Conclusioni provvisorie.	99

CAPITOLO II

VECCHIE E NUOVE TECNICHE DI *JUDICIAL ACTIVISM*:

OLTRE LE “RIME OBBLIGATE”

SEZIONE I LA GIURISPRUDENZA

1. Cenni sulle “tradizionali” tecniche del *judicial activism*, o dell’attivismo giudiziario 108
2. La “novità”: la ricerca di una soluzione «costituzionalmente *adeguata*» 119
3. Gli sviluppi: la prospettazione dell’incostituzionalità nel *rinvio a nuova udienza* 129
4. La Corte nella veste di giudice *a quo*. Nuovi utilizzi di un vecchio strumento? 144

SEZIONE II LA DOTTRINA

5. Premessa: come la Corte vede se stessa. Il *ri-accentramento* del modello di giustizia costituzionale italiano nelle relazioni dei Presidenti 152
6. Come è vista la Corte: a) secondo la dottrina più critica, la Corte, con i suoi “sconfinamenti”, ha violato il principio della separazione dei poteri 164
7. (*segue*): b) secondo la dottrina più favorevole, se vista “nel contesto”, la necessità di “rendere giustizia costituzionale” è una “*culpa felix*” 177

CAPITOLO III PROPOSTE DI RIFORMA COSTITUZIONALE E REGOLAMENTARE

SEZIONE I COME LA CORTE POTREBBE GESTIRE IL SUPERAMENTO DELLE *RIME OBBLIGATE*

1. Riconoscimento condizionato dell’ammissibilità dell’intervento “sostitutivo” della Corte in assenza di “rime obbligate”, ma sempre nella esclusiva prospettiva dell’*espansione* dei diritti fondamentali. 190
2. Sistematizzazione dei criteri che la Corte dovrebbe adottare per pronunciarsi oltre le “rime obbligate”. Ridefinizione dei presupposti dell’inammissibilità c.d. *sostanziale* della q.l.c. 196

SEZIONE II COME IL PARLAMENTO POTREBBE GESTIRE IL SUPERAMENTO DELLE *RIME OBBLIGATE*

3. La via delle riforme: modifiche costituzionali, legislative e dei regolamenti parlamentari: a) Revisione dell'art. 136, II c., Cost.: espunzione dell'equivoco inciso « <i>ove lo ritengano necessario</i> »	201
4. (<i>segue</i>): b) Riforma della l. n. 87/1953	205
5. (<i>segue</i>): c) Riforma dei regolamenti parlamentari: obbligatorietà del seguito legislativo, almeno sul piano dell'esame e discussione delle <i>sentenze monito</i> e di <i>rinvio a nuova udienza</i> , e valorizzazione del ruolo delle opposizioni	209

CAPITOLO IV CONCLUSIONI

1. Il difficile cammino della giurisprudenza costituzionale fra “fonti inter- e sovra-nazionali” (c.d. tutela multilivello dei diritti), “Carta del 1948” (parametro costituzionale nazionale), e “coscienza sociale” (ma non opinione pubblica).....	230
2. Una definizione di “coscienza sociale”	234
3. Le prospettive future: riscoperta della <i>centralità</i> del legislatore, ma <i>primato</i> della Costituzione (e della Corte costituzionale).....	240
 BIBLIOGRAFIA.....	 248

INTRODUZIONE

Il rapporto fra Corte costituzionale e Parlamento è un rapporto fisiologicamente “conflittuale”. L’esistenza stessa di un organo di giustizia costituzionale in grado di porre nel nulla le decisioni politiche della maggioranza parlamentare è già di per sé emblematica del “potere” della Corte costituzionale e del suo ruolo anche “politico”, come emerge, notoriamente, anche in sede di Assemblea costituente.

Con la presente tesi ci proponiamo di guardare a tale rapporto attraverso una chiave visuale del tutto peculiare: il sindacato di costituzionalità sulla discrezionalità legislativa. Siamo consapevoli che si tratti di un tema già abbastanza arato dalla dottrina, specialmente a partire dalla comparsa delle prime decisioni “manipolative”. Tuttavia, i recenti approdi del processo costituzionale (con l’introduzione di nuove e discusse tecniche decisorie da parte della Corte) offrono la possibilità di aggiornare la riflessione su questo tema ormai “classico”. La Corte, infatti, non sembra seguire criteri sufficientemente certi e definiti per scegliere se, quando e in che modo adottare le nuove tecniche decisorie. Ci riferiamo, in particolar modo, alle decisioni che superano il tradizionale limite delle “rime obbligate” e quelle che decidono la q.l.c. in due tempi, con un’ordinanza monitoria di rinvio a data fissa dell’udienza cui segue, “solitamente” a distanza di un anno, la decisione finale.

L’obiettivo specifico della nostra indagine è dunque triplice: 1) fornire un inquadramento sistematico delle decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore e provare a spiegare perché, ancora oggi, la Corte costituzionale a volte si autolimita e altre volte, invece, decide nel merito le “questioni politiche”; 2) analizzare le nuove tecniche decisorie, tentando di rintracciare presupposti comuni e caratteristiche ricorrenti alla luce delle loro attuazioni pratiche fin qui avutesi; 3) provare a formulare alcune ipotesi di riforma che riguardino i poteri decisorii della Corte e i presupposti di adozione dei nuovi strumenti processuali e, contestualmente, immaginare anche riforme di rango costituzionale e ordinario, nonché dei regolamenti di Camera e Senato, per razionalizzare il seguito delle decisioni della Corte costituzionale (seguito che, com’è noto, è un istituto sì formalmente previsto ma in pratica raramente adoperato).

È necessario ora delineare e circoscrivere meglio l’oggetto dell’indagine, sotto almeno due aspetti.

In primo luogo, al fine di non appesantire il lavoro, si è scelto volutamente di non discutere dei profili storici relativi al dibattito in Assemblea costituente sull’istituzione della Corte costituzionale, sui suoi poteri, sulla natura del suo sindacato e sulla “classica” questione su *chi* debba essere il *custode della Costituzione*¹. Sebbene si tratti di questioni certamente

¹ È d’obbligo il rimando a H. KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV, 1928, in ID., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano 1981 e a C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Arch. öff. Rechts*, XVI, 1929, e poi, con aggiornamenti, Berlin 1931, ora trad. it. in ID., *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1981. Sulla “querelle” tra Schmitt e Kelsen – anche questo tema vastissimo –, v. almeno, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il custode della Costituzione*, in *Storia e politica*, 1977, 506 ss.; M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento*, in G. GOZZI - P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna 1987, 51-103; M. CASERTA, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen*

importanti e sempre stimolanti, si è preferito non dilungarsi inutilmente in disquisizioni ormai note ai più e sulle quali, peraltro, ci sarebbe probabilmente ben poco da aggiungere, almeno dal punto di vista storiografico e ricostruttivo². Tratteremo invece delle *novità* che si registrano in dottrina *su questo antico dibattito*: nonostante la «forza politica»³ della Corte costituzionale sembri ormai un dato acquisito, in uno con l'inevitabile ed «intrinseca politicità»⁴ delle sue decisioni e del suo giudizio, in dottrina sono state levate, «contro i giusmoralisti»⁵, accuse di «suprematismo giudiziario»⁶ soprattutto verso quelle posizioni che considerano l'attivismo creativo della Corte come una «*culpa felix*»⁷. È il «pendolo»⁸ della giurisprudenza della Corte e della sua stessa attività, che oscilla notoriamente fra la sua «anima giurisdizionale e l'anima politica»⁹.

e Carl Schmitt, Roma 2005; J. DE MIGUEL BÀRCENA - J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt. Politica e diritto nella crisi del costituzionalismo*, Padova 2022.

² Per questo ci limitiamo a rimandare a C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi, Le ideologie del costituente*, Milano 1979; G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della «Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» (1945-1946)*, Bologna 1979; v. pure i quattro volumi curati da U. DE SIERVO, *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna 1980; E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna 1996; G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano 1981; F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Urbino 1996; C. RODOTÀ, *Storia della Corte costituzionale*, Roma-Bari 1999; C. COLAPIETRO - P. CARNEVALE (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino 2008; A.A. NEGRONI, *La corte costituzionale all'Assemblea costituente*, Roma 2015; N. TRANFAGLIA, *Storia politica della Corte costituzionale*, Viterbo 2020.

³ T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano 1957, ora in ID., *Opere, I, Teoria generale*, Milano 2000, 112 ss. e 206 ss.; cfr. pure ID., *Diritto costituzionale*, XVI ed., Milano 2022, 544.

⁴ A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it*, n. 5/2017, 2-16, ora in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. ROMBOLI, Torino 2017, 117-130; v. pure G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino 2017.

⁵ A. CARRINO, *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano-Udine 2019. Lo stesso A. chiarisce il significato di questa espressione in un'intervista rilasciata a F. BORGONOVO, «*Si va verso lo Stato dei giudici che spodesterà il Parlamento*», in *La Verità* (Quotidiano), 12.08.2019, 17, in cui Carrino afferma che «i giusmoralisti sono tutti coloro, in *primis* costituzionalisti e teorici del diritto, che hanno elaborato un nuovo tipo di giusnaturalismo postmoderno, per il quale il diritto è valido (non solo "giusto") se moralmente fondato. Non esiste più una legittimità intrinseca alla politica (una sua autonomia dalla morale), né una differenza tra il sistema morale e il sistema giuridico. Si giudica in base alla moralità racchiusa nei "diritti" proclamati (riconosciuti, ma spesso inventati), che diventano allora il fondamento della decisione, in questo caso giudiziaria».

⁶ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251-290; ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2021, 170-212.

⁷ G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, 32; concetto da ultimo ribadito poi in ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, numero monografico contenuto in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 24 ss.

⁸ AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*. Il c.d. "gruppo di Pisa" si incontra quasi annualmente per dibattere sui temi ora di nostro interesse: si segnalano, al riguardo, oltre al volume testé citato, gli atti dei vari convegni raccolti in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, a cura di P. CARROZZA - V. MESSERINI - R. ROMBOLI - E. ROSSI - A. SPERTI - R. TARCHI, Pisa 2018; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. MESSERINI - R. ROMBOLI - E. ROSSI - A. SPERTI - R. TARCHI, Pisa 2020; AA.VV. *Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. MALFATTI - V. MESSERINI - R. ROMBOLI - E. ROSSI - A. SPERTI, Pisa 2024.

⁹ R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano 2017.

In secondo luogo, è necessario precisare l'ambito materiale di indagine: le nostre riflessioni riguarderanno principalmente il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi *in via incidentale*. È qui, infatti, che si è maggiormente manifestato il problema del rispetto della discrezionalità *legislativa* inteso come sindacato sul c.d. *eccesso di potere legislativo*. Esistono ovviamente altre forme con cui può manifestarsi la discrezionalità del potere *politico*, intesa in senso lato. Tuttavia, in questi casi, il controllo del tribunale costituzionale si manifesta in altre forme e in altre sedi, come quella del giudizio di legittimità costituzionale *in via principale*¹⁰ o il conflitto di attribuzioni fra poteri (dove ad essere oggetto di conflitto è, notoriamente (e semplificando), la scelta *discrezionale* di compiere – o non compiere – un determinato atto, normalmente *non* legislativo, riferibile a una serie di attribuzioni costituzionalmente garantite)¹¹. La discrezionalità legislativa di cui intendo occuparmi, in particolare, è quella relativa alle scelte politiche di tipo *legislativo* con cui il legislatore (statale) può (deve) attuare la Costituzione¹². Rispetto a tali scelte, quale intervento è possibile per la Corte costituzionale? Una prima risposta è fornita dall'art. 28 della l. n. 87/1953 che, com'è noto, chiarisce cosa la Corte *non* può fare: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Vedremo nello sviluppo della trattazione se e come questo limite ha resistito e resiste ancora nella giurisprudenza della Corte, ragionando anche su come eventualmente poterlo riformare o integrare.

Chiariti gli scopi e circoscritto l'oggetto dell'indagine, è forse utile delineare schematicamente la struttura in cui si articolerà il presente lavoro.

In breve, vedremo in tre capitoli distinti le tecniche con cui la Corte si autolimita (e le tecniche decisorie, dunque del c.d. *self-restraint*); quelle con cui la Corte *non* si autolimita (esaminando dunque le tecniche che “storicamente” sono valse – e ancora oggi valgono – alla Corte le accuse di *judicial activism*) e, infine, vedremo alcune proposte di riforma atte a razionalizzare il rapporto tra Corte e Parlamento (e cioè come il loro rapporto dovrebbe essere ripensato).

Il primo Capitolo, pertanto, si occuperà di fornire un inquadramento delle decisioni di inammissibilità, con particolare riguardo a quelle determinate dal necessario rispetto della discrezionalità del legislatore. Dopo una breve ricostruzione delle ragioni che storicamente hanno determinato la “invenzione” delle decisioni di inammissibilità (formalmente non previste e introdotte in via pretoria solo intorno agli anni '80 nella stagione del c.d. smaltimento

¹⁰ Non è certamente un caso che, nella giurisprudenza della Corte, non si trovi mai un'espressione del tipo “spetta alla discrezionalità del legislatore *regionale*...”. Infatti, come vedremo, la “clausola” della discrezionalità viene spesso invocata come “filtro” nella materia penale, in quella tributaria e in relazione alla conformazione degli istituti processuali: tutte materie di esclusiva competenza statale (art. 117, comma 2, lett. l, Cost.). Così, analogamente, accade pressoché in tutte le altre materie, fra cui spiccano “Cittadinanza e Stato civile”, “Previdenza sociale”, ecc. [art. 117, comma 2, Cost., rispettivamente alle lettere *i*) e *o*]: sul punto, v. il § 3.5 di questo Capitolo.

¹¹ Per tutti, da ultimo, v. G. LANEVE, *Potere politico e potere giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione*, Bari 2022.

¹² Esistono, infatti, almeno cinque “tipi” di leggi: leggi ordinarie in generale; leggi di attuazione della Costituzione; leggi costituzionalmente obbligatorie (o necessarie); leggi a contenuto costituzionale vincolato; leggi costituzionali. Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2022, 134; v. pure *infra*, § 3.2.

dell'arretrato), ci concentreremo sugli aspetti quantitativi e qualitativi di tale categoria di decisioni. Categoria che, come si vedrà, non è affatto unitaria e omogenea. Analizzeremo così l'incidenza quantitativa di tale tipologia di decisioni sul totale delle pronunce della Corte, verificando poi altresì se queste ricorrano in particolari materie e per quali motivi, concretamente, l'inammissibilità si determina, in ragione dell'intervento richiesto volta a volta dal giudice *a quo*. L'analisi comparata della giurisprudenza della Suprema Corte degli USA ci consentirà poi di verificare se le decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa della Corte italiana, accusata di “decidere di non decidere” in modo addirittura «pilatesco»¹³, siano in qualche modo assimilabili alle *tecniche di selezione dei casi* delle *political questions* che la Corte nordamericana si rifiuta tecnicamente di decidere. Questo ci consentirà – o almeno è il nostro auspicio – di riconsiderare la categoria di queste peculiari decisioni di inammissibilità e, con esse, dei reali poteri della Corte in relazione alle questioni «di natura politica» (secondo la lettera del citato art. 28 l. 87/1953).

Il secondo Capitolo si occuperà delle tecniche decisorie del c.d. *judicial activism*. Rispetto alle tecniche del c.d. *self-restraint*, che fondamentalmente si riducono alle decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa viste nel primo Capitolo, queste risultano molto più articolate. Dopo un breve accenno riepilogativo alle varie tecniche decisorie “inventate”, anche in questo caso, per via pretoria (sentenze interpretative, manipolative, ecc.) sin dai primi anni dell'attività della Corte, con il superamento della rigida alternativa fra accoglimento e rigetto, dedicheremo particolare attenzione alle “nuove” tecniche decisorie che, nella stagione del c.d. *ri-accentramento* del giudizio di costituzionalità, hanno portato al superamento anche del classico limite delle crisafulliane “rime obbligate” e, con esse, della discrezionalità legislativa. Quest'ultima, così, da limite *assoluto* agli interventi “creativi” della Corte (o, meglio, quale “giustificazione” ad alcuni interventi creativi), è diventato limite soltanto *relativo*. Esaminate così le nuove tecniche decisorie (specialmente quelle “a rime adeguate” e quelle di “rinvio a data fissa dell'udienza”), vedremo poi come la dottrina le abbia valutate, dividendosi tra posizioni estremamente critiche e altre, invece, più favorevoli. In questo dibattito si darà spazio anche alle relazioni annuali dei Presidenti della Corte, mediante le quali avremo modo di vedere come la Corte “vede” se stessa in questa particolare stagione della giustizia costituzionale italiana in cui «la Corte ha maturato la consapevolezza che *deve uscire dal Palazzo*, deve farsi conoscere e deve conoscere, deve farsi capire e deve capire, anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e far capire la Costituzione»¹⁴.

Nel terzo Capitolo, infine, proveremo a formulare alcune proposte di riforma, articolate su più versanti. In primo luogo, anche alla luce dei dati emersi nell'analisi empirica condotta nel Capitolo I, proveremo a individuare i criteri che la Corte dovrebbe adottare per decidere *se* e *quando* adottare le nuove tecniche decisorie, a prescindere dalla loro introduzione *per via giurisprudenziale* (magari sul modello di una “sentenza-pilota” come fu la n. 16/1978 in tema

¹³ A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... (a margine di un comunicato sul Caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 3/2018, 568 ss.; in questi termini si è espresso anche A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent n. 84/2016), in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 253.

¹⁴ Corte costituzionale, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 2.

di ammissibilità del referendum abrogativo) o *per via auto-normativa* (mediante la modifica delle *Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*). In secondo luogo, sul versante parlamentare, proporremo una riforma del complesso di norme che regolano le procedure di seguito legislativo delle sentenze della Consulta, intervenendo sia sulla Costituzione (art. 136, comma II), sia sulla legge ordinaria (la n. 87/1953), sia, soprattutto, sui regolamenti parlamentari (e specialmente sugli artt. 108 r.C. e 139 r.S.).

In conclusione, si rifletterà su *chi*, fra Corte e Parlamento, possa (e debba) farsi interprete della *coscienza sociale*, anche in considerazione di una *riscoperta* del concetto di “centralità” del legislatore.

CAPITOLO I

DECISIONI DI INAMMISSIBILITÀ E DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE

1. L'inammissibilità della q.l.c. nel quadro delle decisioni di rigetto

Gli strumenti decisorii con cui la Corte costituzionale si “autolimita”, in relazione ad un possibile sindacato sulla discrezionalità legislativa (nella sede del giudizio incidentale di costituzionalità), sono per lo più riconducibili alle decisioni di rigetto, sia di merito che processuali. Fra quest'ultime, un ruolo preminente hanno le pronunce di *inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale, che si esamineranno nelle linee essenziali. Naturalmente anche le decisioni di rigetto, con le quali la Corte si pronuncia espressamente sul merito della q.l.c. (che la Corte dichiara *infondata*, o *infondata nei sensi di cui in motivazione*, o *manifestamente infondata*), possono, in alcuni casi, rappresentare una forma di “autolimitazione” del sindacato di costituzionalità rispetto alla discrezionalità legislativa; tuttavia, in questi limitati casi (in cui si pone un problema di discrezionalità legislativa), la Corte ritiene che il legislatore abbia fatto buon uso del proprio potere discrezionale. Nel caso dell'inammissibilità della q.l.c., invece, la Corte lamenta la propria formale impossibilità a pronunciarsi nel merito della questione, non di rado però esprimendosi sostanzialmente nel merito della stessa sia pure solo nella parte motiva delle sue decisioni: in questo caso, anche se la Corte rilevasse un vizio di “eccesso di potere legislativo”, non potrebbe dichiararlo per i limiti strutturali del suo sindacato (su cui v. *infra*)¹⁵.

In breve, e senza soffermarci in questa sede sulla forma delle pronunce della Corte (sentenza, ordinanza, decreto)¹⁶, quest'ultime sono “tradizionalmente” suddivise dalla dottrina in decisioni di merito (di accoglimento e di rigetto) e decisioni processuali (in cui la Corte non può pronunciarsi nel merito della q.l.c.)¹⁷. Ad ogni modo, seguendo questo primissimo approccio, l'inammissibilità certo rientra nelle decisioni processuali¹⁸.

Tuttavia, come si accennava, non sempre l'inammissibilità esclude di per sé che la Corte possa pronunciarsi con valutazioni che riguardino il merito della questione sottoposta al suo

¹⁵ Per una completa disamina di tutti i presupposti dell'inammissibilità e i casi concreti da cui questa può essere originata, si rinvia alla manualistica più aggiornata: v., almeno, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 226 e, in relazione alle decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, v. spec. 238; E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2021, 131 e, in relazione al rispetto della discrezionalità legislativa, v. spec. 345-352; A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 175-185. Ciò che mi interessa prendere in esame, in questa sede, sono tutti i casi in cui – per un verso o per un altro – l'inammissibilità è dichiarata (o *non è più dichiarata*) in relazione alla discrezionalità legislativa.

¹⁶ Si noti, fra l'altro, che la Corte utilizza a volte una determinata *forma* di pronuncia in luogo di un'altra, verosimilmente più opportuna, potendosi affermare che «la Corte usa la forma che più le piace, anche se assurda: si pensi ad alcune decisioni che la Corte continua a prendere, usando (accanto all'ordinanza) – in modo palesemente ridondante per lo scopo – “anche” la sentenza»: così A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 175.

¹⁷ Sull'inammissibilità come decisione “processuale”, v. almeno M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984; L. CARLASSARE, *Le “questioni inammissibili” e la loro riproposizione*, in *Giur. cost.*, 1984, 734 ss.; ID., *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., 27-69.

¹⁸ È ancora così, parrebbe, anche per il Servizio studi della Corte costituzionale che, in un *Quaderno processuale* (a cura di D. DIACO), dal titolo *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, datato a maggio 2016, fa rientrare le pronunce di inammissibilità proprio fra le “decisioni processuali” (Cap. 1), ben distinte dalle “decisioni di merito” (Cap. 2). Il *Quaderno* è consultabile al link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20296.pdf.

esame¹⁹. Infatti, sebbene nelle pronunce processuali il dispositivo non può mai essere di accoglimento, può tuttavia accadere che in alcune tipologie decisorie la Corte accerti più o meno velatamente l'incostituzionalità della norma sottoposta al suo esame, benché sia "impossibilitata" ad adottare una conseguente decisione di fondatezza o infondatezza, arrestandosi invece a una decisione di inammissibilità. Questa può assumere diverse configurazioni.

La prima di queste è l'inammissibilità *semplice* o *manifesta*. La Corte si pronuncia con una *inammissibilità manifesta* della q.l.c. principalmente quando si tratta di questioni che le sono state già sottoposte (spesso più volte) in un passato relativamente recente oppure in caso di giurisprudenza costituzionale ormai consolidata sul tema, che il giudice *a quo* avrebbe dovuto conoscere. In questo senso, tale "ignoranza" viene "sanzionata" con un'inammissibilità manifesta che esprime una sorta di "rimprovero" malcelato²⁰. In altri casi, invece, la Corte sembra sanzionare una sorta di "insistenza" del giudice *a quo* che ripropone q.l.c. identiche o similari nello stesso grado di giudizio, come nel caso della sent. n. 247/2022, dove la Corte – in una decisione "mista" – sanziona il giudice *a quo* rimproverandogli di aver «già sollevato similari questioni di legittimità costituzionale dell'art. 191 cod. proc. pen. con nove precedenti ordinanze di rimessione»²¹.

Un'altra tipologia di inammissibilità è quella che in dottrina è stata definita *di natura decisoria*. Quest'ultima dovrebbe basarsi, appunto, sulla «distinzione fra le pronunce di inammissibilità aventi carattere decisorio e dunque esplicanti effetti preclusivi verso il giudice *a quo* e le pronunce di inammissibilità non aventi natura decisoria e dunque non implicanti

¹⁹ Cfr. G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano 2003, 44, per il quale «in alcuni casi non è nemmeno agevole qualificare la pronuncia come processuale, se con questa definizione intendiamo alludere ad una pronuncia meramente preclusiva, *rebus sic stantibus*, di un esame nel merito: esistono infatti aree in cui si delinea una possibile sovrapposibilità tra pronunce di inammissibilità e decisioni di rigetto». In argomento, v. anche la relazione del Presidente P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1993*, 25 gennaio 1994, [4] in www.cortecostituzionale.it, in cui si legge che «per la Corte vanno comprese tra le decisioni di merito anche le pronunce di inammissibilità, con le quali si degrada (o si promuove) a questione politica una censura mossa ad una legge, perché con esse si suscita, da un lato, l'azione delle forze sociali interessate e dall'altro si pone un limite all'inerzia del legislatore che non potrà più indefinitamente protrarsi».

²⁰ Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Napoli 2019, 171.

²¹ In questa pronuncia, la Corte sembra "ricordare" al giudice *a quo* che «Le questioni sono state dichiarate da questa Corte inammissibili (sentenza n. 219 del 2019) e indi manifestamente inammissibili (sentenza n. 252 del 2020). Una ulteriore declaratoria di manifesta inammissibilità è sopravvenuta alla proposizione degli odierni incidenti (ordinanza n. 116 del 2022). [...] In tre dei giudizi nei quali erano state emesse le ordinanze di rimessione su cui si è pronunciata la sentenza n. 252 del 2020, il giudice *a quo* è tornato a censurare, in parte qua, con le ordinanze oggi in esame, il citato art. 191 cod. proc. pen., assieme ad altre disposizioni. Si tratta, dunque, in tutti e tre i casi, di questioni riproposte nello stesso grado di giudizio, dopo una pronuncia di questa Corte: il che genera un problema preliminare di ammissibilità delle questioni stesse alla luce del disposto dell'art. 137, ultimo comma, Cost.» (§ 3 Cons. dir.). Sulle decisioni di manifesta inammissibilità, v. R. ROMBOLI, *La mancanza o l'insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 337; C. SALAZAR, *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice "a quo" e le pronunce di inammissibilità*, in *Foro.it*, 1998, V, 145; C. CAPOLUPO, *Le decisioni di inammissibilità*, in M. SCUDIERO - S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli 1999; M. QUATTROCCHI, *Corte e Parlamento attraverso le decisioni di inammissibilità*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano 2000, 179 ss.; G.P. DOLSO, *Giudici e Corte*, cit., 40; E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 132; A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 179.

efficacia preclusiva nei confronti del rimettente»²². In dottrina è stato pure notato come questa sia una categoria utilizzata anche dalla Corte stessa nelle sue pronunce: «nella prassi oggi diffusa, la Corte Cost. oggi parla di *inammissibilità* “di natura non decisoria”, ciò che appare del tutto comprensibile, ma parla anche – dando vita a un singolare ossimoro – di pronunce di *inammissibilità* “di natura decisoria” queste ultime, in pratica, con effetti di merito. La verità è che, spesso, nelle decisioni processuali, la Corte sfugge alla q.l.c. fornendo “una *non risposta*” che ha la “parvenza della definitività”»²³.

L'altra categoria cui si è fatto cenno è poi quella della *inammissibilità vestita*: sono tali le pronunzie che rispettano il limite della discrezionalità in quanto non modificano la disciplina legislativa, ma si limitano ad indicare al legislatore «la cornice costituzionale entro la quale dovrebbe muoversi una futura disciplina legislativa per essere appunto conforme a Costituzione. [...] In definitiva si può dire che nelle pronunce di *inammissibilità* “vestita” la tensione con la discrezionalità legislativa non sta nel dispositivo, che in effetti non modifica la situazione normativa, ma nella motivazione in cui si tracciano le coordinate al futuro (ed ipotetico) intervento legislativo»²⁴. Com'è stato notato, si tratterebbe di un'espressione gergale in uso specialmente fra gli assistenti di studio dei giudici costituzionali, che chiamano così le «decisioni formalmente processuali, di “*inammissibilità*”, che lasciano però trasparire una qualche valutazione di merito. Com'è noto, in questi casi la Corte dichiara di non poter far nulla, ma non tace: “dice che non può giudicare, ma le sfugge qualcosa”. Ciò accade, appunto, quando il Giudice delle leggi nel “dispositivo” si astiene dall'esprimere esplicitamente un giudizio (magari per un vizio procedurale dell'atto introduttivo), ma nella “motivazione” lascia intendere come avrebbe giudicato... *se avesse potuto*»²⁵.

Infine, l'ultimo tipo di *inammissibilità* sarebbe quella *con monito al legislatore*: in questi casi, la Corte formula un monito al legislatore, nella parte motiva della decisione, in tutti quei

²² Così A. BONOMI, *Questioni di costituzionalità dichiarate inammissibili sulla base di diversi motivi di inammissibilità: osservazioni sulla natura decisoria e sugli effetti preclusivi di tali pronunce (... alla luce della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (8 settembre 2014); ID., *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)*, in *Osservatorio Rivista AIC*, n. 2/2021, 224.

²³ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 182. In senso analogo, anche E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 133. V. anche A. RUGGERI, *La Corte e il drafting processuale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2004, 158 ss.; D. NOCILLA - G. SMURRA, *Una manifesta inammissibilità tra un'irrelevanza che non sussiste ed un'infondatezza in «penombra» (nota a 361/2005)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2005, 5126 ss.; R. BASILE, *Le decisioni di manifesta inammissibilità e infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 437 ss.; G.P. DOLSO, *I rapporti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione nel prisma delle decisioni di inammissibilità*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli 2006, 47 ss.; E. MALFATTI, *Nel prisma delle decisioni processuali. La Corte costituzionale sceglie un ibrido: le antiche e sempre nuove risorse delle ordinanze di inammissibilità*, in *Foro it.*, n. 1/2006, 1312 ss.

²⁴ F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in www.laegislazionepenale.eu, 18 marzo 2020, 10.

²⁵ A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 160. L'espressione sembra essere invero utilizzata anche dagli stessi giudici della Corte, come è possibile attestare in N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 89. Da ultimo, v. anche A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 183.

casi in cui «ritiene, per varie ragioni, di non poter giungere ad una decisione di incostituzionalità, ma ravvisa un forte disagio rispetto all'attuazione dei principi costituzionali, per cui conclude il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità, ma rivolge, in motivazione, un invito al legislatore perché questi intervenga a regolare diversamente la materia e ad eliminare certe incongruenze presenti nella disciplina della stessa. Il monito in alcuni casi può essere anche più deciso e pressante allorché la Corte, pur chiudendo il giudizio con una decisione di infondatezza o addirittura meramente processuale di inammissibilità, riconosce esplicitamente ed afferma con estrema chiarezza che la normativa impugnata si pone in contrasto con i principi costituzionali»²⁶, che spesso nasconde decisioni di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»²⁷. A dire il vero, in dottrina v'è chi ha distinto «fra «decisioni di “costituzionalità provvisoria” e quelle di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”»: 1) le prime legittimano la normativa in quanto “ancora non incostituzionale”, le seconde invece riconoscono chiaramente, in motivazione, l'incostituzionalità; 2) nelle prime v'è una sostanziale coerenza, mentre nelle seconde v'è un insanabile contrasto logico fra motivazione e dispositivo; 3) le prime sono più persuasive perché, quando la disciplina transitoria viene meno, consentono di arrivare alla decisione di accoglimento; le seconde, invece, non sono vincolanti ma solo monitorie)»²⁸.

Al termine di questa breve rassegna delle varie tipologie di inammissibilità, giova precisare che queste esistono per lo più nelle categorizzazioni operate dalla dottrina: nella giurisprudenza della Corte, invece, l'unica alternativa che esiste è fra inammissibilità (che noi abbiamo perciò definito “*semplice*” e che può presentare sfumature differenti) e inammissibilità *manifesta*.

Poiché dunque questo peculiare tipo di decisioni processuali può avere forme e presupposti differenti, diversi possono essere anche gli effetti per il giudice *a quo* e per il legislatore.

Ciò ch'è di mio interesse, in questa sede, sono soprattutto i *presupposti* dell'inammissibilità.

²⁶ E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 142; cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 226, che però distinguono fra «sentenze-indirizzo, monitorie di rigetto o di costituzionalità provvisoria».

²⁷ Ancora *ibidem*: nei casi in cui la Corte ha riconosciuto «una situazione di incompatibilità tra le disposizioni impugnate ed i principi costituzionali, esprimendosi nel senso di “accertata incostituzionalità”, “non conformità ai principi costituzionali”, “situazione non in sintonia con la Costituzione”, “chiare sperequazioni”, “evidenti disarmonie”, “incongruenze e lacune difficilmente giustificabili”. La disposizione impugnata non viene ciò nonostante dichiarata incostituzionale, invocando la Corte un limite al suo intervento che consisterebbe nel necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, per cui la motivazione è interamente spiegata nel senso della incostituzionalità delle disposizioni impugnate, ma, attraverso un'opera di bilanciamento tra i diversi principi costituzionali in gioco, la dichiarazione di incostituzionalità viene rinviata. In considerazione di ciò la dottrina ha parlato, in questi casi, di “incostituzionalità accertata, ma non dichiarata” o di “rigetto o inammissibilità, con accertamento di incostituzionalità”».

²⁸ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 227.

2. Inammissibilità sostanziale, derivante da vizi strutturali e insanabili della q.l.c.

In primo luogo, come si diceva, non è sempre necessariamente vero che nelle decisioni processuali di rigetto, la Corte si limiti a dichiarare – con una sentenza/ordinanza di inammissibilità – la propria “impossibilità” assoluta di un esame nel merito della questione.

Si tenga conto, infatti, che l’impossibilità di un esame nel merito consegue per lo più solo da determinati vizi formali (ma, sul punto, v. subito *infra*), derivanti da limiti contingenti che la q.l.c. presenta, per come sollevata dal giudice *a quo*. Vizi che in alcuni casi possono però essere superati: ad esempio, in caso di q.l.c. ancipite, contraddittoria, generica, ipotetica, oscura; oppure per insufficiente motivazione sulla rilevanza o sulla non manifesta infondatezza, per erronea o incompleta descrizione del quadro normativo, ecc.²⁹. Proprio perché si tratta di limiti contingenti e sanabili, la Corte dovrebbe forse, più correttamente, pronunciarsi con un’ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo*, indicando a quest’ultimo “dove” intervenire per colmare le lacune che impediscono alla Corte di decidere: “manca qualcosa” – che può essere aggiunto o approfondito – per poter prendere in esame la questione e decidere nel merito.

Ma vi sono casi in cui la q.l.c. non può (non potrebbe) in nessun caso essere sanata, perché ciò che manca non può essere “aggiunto”, e ciò che difetta non può essere “colmato”, di talché una restituzione degli atti sarebbe del tutto inutile, rendendosi invece necessaria una decisione di inammissibilità: si tratta di vizi *strutturali*, “congeniti”, della q.l.c. Questi ultimi possono dipendere, a loro volta, sia da cause formali che da cause sostanziali.

Fra quelle formali, ricordiamo ad es.: la carenza di forza di legge dell’atto impugnato, il valore non costituzionale del parametro leso, la natura non giurisdizionale dell’autorità remittente o mancanza del giudizio, oppure in caso di identica q.l.c. sollevata nello stesso grado di giudizio dall’identico giudice.

Fra le cause sostanziali³⁰ – e sono quelle che più ci interessano in questa sede – la dottrina ha tradizionalmente ricompreso, appunto, il rispetto della *discrezionalità del legislatore* (di solito – ma non sempre, come si vedrà – per mancanza delle cc.dd. “rime obbligate”) o, in generale, le cc.dd. *political questions* (che, in via di prima approssimazione, ricomprendrebbero questioni scientifiche, etiche, bio-etiche, ecc.). Le cause sostanziali, quindi, sono quelle che contribuiscono più delle altre a definire il limite strutturale-sostanziale del sindacato della Corte rispetto al legislatore, unico soggetto da sempre ritenuto legittimato a scegliere, fra una pluralità di soluzioni normative tutte ugualmente possibili, quelle ritenute più opportune per attuare la Costituzione. In breve, potremmo dire che siano questi i limiti, in senso lato, “politici” della Corte costituzionale.

²⁹ Per una rassegna completa di tutte le pronunce della Corte in cui questi vizi si sono manifestati, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 180-181. Qui si segnala, fra l’altro, la «tendenza all’utilizzo della restituzione solo per fatti sopravvenuti, preferendo la pronuncia di “manifesta inammissibilità” per quelli conoscibili (ma ignorati) dal giudice prima di sollevare q.l.c.».

³⁰ Di “inammissibilità sostanziale” parla anche L. SALVATO, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità “sostanziale” della questione di legittimità*, in *forumcostituzionale.it* (17.05.2018).

Nel primo caso (vizi *formali* insanabili), la Corte effettivamente *non può* decidere.

Nel secondo caso (vizi *sostanziali* insanabili), la Corte sembrerebbe semmai *decidere* di non decidere³¹.

A ben vedere, però, anche quest'ultimo schema rischia di non cogliere pienamente alcune recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo, i tradizionali limiti connessi al rispetto della discrezionalità legislativa sono sempre stati visti come ostacoli insormontabili da parte della Consulta medesima, che si vedeva impossibilitata a intervenire per ragioni indipendenti dalla sua volontà: la Corte *vorrebbe decidere*, ma sa di non poterlo fare. È solo in un secondo momento – relativo a una stagione peculiare della giurisprudenza costituzionale – che la Corte “usa” l’argomento del necessario rispetto del limite della discrezionalità legislativa per smaltire l’arretrato delle cause pendenti, pronunciandosi con un’inammissibilità; è in questa fase che si manifesta una componente “volontaristica” in cui la Corte *potrebbe* probabilmente decidere, ma *sceglie* di non farlo... per “ragioni di tempo”, connesse alla prioritaria esigenza di smaltimento dell’arretrato nelle more del processo Lockheed³². Detto in altro modo: se, nella prima “stagione”, la discrezionalità legislativa era considerata come un *ostacolo* effettivo per entrare nel merito della q.l.c. e la Corte vi si atteneva scupolosamente anche per non mettere in discussione la propria legittimazione nel sistema, è solo nella “stagione” successiva che diventa un comodo *espediente* per non esaminare il merito della questione, decidendo così in breve tempo un gran numero di questioni pendenti³³. Una “stagione”, quest’ultima, ormai definitivamente chiusa; anche se, a dire il vero, si è osservato che «il potenziamento degli strumenti processuali è tendenzialmente destinato a sopravvivere alle condizioni che lo hanno determinato [...]. Nel corso degli anni Ottanta, e soprattutto nel biennio cruciale ‘87-’88, tale strumento è stato impiegato in maniera massiccia, pur con qualche sbavatura derivante dalla non trascurabile quantità di decisioni adottate. Ma il risultato finale, consistito nello smaltimento di un pesante e preoccupante arretrato, è stato poi dalla dottrina considerato un traguardo decisivo per la futura attività e vitalità stessa della Corte costituzionale»³⁴.

³¹ L’impostazione fin qui riportata ricalca per grandi linee quella di A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità*, cit., 145 ss., ora ripresa in A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 186, con le differenze che saranno esposte più dettagliatamente nel prosieguo della trattazione. Di casi in cui la Corte “non vuole” decidere parlava già V. ONIDA, *Quando la corte non vuole decidere*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, 1 ss., con una nota a commento di Corte cost. sent. n. 16 del 2011. In senso analogo, v. anche il più risalente contributo di L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, cit., 31, dove l’A. rileva che l’intento che la Corte si proponeva mediante l’inammissibilità sia quello di «fornire una non risposta che avesse la parvenza della definitività».

³² Su questa “stagione”, v. spec. R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino 1991. V. anche F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1987. Conferenza stampa del 8 febbraio 1988*, disponibile al link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/19880208_Saja.pdf.

³³ Nel 1988, com’è noto, sono state decise ben 1165 pronunce, contro le 641 dell’anno precedente e le 596 dell’anno successivo. Negli ultimi anni, si è poi assistito a un decremento quasi lineare: se negli anni 2000-2010 la media è di 454 pronunce annue, nella decade successiva la media è di 294, per arrivare a 263 nel 2021 e 270 nel 2022.

³⁴ Cit. G.P. DOLSO, *op. cit.*, 43. Lo stesso A. nota che «il raggiunto obiettivo dello smaltimento dell’arretrato non determina un decremento del numero complessivo delle pronunce di inammissibilità, che pare assestarsi, nel corso degli anni ‘90, attorno al 30%» (39) e che «anche a seguito dell’evasione di tale arretrato, tale strumento ha continuato a registrare nella prima metà degli anni ‘90 un uso consistente» (228). Leggendo i *Dati*

In secondo luogo, poi, non è sempre vero che, in relazione alle suddette cause sostanziali, la Corte decida *sempre* di *non decidere*. Anzi, proprio nei casi in cui la Corte, seguendo gli schemi tradizionali, dovrebbe «decidere di non decidere»³⁵, attenendosi al rispetto dei suddetti limiti strutturali-sostanziali del sindacato della Corte, quest'ultima invece *decide* di entrare nel merito di una questione che le sarebbe in teoria preclusa, persino creando “nuove” tecniche decisorie. Ciò però accade solo *a volte* (e in maniera apparentemente arbitraria, in assenza di criteri certi e predefiniti), sebbene negli ultimi tempi, come vedremo, sempre più frequentemente.

Se così stanno le cose, ricapitolando, dovremmo avere:

- casi in cui la Corte *non può* decidere, a causa di vizi contingenti ma sanabili;
- casi in cui la Corte, secondo la dottrina tradizionale, “teoricamente” *non potrebbe* decidere, a causa di vizi strutturali e insanabili. Qui il Giudice delle leggi “concretamente” ha sempre esercitato due opzioni:
 - si autolimita, *decidendo di non decidere*, se si tratta di:
 - cc.dd. *political questions* (alla fine comprensive di questioni bio-etiche, scientifiche, ecc.)³⁶;
 - o di altre questioni comunque chiaramente riservate alla *discrezionalità del legislatore* (soprattutto in determinate materie, come quella sanzionatoria, processuale e tributaria);
 - oppure, negli ultimi anni, *decide*:

quantitativi e di analisi, allegati alle annuali *Relazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, disponibili sul sito internet della Consulta, si legge che l'utilizzo percentuale delle pronunce di inammissibilità è, venendo agli anni più recenti e limitandoci al giudizio in via incidentale, ancora abbastanza consistente: nel 2022 abbiamo avuto 83 dichiarazioni di inammissibilità, 55 di infondatezza e 75 di illegittimità costituzionale; nel 2021, rispettivamente 75-70-50; nel 2020, rispettivamente 84-92-48; nel 2019, rispettivamente 94-91-58; nel 2018, rispettivamente 70-70-42; nel 2017, rispettivamente 92-84-39. In percentuale, si oscilla dunque, in questi ultimi anni, da un minimo del 38% di dichiarazioni di inammissibilità sul totale delle pronunce annue (nel 2021, 2019, 2018) a un massimo del 43% (nel 2017), percentuali dunque di tutto rispetto. V. *infra* per un'analisi quantitativa specifica sull'inammissibilità per discrezionalità del legislatore.

³⁵ L'espressione probabilmente è da far risalire a M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 147 ss. Fra i tanti Autori in cui ricorre tale espressione, si segnalano A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3846 ss.; A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in *Forum di Quad. Cost.*, 17 novembre 2006; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano 2007, 88; V. ONIDA, *Quando la corte non vuole decidere*, cit.; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... (a margine di un comunicato sul Caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 3/2018, 568 ss.; ID., *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2022, 421; L. SALVATO, *op. cit.*, 11; S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, 365; A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità*, cit., 147; ID., *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023, 108.

³⁶ Come vedremo nel § 4, sarà opportuno precisare il concetto di «*political question*» e distinguerlo da quello di «questioni di natura politica».

- non solo se c'è una soluzione costituzionalmente imposta: “tradizionale” intervento a *rime obbligate*³⁷;
- ma anche se *non* c'è un'unica soluzione costituzionalmente obbligata: intervento a *versi sciolti*³⁸, dove la Corte individua, fra la pluralità di soluzioni possibili, quella che *essa stessa* ritiene «costituzionalmente adeguata», sostituendosi al momento discrezionale di tale scelta, storicamente riservato al solo legislatore, talvolta anche rinviando l'udienza a data fissa e decidendo in due tempi (in argomento, v. Cap. II, § 3).

Vedremo poi al Cap. III, § 2, come questa ricostruzione, che descrive l'attuale “stato dell'arte”, debba essere ripensata al fine di offrire una più precisa sistematizzazione dei criteri che consentono alla Corte di orientarsi in maniera auspicabilmente più certa e prevedibile fra decisioni di inammissibilità “sostanziale” e decisioni di merito.

Per il momento, nei paragrafi immediatamente seguenti prenderò in esame principalmente le sole cause c.d. *sostanziali* relative ai vizi strutturali e insanabili della q.l.c., cui la Corte risponde (e tradizionalmente ha sempre risposto) con una pronuncia di inammissibilità. Non prenderò in esame, invece, le ragioni dell'inammissibilità legate alle cause c.d. *formali* dei medesimi vizi, per come sopra descritti: non solo perché potrebbero considerarsi quasi autoevidenti, ma anche perché esulerebbe dall'oggetto e dallo scopo della mia ricerca.

Esaminerò dunque dapprima le situazioni in cui la Corte si è attenuta (e a volte ancora si attiene) ad un rigoroso *self-restraint* e, successivamente, le diverse tecniche che, nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, hanno consentito alla Corte un intervento progressivamente sempre più ampio mediante la creazione di strumenti decisori via via sempre

³⁷ Il riferimento storico, come noto, è a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur cost.*, 1976, I, 1706-1707, dove si legge che, quando la Corte si pronuncia con sentenze manipolative, «dichiarando incostituzionale un'omissione legislativa [...] la sentenza opera qualcosa di simile ad un procedimento di integrazione per ricorso a principi: la norma destinata a colmare la lacuna venendo fatta derivare da un principio generale, o addirittura dalla stessa norma costituzionale violata dalla omissione legislativa. Se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione a rime obbligate. La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore». Fra la sterminata bibliografia sul tema del superamento delle “rime obbligate”, v. per tutti M. RUOTOLO, *Oltre le ‘rime obbligate’?*, in *federalismi.it*, 3/2021, 54 ss. e D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, n. 2/2021, 5 ss. e, da ultimo, ora A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore*, cit., 103 ss.

³⁸ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, 101 ss.; a dire il vero, già nel 2013, C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 105, parlava di «rime obbligate e versi liberi» in relazione alla “manipolazione dei testi”. Non di “versi sciolti”, ma di “rime possibili” (che è lo stesso concetto), parlano anche S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; G. BRUNELLI, *Un'additiva “a rime possibili” in tema di eguaglianza di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Quad. cost.*, 3/2022, 594 ss.; e, da ultimo, A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in *dirittifondamentali.it*, n. 3/2022, 416, ora in AA.VV. *Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa 2024, 21-42.

più innovativi e penetranti (e oggi ormai, parrebbe, definitivamente acquisiti allo strumentario decisorio della Corte e come tali accettati da parte della dottrina).

Nel Cap. II, poi, esamineremo le “nuove” tecniche decisorie e le più recenti tendenze evolutive della giurisprudenza costituzionale, relative ai casi in cui la Corte – pur in presenza di vizi strutturali e insanabili – interviene in ambiti che le erano tradizionalmente preclusi.

3. Il rispetto della discrezionalità del legislatore

Il tradizionale limite del rispetto della discrezionalità legislativa da parte del Giudice costituzionale trova un ancoraggio normativo – come si è già detto – nell’art. 28 della l. 87/1953³⁹.

Tale disposizione preclude alla Corte, appunto, non solo «ogni valutazione di natura politica»⁴⁰, ma anche «ogni sindacato *sull’uso del potere discrezionale* del Parlamento»⁴¹.

Il significato di questa disposizione si comprende appieno se si tiene presente il dibattito svoltosi in sede di Assemblea costituente in relazione alla formulazione dell’art. 134 Cost., con particolare riguardo alla scelta di qualificare il sindacato di costituzionalità delle leggi come un giudizio di “legittimità” (e non di “merito”), evocando categorie concettuali tipiche del diritto amministrativo (con un implicito riferimento al meccanismo di annullamento, da parte del giudice, di un atto amministrativo in contrasto con la legge).

Così, prima di comprendere perché, almeno formalmente, è teoricamente impedito alla Corte ogni sindacato sulla discrezionalità legislativa, forse è opportuno chiarire brevemente il concetto stesso di “discrezionalità”. Per far questo, può essere utile fornirne una definizione facendo anche riferimento al concetto di *discrezionalità amministrativa* e al vizio tipico a questa riconnesso: il c.d. *eccesso di potere*.

³⁹ Sul significato di tale disposizione – molto discussa e criticata fin da subito in dottrina – v. almeno A. TESAURO, *La Corte costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 205 ss.; G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356 ss.; M. S. GIANNINI, *L’illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 61; P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 7 ss., spec. 51; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull’eccesso di potere del legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, Milano 1956, 1045; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 906; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, 224; N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di opportunità delle leggi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, 13 ss., spec. 56; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 358; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull’uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 73 ss.

⁴⁰ Secondo A. PIZZORUSSO (*op. ult. cit.*, 74): tale divieto «non ha una sua autonoma portata normativa, in quanto non fa altro che affermare piuttosto goffamente quanto, circa la natura del controllo di costituzionalità delle leggi, già risultava dall’art. 134 Cost. Precisamente, esso conferma la qualificazione di questo controllo come controllo di legittimità anziché come controllo di merito e come controllo giurisdizionale anziché come controllo politico; di conseguenza, la disposizione in esame nella aggiunge a quanto intorno alla funzione costituzionale già sapevamo per averlo desunto da altre disposizioni legislative e costituzionali, nonché soprattutto dai principi generali relativi alla materia».

⁴¹ *Ibidem*: «la seconda parte della disposizione [...] sembra voler inibire il controllo dell’eccesso di potere, che costituisce invece uno dei possibili vizi di legittimità».

3.1. Una definizione di “discrezionalità”

Un’acuta dottrina osserva che «quando si parla di discrezionalità con riferimento ad un potere, ad un’attività o ad un atto giuridico si intende esprimere una qualificazione in virtù della quale tale potere, tale attività o tale atto viene a trovarsi, per così dire, a metà strada fra una situazione di assoluta vincolatezza all’osservanza di una norma ed una situazione di completa libertà quanto alla determinazione del proprio comportamento. In conseguenza di ciò, al sostantivo “discrezionalità” ed all’aggettivo “discrezionale” corrisponde un concetto a doppio volto, perché talvolta questi termini sono usati per indicare che un potere, un’attività o un atto giuridico non è interamente vincolato ma almeno parzialmente libero, mentre talaltra essi sono invece impiegati per esprimere esattamente l’opposto, cioè che il potere, l’attività o l’atto non è interamente libero, ma è almeno in parte vincolato»⁴².

Potremmo dunque definire il concetto di “discrezionalità” come uno *spazio* necessariamente *residuale* (più o meno ampio) in capo a chi esercita un determinato potere (legislativo, esecutivo-amministrativo, giurisdizionale⁴³).

Se nel diritto amministrativo il fine che l’amministrazione deve perseguire è individuato dalla legge⁴⁴, in relazione alla discrezionalità legislativa sembra sorgere un problema. Infatti, la legge è stata – ed è – considerata tradizionalmente un atto *libero nel fine*. Ciò significa che il

⁴² Così A. PIZZORUSSO (*op. cit.*, 71 e 73), per il quale, in un primo significato, potremmo dunque definire la discrezionalità come una «qualificazione del potere legislativo in base alla quale l’esercizio di esso comporta bensì valutazioni di opportunità, ma queste non sono interamente libere perché necessariamente condizionate al perseguimento di un fine prefissato» e, in un secondo significato, come quel potere che si basa su «un’attività legislativa la quale si svolge *praeter constitutionem*, nell’ambito della quale cioè il legislatore compia valutazioni di opportunità del tutto insuscettibili di essere verificate sotto il profilo della loro conformità ai precetti costituzionali». Al riguardo già M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, 91 ss., che qualificava la discrezionalità (in senso stretto) come un attributo esclusivo della attività amministrativa; v. pure C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1960, 1098 ss.

⁴³ Sebbene la giurisdizione costituisca un’attività profondamente vincolata, in quanto il giudice è «soggetto soltanto alla legge» (art. 101 Cost.) e «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111 Cost.), in realtà è l’ordinamento stesso che riconosce espressamente non trascurabili margini di discrezionalità al giudice nell’esercizio delle sue funzioni in relazione al caso concreto sottoposto al suo esame. Ad es., v. l’art. 116 c.p.c., secondo cui il giudice è chiamato a valutare le prove raccolte nel corso del processo «secondo il suo *prudente apprezzamento*»; oppure v. anche l’art. 132 c.p., secondo cui «Nei limiti fissati dalla legge, *il giudice applica la pena discrezionalmente*; esso deve indicare i motivi che giustificano l’uso di tale *potere discrezionale*». Soprattutto non va dimenticato, infine, che il giudice è soggetto, sì, alla legge, ma “a condizione” che la legge sia rispettosa della Costituzione: cfr. M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge*, Milano 1977. Più in generale, sul potere discrezionale dei giudici v., per tutti, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano 2013.

⁴⁴ Per una definizione del concetto di discrezionalità amministrativa, oltre agli autori già ricordati, fra i moltissimi si segnalano A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 65 ss. e A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, 349 ss. Di recente E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2019, 356-357: «discrezionalità amministrativa è dunque lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell’amministrazione (A. Romano). Questo tipo di discrezionalità, c.d. “pura”, va distinta dalla c.d. discrezionalità tecnica ... [cioè la] possibilità di valutazione che spetta alla amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, e si riduce ad un’attività di giudizio a contenuto scientifico (Giannini), effettuata da chi possiede specifiche competenze tecniche. [...] La scelta discrezionale c.d. “pura” può attenersi a vari profili dell’azione amministrativa, quali il contenuto del provvedimento, la stessa decisione relativa al “se” e al “quando” rilasciarlo, oppure a più profili congiunti e deve essere effettuata alla stregua dell’interesse pubblico che informa l’azione amministrativa, recando il minor pregiudizio agli altri interessi coinvolti».

legislatore dovrebbe godere di una libertà amplissima di determinare *se e quali* fini perseguire, oltre che *come* perseguirli: si tratta di un'implicazione naturale del principio di sovranità popolare. Tuttavia, così come non esiste davvero una "sovranità" in senso stretto (cioè assoluta) lì dove esiste una Costituzione, specularmente non può neppure esistere una "discrezionalità" in senso stretto (cioè *assoluta*) del legislatore. Il limite ultimo da rispettare, *repetita iuvant*, è pur sempre la Costituzione, la quale *informa* di sé tutto l'ordinamento, anche le parti teoricamente più lontane dalla c.d. *materia costituzionale*: basti pensare all'applicazione generalizzata, in *ogni* campo disciplinato dal diritto, del principio costituzionale di uguaglianza. Il "rispetto della Costituzione", poi, si declina in almeno tre modi diversi: un conto è dover rispettare la Costituzione nella realizzazione del fine scelto dal legislatore (ad esempio, senza violare il principio di eguaglianza formale); altra cosa è *dover verificare se quel fine sia costituzionalmente ammissibile*; altra cosa ancora è *dover realizzare un fine direttamente posto dalla Costituzione* (ad esempio, l'eguaglianza sostanziale).

Ad ogni modo, posto che la Costituzione contiene per lo più disposizioni di principio che possono essere attuate in via legislativa in modi diversi (tutti legittimi, se e in quanto rispettosi della Carta), e considerato che esiste uno «spazio costituzionale neutro»⁴⁵, al legislatore residuano, almeno in teoria, notevoli spazi di intervento per disciplinare – o scegliere di *non* disciplinare – moltissime fattispecie. In definitiva, semplificando, forse si può ritenere che sia proprio questa la discrezionalità *del legislatore*.

Di conseguenza – proprio in quanto la legge non è mai un atto totalmente libero nel fine, ma è anche vincolata al rispetto di alcune "finalità generali" (in qualche caso, addirittura semplicemente logico-giuridiche) stabilite dalla Costituzione – può immaginarsi un controllo sul rispetto di tali finalità: sul piano procedurale, come nel diritto amministrativo, il giudice

⁴⁵ V. sent. cost. n. 172/1999 e, in tema, già A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 13 ss., 199 ss. e ID., *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, spec. 380 ss.; ma v. pure, in senso sostanzialmente analogo, già L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 263; A. PIZZORUSSO, *op.cit.*, 73; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova 1995. Da ultimo, cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 133 osservano: «... senza certo negare che genericamente la Costituzione informi di sé tutta la produzione legislativa, ci sembra però che esista pure uno "spazio costituzionale neutro", sottratto, per così dire, al dominio dello stesso costituente, che altrimenti assumerebbe le caratteristiche di un produttore di norme con pretese totalitarie, perché ultrattive e tendenzialmente totalizzanti. L'orientamento qui condiviso – contrario ad una generica funzionalizzazione della produzione legislativa – ovviamente non è senza conseguenze per la determinazione dei vizi delle leggi: infatti, se la legge non è sempre e semplicemente uno strumento di "attuazione" del dettato costituzionale, cresce la libertà del legislatore e si riduce l'area dei vizi». V. pure, ora, in termini diversi ma non confliggenti, Q. CAMERLENGO, *Lo spazio costituzionale: un inquadramento teorico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 49 ss.: «La costituzione formale non esaurisce, monopolizzandola, la funzione assegnata alla "legge fondamentale", che è quella di tutelare i diritti di libertà in una architettura istituzionale retta dal principio della separazione dei poteri. Questa funzione è assolta da un sistema costituzionale, tale perché include una pluralità di elementi eterogenei che, in armonia tra loro, formano una struttura in equilibrio e intrinsecamente coerente. Questo sistema vive in un luogo qualificabile come spazio costituzionale, essendo aperta ad elementi che possono in esso trovare una collocazione o posizione. Lo spazio costituzionale è occupato da materia ed energia. La materia costituzionale include situazioni giuridiche soggettive, rapporti e fatti accomunati dalla condivisa attitudine a recepire la condizione di equilibrio raggiunta nel punto in cui s'incontrano domanda e offerta di costituzione. Questa materia ha una "massa" che definisce il comportamento dinamico degli elementi in essa racchiusi quando sono esposti all'influenza esercitata da forze esterne. Tali forze sono alimentate da energia, la cui fonte principale e qualificante è la coscienza sociale».

verifica la *legittimità* dell'atto sotto il profilo, fra gli altri, della conformità alla fonte superiore⁴⁶. Anche se, com'è noto, le differenze sono molteplici: infatti, se è vero che, in generale, tutte le norme costituzionali sono *limite*, si consideri che: 1) alcune di queste sono principi; 2) alcuni principi operano come limite trasversale (es. eguaglianza formale); 3) altri principi richiedono l'intervento del legislatore in *un* ambito specifico (es. inviolabilità della libertà personale); 4) altri ancora indicano *una finalità* realizzabile in *diversi ambiti* (es. eguaglianza sostanziale). Inoltre, a differenza del diritto amministrativo, dove il fine da perseguire è (tendenzialmente) uno ed è individuato dalla legge, la Costituzione contiene *molteplici finalità* da perseguire, espressione talvolta di principi fra loro potenzialmente contrastanti, dunque sempre da *bilanciare*. In altri termini, non c'è un'unica finalità indicata dalla Costituzione; tutti i principi hanno pari rango e abbisognano di un reciproco bilanciamento: *ex ante* dal legislatore; *ex post*, e solo eventualmente, dalla Corte costituzionale. L'«unico» (per questo, generico) fine costituzionale (come, nel diritto amministrativo, la «tutela dell'interesse pubblico stabilito dalla legge»), sarebbe rinvenibile nella necessità di garantire sempre e comunque il rispetto della dignità umana, sintesi di tutti di principi costituzionali, «punto archimedeo» dell'ordinamento⁴⁷. Il ché potenzialmente legittima, come vedremo, ogni intervento della Corte costituzionale proprio quando rivolto alla tutela di tale principio supremo⁴⁸ che, essendo *meta-* e *super costituzionale*⁴⁹, permette di bilanciare fra loro gli stessi

⁴⁶ È appena il caso di ricordare, accanto ai vizi sostanziali e formali (in caso di violazione di una norma costituzionale sul procedimento di formazione: es.: artt. 70, 72, 79 Cost. ecc.), anche i vizi di incompetenza (configurabili in caso di violazione *indiretta* della Costituzione, per contrasto con un parametro interposto di costituzionalità: es. artt. 76 Cost., 117 c. I e III Cost., 123, ecc.).

⁴⁷ Cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, 85. Chiarisce poi l'A. (riprendendo un concetto già espresso in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 73), che «l'effettività del nucleo dei valori fondamentali che si coagula nella dignità assume la funzione di sostegno esterno dell'ordinamento, fonte di legittimazione della sua validità» (86), implica che la sua «supremazia [...] la innalza a criterio di bilanciamento dei valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzione per effetto di un bilanciamento. Essa, infatti, non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima» (87). In senso conforme: L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007.

⁴⁸ Si consideri la netta (qualcuno direbbe «dirompente») affermazione contenuta nella celebre sent. cost. n. 242/2019 (sul «caso Cappato»): «la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia».

⁴⁹ Cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, n. 3/1991, 343 ss. Sul concetto di dignità umana, com'è noto, la letteratura è ormai sterminata; sia consentito segnalare qui almeno P. HÄBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano 2003, 4 ss.; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli 2008; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore della dignità della persona*, in www.rivistaaic.it, 14.03.2008; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010; R. D. GLENSY, *The right to Dignity*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 65 ss.; V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Loiodice*, Bari 2012, 623 ss.; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli 2012; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino 2018. In prospettiva giusfilosofica, v. soprattutto F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, vol. III, 2006, 2863 ss.; G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Torino 2017 e, da ultimo, P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia 2022. Contra: M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 5 s.: «[...] il richiamo alla dignità umana è fra i meno solidi e più inaffidabili che si possano immaginare. So bene che la retorica che la circonda è diffusa e che si è giunti a

valori costituzionali (affievolendo l'uno ed espandendo l'altro)⁵⁰: la sua concreta declinazione e specificazione avviene sempre, in ultima analisi, ad opera della stessa Corte, chiamata del resto anche a stabilire "cosa" è (non a priori e in astratto ma *di volta in volta* e in concreto) un principio fondamentale o diritto inviolabile⁵¹.

Anche per questo non è sempre agevole distinguere con nettezza il controllo di *legittimità* da quello di *merito*. Il punto di congiunzione tra queste due forme di controllo, plausibilmente, com'è noto, è dato proprio dal sindacato costituzionale sul vizio di "eccesso di potere legislativo".

3.2. I limiti della discrezionalità e i suoi vizi: eccesso di potere legislativo e irragionevolezza

L'oggetto specifico del controllo di costituzionalità sulla discrezionalità legislativa, quindi, è la verifica dell'esistenza del c.d. "eccesso di potere" legislativo. Per il diritto amministrativo (in cui tale concetto è stato storicamente elaborato e... metabolizzato)⁵²,

qualificarla come unico valore costituzionale non bilanciabile. Tuttavia: a) nessun valore costituzionale si sottrae al bilanciamento, per la semplice ragione che non esiste una gerarchia generale dei valori costituzionali (esistono semmai, come ha ben chiarito Antonio Baldassarre, solo plurime gerarchie settoriali nei singoli "campi di attività" disciplinati dalla Costituzione); b) in realtà, il bilanciamento non concerne i valori, perché una volta che sono stati costituzionalizzati, facendosi diritto positivo, essi ormai appartengono al mondo del diritto come principi, privi, in quanto tali, della pretesa assolutistica e "tirannica" che è propria dei valori; c) che la dignità umana sia bilanciabile l'attesta la stessa Costituzione, che ne consente l'aggressione nella forma della sottoposizione a detenzione, che la dignità – senza alcun dubbio – compromette; d) richiamare la dignità destina al conflitto inesauribile, perché le nozioni che ne abbiamo sono plurime (è più "degn" proteggere la vita o permettere che le si ponga fine quando non è più sopportabile? È più "degn" tutelare un retaggio culturale o proibire pratiche che ci ripugnano perché totalmente estranee alla nostra cultura?). L'aggancio alla dignità umana, insomma, non garantisce che si faccia valere alcun preciso limite costituzionale».

⁵⁰ Sul punto specifico, fra i molti, v. spec. A. SPADARO, *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. FERNÁNDEZ SEGADO, Madrid 2003, 169 ss.; ID., voce *Bilanciamento*, per *Enc. fil. Bompiani*, vol. II, Milano 2006, 1261 ss.

⁵¹ Osserva acutamente S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli 2018, 14-15 e *passim*, in relazione al riconoscimento dei "principi fondamentali e diritti inviolabili" idonei, in quanto tali, a porsi quali "controlimiti" nei potenziali conflitti fra Corti costituzionali nazionali e Corti sovranazionali, che «per individuare i controlimiti, si preferisce fare riferimento non tanto ad un generico "nucleo duro" costituzionale, quanto piuttosto alle *ponderazioni fondamentali* di volta in volta rilevanti. In tal modo, si può assumere che nessuna parte della Costituzione sia *aprioristicamente* inidonea a divenire un controlimite, in quanto *tutte* le norme della Carta costituzionale possono essere oggetto di una ponderazione fondamentale: l'apposizione o meno del controlimite da parte della Corte costituzionale si potrà determinare, eventualmente, soltanto a seguito del risultato del bilanciamento».

⁵² In generale, la prossimità concettuale di alcune categorie e istituti del processo amministrativo si spiega con il fatto che, già in sede di Assemblea costituente, lo stesso giudizio di *legittimità* fu modellato sugli schemi della giurisdizione amministrativa la quale – tranne alcune ipotesi tassativamente previste – era strutturata proprio su un giudizio di *legittimità* dell'azione amministrativa teso a verificare la conformità dell'atto amministrativo alla legge, escludendo ogni valutazione sul *merito* dell'atto. Cfr., fra i molti: C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano 1979, 63 ss. e V. ANGIOLINI, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, 1085 ss. Ai nostri fini, si consideri anche che negli stessi lavori dell'Assemblea costituente si face espreso riferimento al concetto di «eccesso di potere nei riguardi della costituzionalità»: v.

l'“eccesso di potere” è «il risvolto patologico della discrezionalità»⁵³, il suo vizio tipico. Accanto ai vizi dell'*incompetenza* e della *violazione di legge*, il vizio dell'*eccesso di potere* (nell'atto amministrativo) è desumibile, come si sa, solo in via ermeneutica, sulla base di diversi indici o “figure sintomatiche”: sviamento di potere, travisamento dei fatti, falsità dei presupposti in virtù dei quali l'atto è stato adottato, carenza o difetto di motivazione, difetto nell'istruttoria, manifesta ingiustizia, disparità di trattamento, ecc.⁵⁴.

L'eccesso di potere legislativo – che, com'è stato notato, presuppone una qualche forma di disegualianza⁵⁵ –, al netto di alcune posizioni teoriche che ne contestano in radice la stessa configurabilità come vizio autonomo⁵⁶, si manifesta oggi principalmente come vizio tipico connesso alla *ragionevolezza* della legge, con il quale tende sostanzialmente a sovrapporsi.

spec. l'intervento dell'On. Ruini, nella seduta pomeridiana del 28 novembre 1947, in *Atti Assemblea costituente*, 2637. Sul punto specifico anche G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387-388.

⁵³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 543. Sull'eccesso di potere nel diritto amministrativo, v. anche E. CARDI - S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino 2012. Il rapporto tra discrezionalità legislativa ed eccesso di potere legislativo è evidenziato da A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 72: «il termine discrezionalità è stato usato con riferimento all'attività legislativa muovendo dal presupposto che il legislatore sia tenuto, almeno in certi casi, al perseguimento di fini stabiliti da norme costituzionali o interposte, così come l'attività amministrativa è tenuta al perseguimento dell'interesse pubblico quale risulta determinato dalla legge, e che si possa individuare un vizio di eccesso di potere legislativo (inteso come sviamento di potere) avente caratteristiche analoghe a quelle del corrispondente vizio dell'atto amministrativo».

⁵⁴ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 543 ss. In particolare, tale vizio sussiste quando «la facoltà di scelta spettante all'amministrazione non è correttamente esercitata [...] e [...] nasce dalla violazione di quelle prescrizioni che presiedono allo svolgimento della funzione — alla quale va rapportata la discrezionalità — che non sono ravvisabili in via preventiva e astratta. Tali regole si sostanziano nel principio di logicità-congruità applicato al caso concreto e la loro violazione è evidenziata dal giudice amministrativo in occasione appunto del sindacato dell'eccesso di potere. Il giudizio di logicità-congruità va effettuato tenendo conto dell'interesse primario da perseguire, degli interessi secondari coinvolti e della situazione di fatto». Naturalmente, trattandosi di figure sintomatiche di elaborazione giurisprudenziale, queste non rappresentano un numero chiuso. Sulla figura dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo, v. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, 1 ss., poi in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900, 249 ss., ripubbl. in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. (I parte) e 2927 ss. (II parte); F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano 2006, 991 ss.; F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli 1963; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano 1968; O. ABBAMONTE., *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. Amm.*, 1986; P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano 1988, I, 583 ss. Da ultimo, in prospettiva comparata, S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino 2019.

⁵⁵ P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giur. cost.*, 1958, 1245, «[il principio di uguaglianza] imporrà sempre, al sovrano organo di giustizia costituzionale, il controllo del buon uso del potere discrezionale da parte del legislatore [...] per cui potranno essere annullate per *eccesso di potere legislativo* tutte le leggi che violino in *concreto* (e ciò apparirà da fattispecie sintomatiche quali, ad. es., il travisamento dei fatti e la manifesta contraddizione) il principio di eguaglianza»; v. anche G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. cost.*, 1989, 653 ss.; da ultimo, sulla difficoltà a distinguere tra eccesso di potere legislativo e irragionevolezza, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 150.

⁵⁶ L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'“utilità delle leggi”*, in *Giur. cost.*, 1964, I, 144 ss. e ID., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano 1965, in particolare 188-195 e 202-204; G. MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, ma soprattutto G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 421, per il quale «il rapporto tra fine costituzionale e legge non è rappresentabile in termini concettualmente analoghi a quello intercorrente tra interesse pubblico e

In questa sede non è possibile indagare *funditus* sul tema del sindacato costituzionale sulla ragionevolezza delle leggi, su cui peraltro moltissimo è già stato detto⁵⁷. Basti rilevare, qui ed in breve, come la discrezionalità legislativa incontri un primo limite, appunto, non solo nel necessario rispetto delle fonti superiori ma anche nella semplice “ragionevolezza” della legge, intesa quantomeno – e in prima battuta – come sua *razionalità* (che si esprime anche come idoneità dei mezzi predisposti rispetto al fine prefissato), o *non illogicità*, dunque “non arbitrarietà”⁵⁸ (ma v. subito *infra* per ulteriori specificazioni). Si noti, però, come del termine “ragionevolezza” si faccia un utilizzo ormai tendenzialmente omnicomprensivo nella giurisprudenza della Corte, risultando ormai un concetto-ombrello sotto cui ricondurre molteplici e diverse tecniche argomentative.

Ad ogni modo, quantomeno a partire dalla sent. cost. n. 1130/1988⁵⁹, è evidente che il controllo sull’eccesso di potere legislativo avvicina sempre di più il sindacato di *legittimità* a quello di *merito*⁶⁰.

atto amministrativo; che conseguentemente il cosiddetto eccesso di potere legislativo non guadagna autonomia come vizio della legge; che infine la sovrapposizione delle forme di sindacato ad esso relative con le verifiche di ragionevolezza è teoricamente e praticamente inattuabile».

⁵⁷ Sul controllo di ragionevolezza la bibliografia è sterminata. V. almeno: C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1973; A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975, 561 ss.; R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1985 (trad. it. a cura di L. Di Carlo, R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012); P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del Seminario (Roma, 13-14 ottobre 1992)*, Milano 1994; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano 1997; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino 1997, 341 ss.; O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; M. LA TORRE - A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002; S. PAJNO e G. VERDE (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Tra ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario*, a cura di, Torino 2004; L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, op. cit.; ID., *Ragione e ragionevolezza*, con appendice di F. MODUGNO e A. LONGO, Napoli 2009; M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli 2012; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 12 novembre 2013.

⁵⁸ O, quantomeno, come «apparenza della non arbitrarietà» o «verosimile compatibilità con lo “spirito” della Costituzione»: così A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. cit.*, 143 s.

⁵⁹ In questa pronuncia, dove forse per la prima volta sono delineati i canoni tipici del giudizio di ragionevolezza, si legge che tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti». Pertanto, come si legge anche nella sent. cost. n. 1/2014, lo scrutinio di ragionevolezza impone alla Corte di verificare che «il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale».

⁶⁰ Come nota A. SPADARO, *Una declaratoria d’infondatezza fra valutazione di merito e controllo sulla ragionevolezza (sul problema del personale e dei contributi messi a disposizione dei gruppi consiliari)*, in *Nomos*, 1989, 107 ss., in quella sentenza la Corte afferma che «le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati nel sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest’ultimo le regole o gli interessi che debbono essere assunti come parametro sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione». Quindi, secondo l’A., «può arguirsi che il vizio di eccesso di potere legislativo tende ad identificarsi con il controllo, non tanto sul merito in senso stretto, quanto “sui metodi o criteri” adottati dal legislatore per

A questo punto, se consideriamo anche tutti gli altri già ricordati “tipi” di legge esistenti nella gerarchia delle fonti fra la legge ordinaria e la Costituzione, possiamo delineare un quadro sintetico dei limiti che incontra la discrezionalità legislativa, in ragione del “tipo” di legge e del suo contenuto. Premesso che, in generale, il problema della ragionevolezza riguarda *tutti gli atti legislativi* (oltre che sub-legislativi) e *sovra-legislativi* (anche una legge costituzionale, infatti, può essere irragionevole), il limite alla discrezionalità legislativa, dunque, sembra essere:

- per le leggi costituzionali e di revisione costituzionale ex art. 138 Cost., soltanto il rispetto del c.d. *nucleo duro costituzionale* (principi fondamentali e diritti inviolabili): non esiste, infatti, un potere discrezionale assoluto di revisione costituzionale⁶¹;
- per le leggi a contenuto costituzionale vincolato e per le leggi costituzionalmente obbligatorie (o necessarie)⁶², tutte le disposizioni costituzionali interessate: alcune leggi, infatti, *devono* esserci e una loro omissione sarebbe incostituzionale; inoltre, alcune di queste devono addirittura avere un contenuto necessariamente univoco e predeterminato nei suoi tratti fondamentali;
- per le leggi di attuazione della Costituzione⁶³ e per le leggi (in generale), il limite è non solo la Costituzione, ma anche un criterio intrinseco di *razionalità/coerenza* e un criterio estrinseco di *ragionevolezza*⁶⁴: tutte le leggi devono quindi non solo rispettare la Costituzione, ma il loro contenuto – anche se può essere il più vario – non può mai essere arbitrario/irrazionale e nemmeno irragionevole.

arrivare alla produzione della legge, ciò che senz’altro “avvicina” l’interpretazione giuridica del nostro tribunale costituzionale al giudizio di merito».

⁶¹ Come si sa, «il concetto di “nucleo duro” della Costituzione – che in parte è nazionale (del singolo ordinamento) e in parte universale (comune a tutti gli ordinamenti liberaldemocratici e personalisti) – tende a coincidere con il limite *sostanziale esplicito* posto alla revisione costituzionale dall’art. 139 (la «forma repubblicana dello Stato»), da leggersi a copertura generale del principio democratico e dei diritti di libertà. Si accenna così ai c.d. *principi supremi* intangibili, e dunque irrevisionabili». Tale concetto coincide, dunque, con i «principi fondamentali e diritti inalienabili della persona umana» e «principi supremi dell’ordinamento costituzionale», i quali hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale», secondo la notissima sent. n. 1146/1988. Il nucleo duro costituzionale, così definito, costituisce dunque «un “controlimito” anche per fonti *esterne* all’ordinamento italiano: segnatamente le fonti *comunitarie*, o come forse è meglio dire *eurounitarie*, e le *consuetudini internazionali* (su quest’ultimo punto cfr. sent. n. 238/2014)»: così, per tutti, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 7.

⁶² Più precisamente, le prime costituirebbero «le uniche vie percorribili per attuare la Costituzione»: il legislatore non può che adottare la legge con quel determinato contenuto (v. sent. n. 16/1978). Le seconde, invece, in quanto indispensabili «per l’esistenza e/o la funzionalità di un organo o di un potere dello Stato», devono necessariamente “esserci”, anche se il contenuto può essere vario: sarebbe incostituzionale tanto una loro abrogazione integrale o un’omissione legislativa (v. sent. n. 12/2004). Si tratta, ad es., di leggi elettorali, leggi per l’elezione dei membri del CSM o della Corte costituzionale, ecc.

⁶³ Si tratta di leggi che hanno per oggetto la materia costituzionale, il cui scopo è quello di rendere possibile la concreta realizzazione dei valori costituzionalmente protetti, sebbene la loro esistenza “non è indispensabile”.

⁶⁴ «Il canone di *coerenza/razionalità* non coincide esattamente con quello di *ragionevolezza*: una legge potrebbe essere *razionale*, ma ciò non significa che essa sia necessariamente anche *ragionevole*. Nel primo caso l’approccio pare quello della certezza (e della logica tradizionale), nel secondo quello della probabilità (e della prudenza sapienziale)» (così A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 153), trattandosi, nel primo caso, di un sindacato *intrinseco* alla luce di un *tertium comparationis*; nel secondo caso, di un sindacato *estrinseco*, che richiede pertanto il riferimento al complesso dei valori desumibili dalla Costituzione e al bilanciamento tra valori costituzionali.

Se a questo quadro aggiungiamo poi anche il necessario rispetto, da parte del legislatore, «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario⁶⁵ e dagli obblighi internazionali» (art. 117, comma 1, Cost.), ben si comprende come la discrezionalità del legislatore *italiano* sia ormai fortemente limitata, con ciò relativizzandosi la portata del “problema”. Si vedrà poi, *infra*, un riscontro empirico nella giurisprudenza costituzionale dal punto di vista qualitativo e quantitativo.

Ad ogni modo, però, vale ancora la pena di chiedersi se e in quali casi – n.b.: in questi *spazi residuali* lasciati al legislatore interno – la discrezionalità legislativa resista come sfera davvero intangibile dinanzi al controllo di costituzionalità. Purtroppo (o per fortuna, a seconda del punto di vista), guardando alla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, il “muro” della discrezionalità del legislatore – oltre ad essere sempre meno insormontabile – sembra mostrare diverse crepe. Fuor di metafora, si assiste a un processo di erosione degli spazi riservati alla discrezionalità legislativa a partire (almeno) dal 2016, con l'inaugurazione di una nuova stagione di “ri-accentramento” della giustizia costituzionale⁶⁶ che ha portato, fra l'altro, al superamento della dottrina crisafulliana delle “rime obbligate”, anche quando si tratti di omissioni legislative⁶⁷. Ma di questo ci occuperemo specificatamente nel Cap. II, cui si rimanda.

Per il momento – rimanendo nell'ambito dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, punto di partenza della presente indagine – resta da soffermarsi sui casi in cui la Corte costituzionale è *ancora* “costretta” ad attestare la propria impossibilità nel procedere a un esame nel merito della questione, per verificare se esistano delle caratteristiche comuni e ricorrenti in questo tipo di decisioni, indagando anche se tale tipo di pronunce interessi particolarmente determinate materie.

Nonostante la Corte sembra aver ormai definitivamente superato ogni “tabù” in relazione alla possibilità di pronunciarsi anche laddove non vi sia un'unica soluzione costituzionalmente imposta (indicando essa stessa la soluzione costituzionalmente “adeguata”)⁶⁸, cionondimeno *continua* sovente a dichiarare l'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, rischiando di sembrare incoerente: infatti, se la Corte si è auto-attribuita il potere di superare le rime obbligate, ci si aspetterebbe che lo faccia sempre, ma,

⁶⁵ In relazione ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, v. la sent. n. 110/2014 dove si parla espressamente del legislatore *italiano* il quale «... esercita la discrezionalità *consentita* dall'ordinamento europeo» (mio il corsivo)!

⁶⁶ Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit. Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche, v. *infra*, Cap. II.

⁶⁷ Ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza costituzionale inaugurata con il “caso Cappato/Antoniani” (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019), che più avanti sarà analizzato diffusamente. Sul concetto di “rime obbligate”, di matrice crisafulliana, v. quanto osserva A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 88 s.: «qualora lo soluzione da adottare per eliminare il vizio sia una ed una sola non vi è alcun dubbio che la Corte avvia il potere e il dovere di adottarla formulando un dispositivo adeguato a modificare corrispondentemente il diritto vigente, ma la situazione si presenta assai diversa quando le soluzioni possibili per sostituire la disciplina incostituzionale sono più di una; infatti, [...] nei confronti del potere discrezionale già esercitato dal legislatore, [...] è da ritenere che il compimento di una tale scelta rientri comunque, se non altro per analogia, nel divieto di cui all'art. 28 della legge 11 marzo 1953 n. 87, come risulta particolarmente chiaro nei casi in cui esso si risolve in un controllo sulle omissioni del legislatore».

⁶⁸ Soluzione che, a ben vedere, ben potrebbe essere indicata dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione sotto forma di *tertium*.

come vedremo nel Cap. II, così, non è. Talvolta – ed è davvero singolare – questa apparente incoerenza si rintraccia nella medesima pronuncia: v., per esempio, Corte cost. nn. 180-183/2022 (pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa con monito al legislatore di intervenire, pena una futura probabile declaratoria di incostituzionalità, dove si legge – in entrambe – che «questa Corte non può conclusivamente esimersi dal segnalare che un ulteriore protrarsi dell’inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte»)⁶⁹.

In altri termini, sembra che siano gli stessi giudici di Palazzo della Consulta a decidere se e quando intervenire: per questo motivo, in dottrina v’è chi ha affermato che «è la Corte, e solo la Corte, che decide non solo quando esiste la *discrezionalità del legislatore*, ma anche *quando* essa va rispettata e quando, invece, ignorata permettendo di far decidere a lei stessa *quale* sia la norma mancante»⁷⁰.

Al fine di far luce su queste (apparenti) discrasie, prenderò dunque adesso in considerazione solo i casi in cui la Corte si pronuncia con una *inammissibilità* per rispetto della discrezionalità del legislatore, in modo da individuare le ragioni di un esame che entri – anche formalmente – nel merito della questione, talvolta accertando ma non dichiarando l’incostituzionalità della norma indubbiata proprio perché, mancando un’unica soluzione costituzionalmente imposta, l’individuazione di quest’ultima è demandata alle scelte discrezionali del legislatore⁷¹ (es. ordd. nn. 23/2013, 120-151-200/2021).

⁶⁹ Cfr. R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2022, 73-76: «La Corte, con le odierne pronunce, prospetta la possibilità (o meglio: la necessità) di un suo futuro intervento di carattere ricostruttivo nel momento stesso, tuttavia, in cui argomenta, e con dovizia di particolari, la sua (giuridica) impraticabilità. L’incoerenza delle motivazioni sviluppate, al riguardo, dal giudice delle leggi non passa inosservata: da un lato, infatti, si afferma a chiare lettere – per fare solo un esempio – non soltanto che la materia investita dalla *quaestio legitimitatis* “non può che essere rivista in termini complessivi”, ma anche che a “ognuna delle scelte ipotizzabili corrispondono [...] differenti opzioni di politica legislativa” sicché “si profilano [...] ineludibili valutazioni discrezionali, che, proprio perché investono il rapporto tra mezzi e fine, non possono competere a questa Corte”; dall’altro, però, poche righe dopo, nel caso del protrarsi dell’inerzia del legislatore, si minaccia un intervento diretto da parte dell’organo di giustizia costituzionale, “nonostante le difficoltà qui descritte” (tutte le frasi riportate tra virgolette si leggono nel punto 7 del *Cons. dir.* della sent. n. 183/2022). Senonché, a me pare, delle due l’una: o si tratta semplicemente di “difficoltà”, come tali (e per definizione) superabili, ed allora non si capisce per quale motivo la Corte rinunci all’adozione di una pronuncia di carattere manipolativo, negando, in tal modo, giustizia costituzionale a chi aveva ottenuto, viceversa, nella parte motiva della pronuncia di inammissibilità, un pieno riconoscimento della fondatezza (attuale, si noti) delle sue ragioni; oppure si tratta di un intervento (giuridicamente) “impossibile”, in quanto estraneo alle funzioni che la Costituzione o le leggi assegnano al custode della legalità costituzionale, ed allora il monito si risolve in un *bluff*, dato che la Corte, in realtà, non potrà risolvere in prima persona la questione sottoposta al suo sindacato nonostante il mancato attivarsi del decisore politico».

⁷⁰ A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore*, cit., 127.

⁷¹ Con le sentenze di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”, la Corte «riconosce chiaramente – nella motivazione – l’incostituzionalità della normativa; tuttavia, fa un salto logico e invece – nel dispositivo – non annulla la legge, sia pure «per il momento», in ragione di un bilanciamento fra valori costituzionali», talora «addirittura con soluzioni alternative equivalenti: ord. n. 23/2013»: cit. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 227.

3.3. Le forme della discrezionalità legislativa [d. “pura” e d. “tecnica”] e il loro sindacato

Come si accennava *supra*, analizzando la giurisprudenza costituzionale⁷², sembrano potersi distinguere due ipotesi ben diverse: quando la Corte *non può* decidere (per vizi derivanti da cause non solo formali, ma anche sostanziali) e quando, invece, sembra in realtà che essa *non voglia* decidere. Concentrerò adesso la mia attenzione sulle singole pronunce, in base alle loro caratteristiche ricorrenti, al loro contenuto e in special modo alle motivazioni adottate, nonché all’ambito materiale di riferimento (n.b.: sempre nel quadro del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale).

Ora, s’è detto nei paragrafi precedenti che il concetto di *discrezionalità* legislativa, non potendosi/dovendosi confondere con l’*arbitrio*, è quantomeno ambivalente, presupponendosi almeno due “forme” di discrezionalità: come attività sostanzialmente libera o come attività parzialmente vincolata. Il riconoscimento di queste due forme di discrezionalità coesiste nelle pronunce costituzionali, che ora danno rilievo a un aspetto, ora all’altro. In particolar modo, l’analisi delle pronunce della Corte consente di ricostruire le forme della discrezionalità legislativa, distinguendole anche in un altro modo: una discrezionalità legislativa che potremmo definire “pura” e una discrezionalità legislativa “tecnica”. Il richiamo alle note categorie amministrativistiche di “discrezionalità pura” e “discrezionalità tecnica” è intenzionale, anche se meramente evocativo, non essendo ovviamente sovrapponibili né i relativi concetti né, tantomeno, potendosi sovrapporre il sindacato di costituzionalità a quello amministrativo (anche se il primo è stato concettualmente elaborato avendo, come modello di riferimento, proprio il secondo).

Al di là di ogni speculazione astratta e teorica, tentare di distinguere queste due forme di discrezionalità può essere utile anche per comprendere *praticamente* il tipo di sindacato esercitato dalla Corte e quindi, induttivamente, ricostruire il concetto generale di “discrezionalità legislativa”, così da individuare meglio sia i limiti che incontra la Corte, sia quelli che incontra il legislatore medesimo.

La discrezionalità legislativa “pura” potrebbe essere definita come quella forma di esercizio del potere discrezionale del Parlamento relativa, in particolare, al momento della *individuazione* degli interessi costituzionalmente rilevanti e meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, a seguito di un’attività di ponderazione e bilanciamento fra gli stessi⁷³, tenuto conto dei *fini* che il legislatore intende perseguire (i quali, ovviamente, devono essere costituzionalmente ammissibili). In altri termini, dunque, la discrezionalità pura attiene al

⁷² Dal punto di vista metodologico, ho condotto la mia ricerca utilizzando sia il motore di ricerca presente sul sito internet della Corte costituzionale italiana (cercando lemmi come “discrezionalità legislativa”, o discrezionalità “del legislatore”, “del Parlamento”, “del potere politico”; “eccesso di potere legislativo”, “opportunità politica”, “politica legislativa”, “potere discrezionale del Parlamento”, “pluralità di/delle soluzioni”, “questione politica”, “rime obbligate”, ecc.), sia cercando questi stessi lemmi nelle *Relazioni annuali sulla giurisprudenza della Corte costituzionale*, pubblicate annualmente – almeno dal 2009 – sul sito internet della Consulta, insieme ai *Dati quantitativi e di analisi* e alla *Relazioni annuali dei Presidenti*.

⁷³ Ciò accade soprattutto in un settore, «quello di scelte di politica criminale, caratterizzato oltretutto da una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al *bilanciamento dei diversi interessi contrapposti*» (ord. n. 223/2014; mio il corsivo).

momento della individuazione degli interessi (“cosa”) da tutelare e delle finalità sottese (“perché”). L’altra forma di discrezionalità, che potremmo definire “tecnica”, si riferisce in particolare alle forme e alle concrete modalità operative con cui l’interesse, (già) individuato dal legislatore, viene tutelato (“come”)⁷⁴.

Propongo un esempio. Nell’esercizio della discrezionalità legislativa *pura*, il legislatore può, fra le altre cose, stabilire quali condotte assumono rilevanza penale e così creare nuove figure di reato. La determinazione della qualità e quantità della pena avviene sì, contestualmente, nella stessa disposizione – quando non è contenuta anche in disposizioni diverse – ma comunque in un momento logicamente solo successivo: *prima* il legislatore stabilisce *quale* condotta costituisce reato (il fatto punibile), e solo *dopo* stabilisce *come* e *quanto* punirlo, e cioè se con la reclusione o con l’arresto, con una cornice edittale più o meno severa (la sanzione che consegue alla commissione del fatto). Così, se è vero che la Corte non può mai introdurre norme penali, essendo ciò riservato esclusivamente al legislatore (anche in forza della riserva di legge assoluta di cui all’art. 25 Cost.), una volta che il legislatore introduce una determinata figura di reato, è vero pure che *per il resto* il sindacato della Corte si riepande⁷⁵.

Questo accade perché, a ben vedere, si tratta di due valutazioni diverse compiute dal legislatore. Se nel primo caso il legislatore gode di una discrezionalità piuttosto ampia (individuando *se* e *quale* valore tutelare e *perché*), nel secondo caso la discrezionalità delle scelte sanzionatorie (cioè *come* tutelare il valore individuato) è più limitata perché incontra come limite la *ragionevolezza* delle scelte adottate: sia sotto il profilo dell’idoneità rispetto allo “scopo” della norma medesima, sia sotto il profilo della legittimità della norma rispetto all’intero “sistema”, alla luce del bilanciamento fra interessi contrapposti ed espressione di principi costituzionali di pari rango (nel nostro esempio, tutela dei beni della vita e funzione general-preventiva del reato e della pena, da un lato; libertà personale e principio di legalità, dall’altro lato).

A livello pratico, la scomposizione della discrezionalità legislativa in due momenti distinti ci consente di individuare due possibili e diverse forme di sindacato della Corte costituzionale. Infatti, a ben vedere, nel primo caso (discrezionalità legislativa *pura*), aumenta lo spazio discrezionale del legislatore e correlativamente si riduce lo spazio per un sindacato

⁷⁴ Sul concetto di discrezionalità tecnica nel diritto amministrativo, v., per tutti, P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica* (voce), in *Dig. disc. pubb., Aggiornamento*, Torino 2010, 146-180: «L’espressione “discrezionalità tecnica” indica il margine di apprezzamento che caratterizza alcune scelte della pubblica amministrazione contenenti giudizi complessi ed adottate sulla base dei canoni specialistici del settore di riferimento. [...] Il tema si pone all’interno della più ampia relazione tra diritto e tecnica, che risulta problematica soprattutto quando l’ordinamento fa riferimento (o presuppone) fatti o condizioni da apprezzare o verificare mediante giudizi complessi ed attraverso procedimenti e regole specialistiche (medicina, storia dell’arte, ingegneria, psicologia, ecc.); si pensi alla valutazione dell’interesse storico-artistico di un bene, ai fini dell’imposizione del relativo vincolo, al riconoscimento del nesso di causalità tra malattia e servizio svolto, ai fini dell’equo indennizzo, alla sicurezza di un prodotto o alla pericolosità di una sostanza, in vista della relativa commercializzazione, ecc. Ipotesi in cui la complessità e l’incertezza, insite nell’indagine scientifica e nell’evoluzione della tecnica, si traducono in gravi difficoltà delle scelte pubbliche e del sindacato giurisdizionale».

⁷⁵ Invero e del tutto in astratto, nemmeno può escludersi che la Corte addirittura possa contestare, in sé, la legittimità costituzionale della libera scelta del legislatore di considerare come reato un certo comportamento. Ma, per la sua eccezionalità, davvero qui l’ipotesi sembra di scuola.

della Corte; nel secondo caso (discrezionalità legislativa *tecnica*), all'opposto, il legislatore è sottoposto a vincoli maggiori e quindi il sindacato della Corte è più ampio, traducendosi spesso in sindacato sulle «lacune tecniche»⁷⁶. Più nel dettaglio, nel primo caso la Corte eserciterà un sindacato *estrinseco* di ragionevolezza, volto al controllo sul *bilanciamento* tra i diversi principi costituzionali e interessi meritevoli di tutela operato dal legislatore alla luce dell'*intero ordinamento*. Nel secondo caso, invece, la Corte opererà un sindacato *intrinseco* di ragionevolezza, volto al controllo della proporzionalità e della razionalità/coerenza della norma, alla luce anche delle altre norme presenti nel *settore legislativo di riferimento*⁷⁷.

Nel primo caso (da non escludersi, ma improbabile), si chiede alla Corte un controllo “verticale” piuttosto penetrante e molto vicino al merito, e quindi potenzialmente controverso e per questo meno frequente nella prassi; infatti, nelle fattispecie considerate, la Corte tende a dichiarare o l'infondatezza della questione (ove, a suo avviso, ne ricorrano i presupposti) o – quando non può accogliere la q.l.c. – appunto un'inammissibilità per discrezionalità legislativa. La Corte comunque non può mai introdurre o configurare nuovi reati⁷⁸, nuovi tributi, o riscrivere interamente la disciplina di un dato settore normativo (implicando, quindi, novità di sistema: v. subito *infra*)⁷⁹. Così almeno *dovrebbe* essere. Parimenti e conseguentemente, tende

⁷⁶ Il riferimento è a N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1963, 187 ss., ripreso (nel testo di seguito, fra virgolette) da V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, 1121 ss., la quale però nega che la Corte abbia questo più ampio potere: «In tutte e tre i casi le Regioni ricorrenti lamentano l'incompletezza dell'ordinamento giuridico, l'esservi una disposizione di meno [...]. Non si è tanto in presenza di una lacuna normativa (nel senso di “mancanza di una norma certa”, ove la disposizione c'è ma è suscettibile di possibilità applicative diverse), o di una lacuna assiologica (nel senso di “mancanza di una norma adeguata (o opportuna o soddisfacente o giusta)”, ove la norma certa esiste, ma non è quella – diremmo noi – costituzionalmente corretta): queste sono “deficienze o imperfezioni di un ordinamento giuridico preso nel suo complesso, che dipendono da un vuoto che si apre oltre la legge”. Piuttosto si è in presenza di una lacuna tecnica, ossia di un “vuoto [che si apre] all'interno di una norma”, disvelando “l'incompletezza non già dell'ordinamento, ma di una singola norma”. Ciò si verifica quando le disposizioni enunciano soltanto dei principi generali e non anche le modalità di applicazione di quei principi, oppure indicano il fine ultimo da raggiungere e non anche i mezzi necessari per raggiungerlo. Un esempio [...] può essere quello da cui la sequenza di decisioni costituzionali ha preso le mosse: la legge statale prevede (o, meglio, come si è visto, la Corte le attribuisce il significato che essa preveda) il dovere dello Stato di attribuire le risorse necessarie all'assolvimento di determinate funzioni (il principio), ma non disciplina le modalità né la quantificazione di quell'allocazione (la regola). [...] Per quanto la Corte intuisca l'incostituzionalità della assenza di una disposizione allocativa e si sforzi, conseguentemente, di censurare il comportamento omissivo del legislatore statale, non può spingersi fino a colmare direttamente quel vuoto».

⁷⁷ Sui concetti di sindacato “estrinseco” ed “intrinseco”, per primi A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 153. Per approfondimenti specifici sul tipo di sindacato nel diritto amministrativo, v. però G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino 1990.

⁷⁸ Al massimo potrebbe – forse, e si sottolinea *forse* – “cancellare” un reato, ma valutando solo discrezionalità tecnica, ossia la mancanza di adeguata “proporzionalità” fra la sanzione (*penale*) prevista dal legislatore e altri analoghi comportamenti sanzionati per esempio solo sul piano *amministrativo*.

⁷⁹ Nel caso di richiesti interventi additivi implicanti novità di sistema, l'inammissibilità è sempre manifesta ed è dichiarata con ordinanza. Ad esempio, nell'ord. n. 46/2016, in tema di fallimento e procedure concorsuali, si legge che «l'auspicata pronuncia additiva presenta un carattere non obbligato e addirittura sostanzialmente creativo; [...] infatti, l'obiettivo del mutamento del *nomen iuris* dell'istituto *de quo*, che il rimettente si propone di conseguire attraverso l'incidente di costituzionalità, seppur apprezzabile nella prospettiva di una più sensibile attenzione al valore della dignità della persona, presuppone, comunque, una valutazione, in ordine alla denominazione più appropriata di aspetti pertinenti alla disciplina del fallimento, certamente eccentrica rispetto ai poteri del Giudice delle leggi ed attinente invece al *proprium* delle scelte riservate al legislatore». Parimenti interessante è l'ord. n. 53/2016, in tema di società di capitali e cooperative, dove la Corte afferma di non

a declinare la propria “competenza” dinanzi a questioni politicamente sensibili (sentt. nn. 84/2016 e 32-33/2021, *infra* approfondite).

Nel secondo caso, il controllo della Corte è invece “orizzontale” ed è più esteso perché ha dei “precisi punti di riferimento” rappresentati dai *tertia comparationis* del settore legislativo di riferimento ed è ciò che – forse discutibilmente ma logicamente – le consente di individuare, fra le molte, *una* soluzione che sia «costituzionalmente adeguata», benché non «imposta»⁸⁰. Qui è relativamente più semplice pronunciarsi con un accoglimento della questione, perché è più semplice raffrontare le grandezze già esistenti individuate dal legislatore, di talché l’irragionevolezza di una norma può risultare più facilmente e, nella prassi, più frequentemente.

In tutti gli altri casi, se alla Corte viene richiesto, in assenza di rime obbligate, un intervento additivo/creativo o fortemente manipolativo volto ad individuare *una* fra le molteplici soluzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione, essa tende (o almeno così pare) a sottrarsi al sindacato. Nelle situazioni testé indicate sembra dunque che si tratti di materie/discipline/argomenti che, in fondo, non interessino la Corte perché non è possibile ricondurle/i in alcun modo alla *materia costituzionale*, per quanto indefinito sia questo concetto, se non sotto il profilo strettamente logico-giuridico di quella che qui si è chiamata “discrezionalità tecnica”. In questi casi, non vi è alcuna soluzione costituzionalmente obbligata – e quindi la Corte perviene a pronunce di inammissibilità – plausibilmente perché le questioni considerate non hanno (non paiono avere) un reale “tono costituzionale”⁸¹, sebbene – beninteso – la Costituzione informi di sé tutto l’ordinamento: ed è per questo che non esistono – né possono esistere – “zone franche” sottratte al controllo di costituzionalità⁸². Forse è anche questo (quello privo di “tono”) lo *spazio costituzionale neutro* di cui si è detto *supra*.

poter incidere «sulla scelta di politica legislativa sottesa alla riforma, in una materia la cui conformazione è riservata alla ampia discrezionalità del legislatore col solo limite [...] della manifesta irragionevolezza». Infine, vedasi l’ord. n. 227/2016, in tema di assetto organizzativo delle commissioni tributarie: qui si legge che «i richiasti interventi - caratterizzati da un grado di creatività e manipolatività tanto elevato da investire non singole disposizioni o il congiunto operare di alcune di esse ma un intero sistema di norme - sono estranei alla giustizia costituzionale, poiché eccedono i poteri della Corte e implicano scelte affidate alla discrezionalità del legislatore».

⁸⁰ In questi casi, la Corte afferma ormai che «non può essere di ostacolo all’esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l’assenza di un’unica soluzione a “rime obbligate” per ricondurre l’ordinamento al rispetto della Costituzione, ancorché si versi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore» (sent. n. 62/2022). Ma, per approfondimenti, si rinvia ancora al Cap. II.

⁸¹ Espressione coniata (sebbene nel diverso contesto dei conflitti di attribuzione interorganici) da C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di ‘potere’ e di ‘conflitto’ nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 112 ss.

⁸² Se possono esistere delle “zone d’ombra” del giudizio di costituzionalità (in cui cioè è difficile l’accesso alla giustizia costituzionale), sono però da escludere «zone franche sfuggenti a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale» (sent. n. 10/2016), ribadendo, più recentemente, che «è necessario evitare zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale, tanto più ove siano coinvolti i diritti fondamentali e il principio di eguaglianza, che incarna il modo di essere di tali diritti» (sent. n. 63/2021). Sulle “zone d’ombra” v., fra gli altri: AA.VV., *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, I, a cura di R. Pinaridi, Torino 2007 e, II, *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007; M. MASSA, *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell’esecutivo*, in www.astridonline, 13/2010; A. PIZZORUSSO, “Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in AA.VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D’Atena, Milano 2012, 1021 ss.; P. ZICCHITTU, *Le ‘zone franche’ del potere legislativo*, Torino 2017; R. BIN, *Chi è responsabile delle*

L'aspetto paradossale di questo modo di "procedere", come si accennava, consiste nella circostanza per cui la Corte – pur essendosi auto-attribuita la competenza a scegliere, fra una pluralità di soluzioni, quella costituzionalmente *adeguata*, benché non *obbligata* – sembra percorrere questa strada soltanto in alcuni casi, apparentemente senza criteri chiari e predefiniti. In tali situazioni, il giudice costituzionale si limita ad affermare genericamente che «la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia» (sent. n. 242/2019). Ed è per questo motivo che ci proponiamo di individuare e quindi introdurre, in prospettiva di riforma, proprio i criteri di cui oggi la Corte sembra non disporre (si rimanda pertanto al Cap. III).

3.4. L'analisi della giurisprudenza: dati qualitativi e quantitativi

Posto che, almeno dal 2016, sembra prendere forma una stagione di "attivismo" o (detto con espressione più deferente verso la Corte) di "ri-accentramento"⁸³ della giustizia costituzionale italiana, è opportuno focalizzare l'analisi essenzialmente sulle più recenti tendenze giurisprudenziali in cui la Corte sembra aver fatto un salto di qualità nella sua attività di «rendere giustizia costituzionale»⁸⁴.

In particolare, è proprio in questa "stagione" che, fra gli altri salti evolutivi⁸⁵, si consolida il superamento delle "rime obbligate", consentendo alla Corte margini di intervento sempre più ampi. Nonostante questi recenti "salti qualitativi" nelle tecniche decisorie, il loro uso non risulta costante. In altri termini, come ricordato *supra*, nonostante per il nostro giudice costituzionale non rappresenti più un problema superare le "rime obbligate", continua sovente, in alcuni casi, a pronunciarsi con un'inammissibilità per discrezionalità del legislatore. Viene adesso da chiedersi: perché la Consulta – in assenza di soluzioni costituzionalmente imposte – in alcuni casi è restia a pronunciarsi nel merito e in altre, invece, si pronuncia?

Come già detto, la nuova stagione di "attivismo" della Corte costituzionale in relazione al sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi può essere datata convenzionalmente almeno al 2016. In particolare, con la sent. n. 236/2016, dove per la prima volta la Corte apre

«zone franche»?», in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016)*, a cura di R. Romboli, Torino 2017, 147 ss.; nello stesso volume, v. pure A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, *ivi*, 121 (disponibile anche in *federalismi.it.*, n. 5/2017, 8.03.2017); ID., *I limiti strutturali del sindacato di costituzionalità*, *cit.*, 145-168, spec. 161 ss.; E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 371.

⁸³ Il riferimento è al già menzionato volume di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, *cit.*

⁸⁴ Così G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, numero monografico contenuto in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 24 ss.

⁸⁵ Ad esempio, i rinnovati rapporti tra pregiudiziale di costituzionalità e pregiudiziale comunitaria; il rapporto fra incidentalità e azione di accertamento; la creazione della nuova tecnica decisoria del "rinvio dell'udienza a data fissa": su questi aspetti, v. C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020. Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche, si rimanda ai capitoli successivi.

alla possibilità di superamento delle “rime obbligate”, dettandone le condizioni. Ciononostante, ho scelto comunque di principiare la mia analisi dal 2015, poiché è una tendenza che, ovviamente, non nasce “dal nulla”, ma che a ben vedere affonda le sue premesse anche negli anni precedenti.

Va detto subito che, probabilmente, proprio il superamento delle “rime obbligate” ha indotto i giudici *a quo* a formulare richieste additive sempre più ampie nella loro portata, vedendosi aprire orizzonti prima preclusi: se la Corte interviene anche *oltre* i casi in cui la soluzione costituzionalmente imposta è solo una ed è obbligata (quando si riesce a individuarla univocamente), è lo stesso giudice *a quo* a vedersi aprire uno spazio ermeneutico molto ampio nell’individuazione/invocazione delle soluzioni costituzionalmente *adeguate*.

Ciononostante, malgrado la Corte abbia – almeno in teoria – superato il *tabù* delle rime obbligate, la Corte continua a pronunciarsi con un’inammissibilità quando:

1. le viene richiesto un «intervento manipolativo non costituzionalmente obbligato», specie in materie riservate alla discrezionalità legislativa (sentt. nn. 96-100-101-143-176-177-180-183-202-203-214-225-247/2022; sentt. nn. 117-151-200/2021; sentt. 152-230/2020 e ord. 261/2020; ordd. 60-126/2020; sent. 6-45/2018 e ord. 234/2018; sentt. nn. 31-37-44-82-148-179/2017 e ordd. 12-256/2017; sentt. 22-84-140, ordd. nn. 19-25-34-53-122-148-254-281/2016; sent. 85/2015);
2. il *petitum* formulato dal rimettente ha un «elevato coefficiente manipolativo» in materie «ad alto tasso di discrezionalità legislativa» (sentt. nn. 96-177/2022; sent. n. 154/2021; 47-252/2020; 219/2019; ord. 254/2016; sentt. 223-231/2015 e ord. 270/2015);
3. la pronuncia auspicata ha una natura indebitamente manipolativa e creativa (sentenza n. 62/2021);
4. vi è un «difetto di un rimedio costituzionalmente obbligato alla violazione denunciata dal rimettente» (sentenza n. 254/2020; 206/2019; sentt. 166-219/2017 e ord. 171/2017; sent. 134/2016 e ordd. 19-153/2016);
5. le viene richiesto un intervento costituente una «novità di sistema» (sent. n. 180/2022; sentenze nn. 103-146-240/2021; 250/2018; ord. 233/2017; ordd. 46-53-227/2016), anche mediante la richiesta di integrale ablazione di un istituto comportante «effetti innovativi di sistema» (sentt. n. 1-22/2022; ordinanza n. 242/2021); ovvero «implicante valutazioni sistematiche rimesse all’apprezzamento del legislatore» (sentt. n. 96-183-202/2022; sent. n. 120/2021; 80/2020). In generale, l’ordinanza n. 242/2021 ha sottolineato come interventi implicanti l’introduzione di una novità di sistema «si collochino al di fuori dell’area del sindacato di legittimità costituzionale (...), richiedendo il più ampio ricorso all’esercizio della discrezionalità legislativa ed una puntuale individuazione di modi, condizioni e termini», preclusa alla Corte;
6. riscontra l’esistenza di una pluralità di soluzioni, rimesse alla discrezionalità del legislatore, atte a rimediare alla violazione rilevata dal rimettente «in una materia eticamente sensibile» (sent. n. 32/2021) o «di marcata complessità» (sent. n. 33/2021); o, più in generale, si trova dinanzi a una questione «di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte» (sent. n. 83/2016);

7. le viene richiesta una pronuncia additiva in materia penale (e anche nel campo dell'ordinamento penitenziario: sent. n. 17/2021) (ord. n. 29/2022; sentt nn. 8/2022; 219/2020; 59-282/2019) con effetti *in malam partem* preclusi dalla riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost.; o nei casi di richiesta di un «intervento demolitorio precluso dal principio di legalità penale» (sent. n. 37/2019) ovvero di un «intervento implicante un'indebita sovrapposizione rispetto alle opzioni legislative di politica criminale» (sentenza n. 259/2021); se si tratta di questioni riguardanti l'entità della pena edittale, la loro ammissibilità «è subordinata all'indicazione da parte del giudice *a quo* di previsioni sanzionatorie già rinvenibili nell'ordinamento, le quali, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore, una volta emendata dai vizi di illegittimità costituzionale adottati e riscontrati» (sent. n. 117/2021).

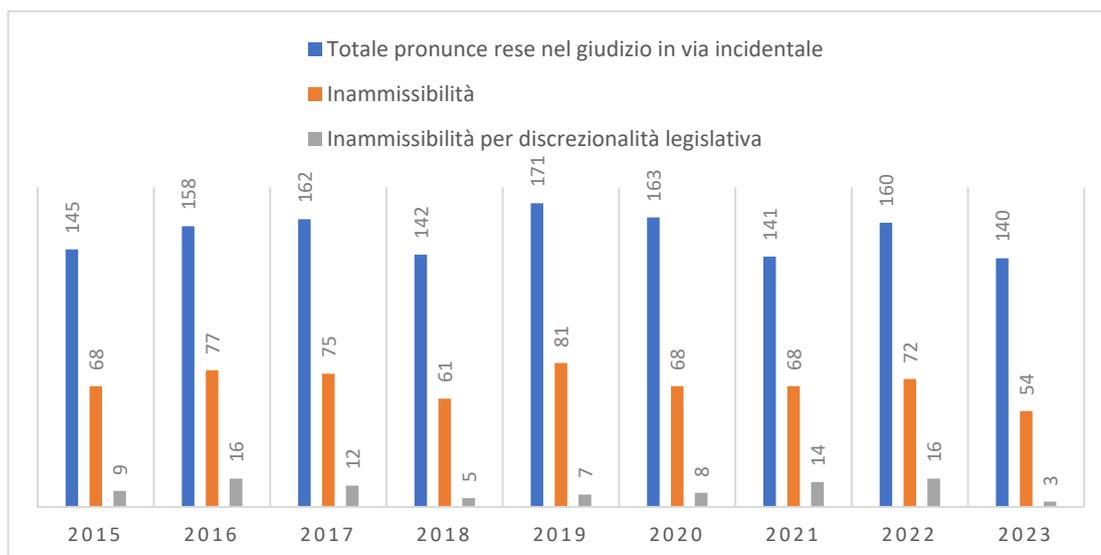
Dal punto di vista quantitativo, poi, l'analisi della giurisprudenza costituzionale dal 2015 ad oggi (2023) mostra che, sul totale delle pronunce rese in sede di giudizio in via incidentale (1382), ben 624 (il 45%) contengono un dispositivo di inammissibilità (semplice o manifesta), considerando fra di esse anche quelle che contengono un dispositivo multiplo (le cc.dd. decisioni “miste”⁸⁶). Di queste 624, solo 90 (il 14%) sono determinate dal limite della discrezionalità legislativa (in via esclusiva o, più spesso, concorrente con altri motivi).

Quindi, su un totale complessivo di 1382 pronunce nel periodo di tempo considerato, in soli 90 casi la Corte ha dichiarato di non poter decidere nel merito perché la materia è riservata alla *discrezionalità del legislatore*: si tratta, emblematicamente, appena del 7%.

Di seguito, possiamo vedere una serie storica in cui vengono indicate, anno per anno, il numero di pronunce rese nel giudizio in via incidentale dal 2015 ad oggi; fra di esse, quelle di inammissibilità e, fra queste, quelle in cui l'inammissibilità è motivata con riguardo alla “discrezionalità del legislatore”, variamente declinata⁸⁷.

⁸⁶ V. C. PANZERA, *op.cit.*, spec. 217 ss.

⁸⁷ L'insieme delle pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa, ordinato per anno, conta: **9** pronunce nel 2015 (nn. 85, 101, 104, 122, 136, 223, 231, 269, 270), **16** nel 2016 (nn. 19, 22, 23, 25, 34, 46, 53, 84, 122, 134, 140, 148, 153, 227, 254, 281), **12** nel 2017 (nn. 12, 31, 37, 44, 82, 148, 166, 171), **5** nel 2018 (nn. 6, 45, 220, 234, 250), **7** nel 2019 (nn. 37, 59, 60, 126, 206, 219, 282), **8** nel 2020 (nn. 47, 80, 152, 219, 230, 252, 254, 261), **14** nel 2021 (nn. 17, 32, 33, 62, 103, 117, 120, 146, 151, 154, 200, 240, 242, 259), **16** nel 2022 (nn. 1, 8, 22, 29, 96, 100, 101, 143, 176, 177, 180, 183, 202, 203, 214, 247) e solo **3** nel 2023.



Come si può notare, le serie storiche risultano tendenzialmente costanti nel tempo nelle loro grandezze, sia assolute che reciproche. I dati ci consentono di trovare un riscontro empirico-concreto a quanto si era affermato già prima in via teorico-astratta: ad oggi, l'applicazione concreta del limite della discrezionalità del legislatore non è così diffuso come parrebbe e si riduce a ben poca cosa, sia dal punto di vista quantitativo che, presto si vedrà, qualitativo.

Di conseguenza e specularmente, i confini del sindacato di costituzionalità (*id est*: i poteri della Corte) risultano piuttosto estesi, anche se ancora permangono alcune zone d'ombra in cui sembrerebbe non potersi «rendere giustizia costituzionale» a causa dei limiti intrinseci del giudizio di costituzionalità. Ma, come vedremo, forse è un problema più apparente che reale: l'esistenza di residui spazi di potere discrezionale in capo al legislatore coincide, come già detto *supra*, con uno «spazio costituzionale neutro», di «indifferenza costituzionale»⁸⁸, perché legato a questioni di «tono» non costituzionale, in cui non si pone neppure un sostanziale problema di «denegata giustizia costituzionale». In breve, l'impressione che ho avuto guardando le pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa – sia analizzando volta per volta ciascuna singola pronuncia, sia considerandole tutte globalmente – è quella per cui, probabilmente, in questi ambiti residuali, il sindacato di costituzionalità, non è tanto «impossibile», quanto semplicemente «non necessario» (sempreché, beninteso, non vengano in rilievo problemi di ragionevolezza della disciplina scrutinata, che renderebbero, per ciò solo, necessario il sindacato di costituzionalità). Quando invece alla Corte sono richiesti interventi implicanti «novità di sistema» e/o la riconsiderazione di un «settore legislativo» di riferimento, il sindacato di costituzionalità – pur astrattamente necessario – sembra essere invece «impossibile» nel senso che la Corte non è e non può essere dotata degli strumenti necessari (e cioè quelli tecnicamente «legislativi» in senso stretto).

⁸⁸ Cfr. E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI - M. CAVINO - J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale a una svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino 2011, 334.

Viceversa, ogni qualvolta vengano in rilievo soprattutto *principi fondamentali e diritti inviolabili* (o se la norma scrutinata dalla Corte risulta *manifestamente* irragionevole o arbitraria), la Corte, ormai, interviene anche al di là dello spazio discrezionale da riservare al legislatore «per la compiuta regolazione della materia». Ed è forse per questo motivo che la Corte rivolge sempre più spesso un *monito* al legislatore⁸⁹ (peraltro non solo nelle pronunce di inammissibilità)⁹⁰. E per questo spesso dice che, nel caso in cui il monito rimanesse inascoltato, l'«ulteriore inerzia del legislatore non sarà più *tollerabile*» (sent. n. 32/2021).

A questo punto, dopo aver visto “come” e “perché” la Corte, in alcuni casi, si pronuncia con un'inammissibilità per discrezionalità legislativa, resta ora da vedere “cosa”, concretamente, riempia quel 7% riservato al legislatore.

3.5. *Le materie principalmente interessate*

Le materie in cui la Corte riconosce espressamente un'«ampia discrezionalità legislativa» determinante un'inammissibilità della q.l.c. sono, per lo più, quella *sanzionatoria* (non solo penale, ma anche amministrativa) e quella di *conformazione degli istituti processuali*. Dal 2015 ad oggi, infatti, si contano 28 pronunce in tema di sanzioni⁹¹ e 21 in tema di conformazione degli istituti processuali⁹².

⁸⁹ I casi di inammissibilità (per discrezionalità del legislatore) con monito che ho contato, nel periodo che va dal 2015 ad oggi, sono almeno 17: sono contenuti nelle pronunce nn. 85-223/2015; 148-166-179/2017; 206/2019; 32-33-117-120-151-200-240-259/2021; 22-183-202/2022.

⁹⁰ Per fornire qualche esempio, solo nel 2021 si contano ben 29 *moniti* (n.b.: contenuti non solo in pronunce di inammissibilità, ma anche di infondatezza o interpretative), alcuni dei quali rivolti al legislatore regionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via principale (nn. 95 e 106). Dal punto di vista delle scelte linguistiche con cui il monito è formulato, la Corte sembra graduare i moniti a seconda che l'intervento legislativo richiesto risulti essere semplicemente “auspicato” (sentt. nn. 49, 151, 154, 205, 244), anche se in alcuni casi l'auspicio è “rinnovato” (sent. n. 244) o duplice (sent. n. 246). Così come vi sono casi in cui la Corte sembra più semplicemente “segnalare” un intervento al legislatore (sent. n. 65, 173, 203), o quando quest'ultimo è meramente “invitato” (sentt. nn. 48, 185, 194), anche se talvolta in maniera “reiterata” (sent. n. 117) a provvedere. Vi sono casi in cui poi la Corte sembra mostrare maggiore severità e perentorietà, evidenziando come l'intervento legislativo richiesto sia – in ordine di gravità – “opportuno” (sent. n. 48), “necessario” (sentt. nn. 22, 33, 48, 97, 150, 213), “sollecitato” (sent. n. 240), “indifferibile” (sent. n. 120), “impellente” (sent. n. 32), “ineludibile e tempestivo” (sent. n. 151, 200). Altre volte, lasciando trasparire un certo biasimo, il legislatore è addirittura “richiamato” (sent. n. 95, 106, 220, 259) ad intervenire. Cfr. la *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2021*, 308-313.

⁹¹ La materia sanzionatoria non riguarda solo la politica criminale e la conformazione dei reati e delle pene. Delle 28 pronunce citate, infatti, solo 19 riguardano in senso stretto reati e pene (223/2015; 23-148/2016; 179-256/2017; 220-234/2018; 37-59-126-282/2019; 219/2020; 62-103-117-146-259/2021; 8-29/2022). Le restanti pronunce sono così ripartite: 3 relative a sanzioni di natura amministrativa (270/2015, 171/2017, 151/2021); 2 riguardanti l'ordinamento penitenziario (17-242/2021); una relativa alle misure di prevenzione (105/2015); una alle misure interdittive antimafia (180/2022) e due alle misure di sicurezza (250/2018; 22/2022).

⁹² Le pronunce sono così ripartite: 7 sono relative al processo penale (104/2015, 140/2016, 31/2017, 219/2019, 252/2020; 96-247/2022), 5 al processo civile (85/2015, 134/2016, 45/2018, 80/2020; 143/2022), 5 al processo amministrativo (considerando, oltre alla 19/2016, le due pronunce relative alle commissioni tributarie: 227/2016 e 60/2019 e la 269/2015, relativa alla impugnabilità del preavviso di fermo amministrativo di beni mobili registrati). Fra le pronunce relative alla conformazione degli istituti processuali, vi ho fatto rientrare anche le 4 relative alle condizioni di ammissione e revoca del beneficio del Patrocinio a spese dello Stato (122-153/2016;

Ma si contano anche 12 pronunce in tema di *previdenza*⁹³, 8 in tema di *tributi*⁹⁴, 5 in tema di *lavoro*⁹⁵ e 3 in materia di *stato civile* (nn. 230/2020 e 32-33/2021), 2 in tema di *famiglia* (n. 34/2016; 177/2022) e 1 per ciascuna delle seguenti materie⁹⁶: *circolazione stradale* (n. 12/2017), *fallimento* (n. 46/2016), *miniere, cave e torbiere* (n. 136/2015), *ordinamento giudiziario* (n. 233/2017), *paesaggio* (n. 22/2016), *procreazione medicalmente assistita* (n. 84/2016), *professioni* (n. 37/2017), *società di capitali* (n. 53/2016), *stampa* (finanziamento pubblico dell'editoria: n. 206/2019), *sistema elettorale* (n. 240/2021), *istruzione* (n. 1/2022)⁹⁷.

Complessivamente – e riassuntivamente – più del 75% dei casi di inammissibilità per discrezionalità legislativa riguarda quindi la materia sanzionatoria (32%), quella processuale (24%), quella previdenziale (13%) e quella tributaria (7%).

Incrociando i dati relativi alle principali motivazioni che conducono la Corte a dichiarare l'inammissibilità per discrezionalità legislativa con le materie in cui questa ricorre, si ha un quadro di cosa, *concretamente*, la Corte sembra non possa fare (per l'analisi delle eccezioni, peraltro importanti, v. il Cap. II):

1. in relazione alla materia sanzionatoria:

- non può introdurre nuovi reati⁹⁸ e, in genere, nuove sanzioni, anche amministrative⁹⁹ (impossibilità di un sindacato *estrinseco*);

219/2017; 47/2020): del resto, la stessa Corte «ha in più occasioni ricondotto l'istituto del Patrocinio a spese dello Stato nell'alveo della disciplina processuale» (sent. n. 81/2017; ordd. nn. 122/2016 e 270/2012).

⁹³ Sono le pronunce nn. 126/2015, 254/2016, 44-82-148-166/2017, 152/2020 e 154/2021; 100-202-214/2022, 130/2023.

⁹⁴ Sono le pronunce nn. 231/2015, 281/2016, 261/2020 e 120-200/2021; 101/2022; 130-190/2023.

⁹⁵ Sono le pronunce nn. 25/2016, 6/2018; 254/2020; 176-183/2022.

⁹⁶ La classificazione proposta riprende quella fornita dalla Corte stessa nel suo massimario. L'ordinanza in tema di circolazione stradale (n. 12/2017), ad esempio, risulta essere così classificata: «*Circolazione stradale - Patente a punti - Inosservanza dell'obbligo del proprietario del veicolo di comunicare all'organo di polizia i dati personali e della patente del conducente non identificato al momento dell'infrazione - Applicabilità, in ogni caso, della sanzione amministrativa pecuniaria livellata al minimo [euro 286] per effetto della riduzione prevista dall'art. 202 del codice della strada*».

⁹⁷ Più precisamente, la sent. in commento riguarda la disciplina sulla differenziazione di genere del personale educativo dei convitti.

⁹⁸ Di recente, poi, la sent. n. 17/2021 ha chiaramente e parrebbe definitivamente affermato che il principio della riserva di legge contenuto nell'art. 25, secondo comma, Cost. «demanda il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo (e, in particolare, sulla libertà personale), a una legge di diretta matrice parlamentare, oppure a un atto avente forza di legge, comunque connesso all'intervento parlamentare, giacché proprio al soggetto-Parlamento (sentenze n. 5 del 2014, n. 394 del 2006), che incarna la rappresentanza politica della Nazione (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), spettano le scelte di politica criminale, con i relativi delicati bilanciamenti tra diritti e interessi contrapposti». Per questo motivo, la Corte non può «[né] creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, [né] incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque attinenti alla punibilità» (sentenze nn. 37 del 2019, 46 del 2014 e 394 del 2006; ordinanze nn. 219 del 2020, 282 e 59 del 2019), fatte salve, però, «specifiche eccezioni, che assicurano la dovuta ampiezza del controllo di legittimità costituzionale, ma non vulnerano il principio costituzionale della riserva di legge» (sentenze nn. 189 e 155 del 2019).

⁹⁹ Alla Corte è precluso introdurre, in generale, nuove sanzioni, siano queste penali o amministrative. Questo anche in ragione del fatto che la giurisprudenza della Corte EDU ha esteso alle sanzioni amministrative alcune delle garanzie che assistono, in genere, le sanzioni penali. Pertanto non si dovrà guardare alla qualificazione formale della sanzione (se penale o amministrativa), ma alla sua natura sostanziale, sebbene alcune differenze fra sanzione penale e amministrativa continuino a permanere: «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nelle legislazione interna» (sent. n.

- non può neppure, tendenzialmente, per ragioni analoghe (e per il principio della norma penale più favorevole o *in dubio pro reo*), adottare interventi additivi *in malam partem* (*ex multis*, sent. n. 112/2019)¹⁰⁰;
 - non può, meno che mai, compiere interventi che implichino o rappresentino “novità di sistema” (nn. 101-270/2015, 250/218, 103-146-242/2021), in cui si richiede alla Corte di delineare «soluzioni normative che mai potrebbero essere apprestate in questa sede, implicando [...] scelte di modi, condizioni e termini che non spetta alla Corte stabilire» (sent. n. 148/1994), presupponendo un «intervento additivo [...] estraneo all’ambito di intervento di questa Corte» (sent. 242/2021);
 - non può, infine, compiere scelte di *dosimetria sanzionatoria* (impossibilità di un sindacato *intrinseco*), procedendo a interventi manipolativi non costituzionalmente obbligati (nn. 23-148-/2016, 179-256/2017, 220-234/2018, 126/2019, 62-117-151/2021) a meno che:
 - la scelta legislativa non risulti manifestamente sproporzionata, irragionevole o arbitraria, e allora la Corte accoglierà la q.l.c.;
 - la soluzione individuata *dalla Corte* sia l’unica costituzionalmente obbligata, e dunque non si pone un problema di intervento in tal senso;
 - la soluzione proposta *dal giudice a quo*, benché non sia l’unica costituzionalmente obbligata, risulti quantomeno costituzionalmente adeguata, ma solo qualora sussistano precisi punti di riferimento già esistenti e rinvenibili nel sistema (sentt. nn. 236/2016, 41-222-233/2018, 40-115/2019, 28/2022) (ma, su questo, v. Cap. II);
2. in relazione alla conformazione degli istituti processuali:
- oltre a non poter delineare o riscrivere *ex novo* la disciplina di un istituto, con valutazioni implicanti reali novità di sistema (impossibilità di un sindacato *estrinseco*),

43/2017). In generale, «la natura amministrativa della sanzione ... non è di per sé incompatibile con il fatto che essa debba essere irrogata nel rispetto di quanto prevede l’art. 7 CEDU per le sanzioni di natura punitiva, considerato che ciò corrisponde alla necessità di salvaguardare l’effettività delle garanzie convenzionali e i connessi profili sostanziali di tutela, senza con questo sacrificare la discrezionalità del legislatore nel configurare gli illeciti amministrativi come autonomi dal diritto penale, nel rispetto del principio di sussidiarietà»: sent. 146/2021 (in senso analogo, v. anche sentt. nn. 68/2017, 49/2015, 317/2009 e 487/1989; ord. n. 187/2015).

¹⁰⁰ Dove si legge che «nell’ambito del diritto penale, la costante giurisprudenza di questa Corte riconosce un’ampia discrezionalità al legislatore nella determinazione delle pene da comminare per ciascun reato. Tale discrezionalità si estende in linea di principio al *quomodo* così come al *quantum* della pena, essendo riservata al legislatore – in forza dello stesso art. 25, secondo comma, Cost. – la scelta delle pene più adeguate allo scopo di tutelare i beni giuridici tutelati da ciascuna norma incriminatrice, nonché la determinazione dei loro limiti minimi e massimi. Tale discrezionalità è soggetta, tuttavia, a una serie di vincoli derivanti dalla Costituzione, tra i quali il divieto di comminare pene manifestamente sproporzionate per eccesso». Così come, inoltre, la sent. 155/2019 afferma che «il legislatore gode di ampia discrezionalità, in materia di determinazione dei trattamenti sanzionatori (*ex plurimis*, sentenze n. 40 del 2019, n. 222 del 2018 e n. 236 del 2016) così come di disciplina degli istituti processualpenalistici (*ex multis*, sentenza n. 236 del 2018), con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle opzioni prescelte». Circa sindacato della Corte sulle norme penali, v. O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo 2022.

- non può neppure procedere ad un intervento manipolativo che non sia costituzionalmente obbligato (impossibilità di un sindacato *intrinseco*); il controllo di costituzionalità deve «limitarsi a riscontrare se sia stato o meno superato il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute», verificando che «il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi proprio attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sent. n. 212/2020). Così, ad esempio, sul piano processuale la Corte non può procedere:
 - ad estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, «rimessa alla discrezionalità del legislatore ex art. 103, primo comma, Cost., nell'ambito di un ventaglio di possibili soluzioni, nessuna delle quali costituzionalmente imposta», di talché «risulta inammissibile il petitum posto dal giudice rimettente che si risolva nella richiesta di una sentenza additiva che estenda le ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, primo comma, lett. b), del d.lgs. n. 104 del 2010» (ord. n. 19/2016);
 - nell'ambito delle controversie in materia di famiglia riguardanti la prole, accogliere la richiesta di attribuire al Tribunale per i minorenni, anziché al tribunale ordinario, la competenza ad adottare i provvedimenti relativi all'affidamento dei minori (sent. 134/2016)¹⁰¹;
 - oppure, anche nella materia processual-penalistica (assistita da maggiori garanzie costituzionali per i valori normalmente coinvolti), la Corte non può, in tema di notificazioni, procedere a una sentenza additiva (in relazione agli artt. 161 e 163 del codice di procedura penale) tesa a colmare un'ipotesi di mancata previsione della notifica personale all'imputato dell'atto introduttivo del giudizio penale, «quantomeno» nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio «nei termini indicati e argomentati nella parte motiva», in quanto «la individuazione degli strumenti attraverso cui consentire al giudice di

¹⁰¹ Al riguardo, la sentenza ha affermato che «La motivazione dell'ordinanza di rimessione, tuttavia, non spiega le ragioni per le quali il denunciato vulnus possa, e debba, essere eliminato mediante l'attribuzione al Tribunale ordinario delle controversie relative alla responsabilità dei genitori, anziché mediante l'attrazione al Tribunale minorile – quale giudice specializzato – delle competenze relative all'affidamento dei minori. Il petitum del rimettente non è supportato da elementi che consentano di ritenere che quella invocata sia l'unica scelta costituzionalmente compatibile. In considerazione della pluralità di soluzioni possibili, nessuna delle quali costituzionalmente obbligata, l'intervento richiesto si caratterizza per un alto tasso di manipolatività. Ciascuna di tali soluzioni comporta, infatti, scelte (anche organizzative) discrezionali, come tali riservate al legislatore (ex plurimis, sentenze n. 223 e n. 23 del 2015; n. 243 del 2014). Ed infatti in sede parlamentare pendono più disegni di legge sull'argomento, che forniscono al riguardo soluzioni diverse da quella prospettata dal rimettente».

verificare che l'assenza dell'imputato al processo sia espressione ... di una consapevole rinuncia a comparire, non può che essere affidata alla discrezionalità del legislatore, trattandosi di scelte che investono la disciplina degli istituti processuali, nella specie quello delle notificazioni degli atti introduttivi del giudizio penale» (sent. 31/2017);

3. in materia di previdenza e assistenza, fatto sempre salvo il limite della non manifesta arbitrarietà o irragionevolezza della disciplina indubbiata, la Corte non può:
 - operare interventi di sistema, come ad esempio individuare la platea dei beneficiari delle prestazioni sociali, anche in relazione alle ipotesi di sospensione dell'erogazione nei confronti del beneficiario o del richiedente raggiunto da misura cautelare personale (sent. n. 126/2021);
 - disciplinare il finanziamento delle forme pensionistiche complementari (sent. n. 154/2021);
 - individuare quali prestazioni assistenziali debbano riconnettersi all'invalidità (sent. n. 152/2020);
4. in materia tributaria, fatto sempre salvo il limite della non manifesta arbitrarietà o irragionevolezza della disciplina indubbiata, la Corte non può:
 - *introdurre* nuovi tributi o *individuare* il presupposto d'imposta o gli indici di capacità contributiva (sent. n. 262/2020¹⁰²);
 - *modificare* i presupposti d'imposta e gli indici di capacità contributiva (sentt. nn. 288/2019, 269/2017, ma anche nn. 111/1997, 21/1996, 143/1995, 159/1985, 63/1982, 41/1975, 200/1972, 144/1972);
 - *estendere* il presupposto d'imposta e allargare la platea dei soggetti passivi (ord. 281/2016);
 - adattare ai vari tributi «istituti comuni, quali la prescrizione e la decadenza della pretesa fiscale», rimessi alla discrezionalità del legislatore «anche in forza del principio della polisistematicità dell'ordinamento tributario» (sentt. nn. 200/2021 e 375/2002);
 - disciplinare la materia delle agevolazioni, esenzioni, deduzioni, detrazioni o sgravi e delle riduzioni d'imposta (sentt. nn. 177-264/2017, 119/1999);
5. in generale, in tutte le altre materie, procedere alla introduzione o modificazione di procedure, termini o quantità previsti dal legislatore, salvo sempre il limite della manifesta arbitrarietà o irragionevolezza.

¹⁰² Anche se, come precisa la stessa sent. n. 262/2020, «L'ampia discrezionalità del legislatore tributario nella scelta degli indici rivelatori di capacità contributiva (ex plurimis, sentenza n. 269 del 2017) non si traduce in un potere discrezionale altrettanto esteso nell'individuazione dei singoli elementi che concorrono alla formazione della base imponibile, una volta identificato il presupposto d'imposta: quest'ultimo diviene, infatti, il limite e la misura delle successive scelte del legislatore. È del resto principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte che il controllo «in ordine alla lesione dei principi di cui all'art. 53 Cost., come specificazione del fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.», si riconduce a un «giudizio sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico» (sentenza n. 116 del 2013; ma anche, ex plurimis, sentenze n. 10 del 2015, n. 223 del 2012, n. 111 del 1997, nonché, in senso analogo, già sentenza n. 42 del 1980)».

È da notare come, in dette materie, non a caso operi – direttamente o indirettamente – una *riserva di legge*: in materia penale-sanzionatoria, l’art. 25 Cost.; in materia di conformazione degli istituti processuali, l’art. 111 Cost.; in materia di previdenza e assistenza e, in generale, in relazione a tutte le prestazioni del *welfare state*, opera l’art. 81 Cost. come (tendenziale) vincolo negativo alla possibilità di adottare sentenze che incidano sull’equilibrio di bilancio¹⁰³. Anche per questo motivo, molto probabilmente, il legislatore gode, in queste materie, di una discrezionalità «piuttosto ampia»¹⁰⁴, pertanto superabile dalla Corte solo invocando come parametro l’art. 3 Cost. e/o il “classico” *passe-partout* del sindacato per manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte adottate.

Di rilevante interesse, poi, è ciò che la Corte sembra *non* poter fare nelle materie che implicano scelte politicamente sensibili (nei termini di cui diremo a breve), in cui la Corte non può (o forse non vuole?) “prendere posizione” (sentt. nn. 84/2016; 32-33/2021, ma v. § 5):

- quando tali scelte non siano ancora maturate nella *coscienza sociale*, e quindi è impossibile dire quale sia la soluzione costituzionalmente obbligata/adequata, in base a parametri *etici* (quindi meta-giuridici);
- quando la *scienza* non dà risposte univoche, e quindi è impossibile – anche qui – dire quale sia la soluzione costituzionalmente obbligata/adequata in base a parametri *scientifici* (e quindi, ancora, extra-giuridici);

¹⁰³ Ma, a tal proposito, v. la celebre sent. n. 10/2015, molto commentata non solo in relazione al principio di equilibrio di bilancio ma anche – e soprattutto – in relazione alla modulazione temporale degli effetti delle pronunce costituzionali. Ad ogni modo, quella di cui trattasi è una questione molto discussa: la Corte, nel complesso, sembra tenerne conto solo in casi particolari (basti pensare alle svariate sentenze con le quali allarga la platea dei destinatari di una prestazione sociale, individuata in modo irragionevole), e spesso solo come tecnica di giustificazione e non di decisione. Peraltro, giova evidenziare che la Corte non ha più un ufficio *ad hoc* per la quantificazione finanziaria delle sue decisioni. Sul primo profilo, ora di nostro interesse, v. almeno P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della “Robin Hood Tax”. E l’enunciazione di alcuni principi informativi del sistema di finanza pubblica*, in *Riv. giur. trib.*, n. 5/2015, 388 ss.; I. CIOLLI, *L’equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 702 ss.; ID. CIOLLI, *I diritti sociali “condizionati” di fronte alla Corte costituzionale*, in *La rivista italiana di previdenza sociale*, n. 3/2017, 353 ss.; A. MORELLI, *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 707 ss.; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 575 ss.; R. PINARDI, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d’incostituzionalità*, in *forumcostituzionale.it* (27.04.2015); R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 10/2015*, in *Il Foro italiano*, 2015, parte I, 1513 ss.; G. TESAURO, *Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles*, in *Il Foro italiano*, 2015, parte I, 1923 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 1 ss.

¹⁰⁴ Non solo in materia penale e processuale. Infatti, se un’«ampia discrezionalità» è stata riconosciuta espressamente in materia di politica criminale (nn. 136/2020, 40-112/2019, 222/2018) e di conformazione degli istituti processuali (nn. 212-253/2020, 71/2015, 17/2011, 50-229/2010, 221/2008, 141/2001 e 1130/1988), soprattutto in materia penale (nn. 20-31/2017, 216/2016) e, a cavallo fra diritto sostanziale e processuale, nella fissazione di termini di decadenza o prescrizione, ovvero di altre disposizioni condizionanti l’azione (ex multis, sentt. 45-97/2019, 6/2018, 94/2017, 44/2016, 23/2015, 155-157/2014), l’«ampiezza» della discrezionalità è stata testualmente riferita anche alla materia elettorale (nn. 239/2018, 35/2017, 193/2015, 1-275/2014, 271/2010, 260/2002), ai trattamenti pensionistici (n. 234/2020), retroattività delle leggi (n. 234/2020), condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno (nn. 194/2019, 277/2014, 202/2013 e 172/2012), determinazione dei presupposti di imposta e degli indici di capacità contributiva (nn. 288/2019, 10/2015, 104/1985), articolazione delle carriere e dei passaggi di qualifica dei dipendenti pubblici (nn. 71/2021, 224/2020, 330/1999), ecc.

- quando concorrono motivi sia *etici* che *scientifici*.

Per queste ipotesi – e solo per queste – vale la pena di chiedersi se esista una tecnica di selezione dei casi analoga alla *political question doctrine* operata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d’America, posto che nella *Relazione* del 2017, il Presidente della Corte costituzionale parla di una singolare triade composta da «razionalità, ragionevolezza ed eticità collettive»¹⁰⁵.

4. Le “questioni di natura politica” e la *political question doctrine* (PQD) nell’esperienza della Corte Suprema USA

La *political question doctrine*, elaborata nel contesto giurisprudenziale degli Stati Uniti d’America, è stata accostata da una parte della dottrina italiana all’inammissibilità per discrezionalità del legislatore sin dagli albori della giurisprudenza della Corte costituzionale. Ciò per tentare di fornire una giustificazione, attraverso una chiave di lettura comparatistica, a un fenomeno che – ad una prima impressione – può apparire un pilatesco fenomeno di denegata giustizia costituzionale¹⁰⁶.

Tuttavia, il concetto di “political questions” e quello di “questioni politiche” (o, secondo la lettera dell’art. 28 della l. n. 87/1953, questioni «di natura politica») che determina la Corte a una pronuncia di inammissibilità, non sono esattamente sovrapponibili¹⁰⁷. Nonostante la

¹⁰⁵ Cfr. *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, 10: «La giurisprudenza costituzionale non ha, evidentemente, il compito di pronunciarsi, con modalità prescrittive, intorno al miglior ordine possibile per le dinamiche sociali o istituzionali sottoposte alla sua valutazione; né essa può ambire ad essere considerata, nel suo insieme e neppure nel dettaglio, come un paradigma tassativo al quale prestare formale ossequio o come rigido parametro di altre valutazioni e di altri giudizi. Essa, più propriamente, costituisce come un solco aperto nel quale si depositano e continuamente fluiscono – anche attraverso le leggi e secondo le traiettorie poco prevedibili della dimensione pubblica – razionalità, ragionevolezza ed eticità collettive, ad un tempo frutto e nutrimento di esperienza: ciò implica, naturalmente, che la Corte – attraverso, ma oltre, la scrittura dei suoi testi – sappia farsene interprete, anche anticipando soluzioni destinate a risultare, in seguito, scontate. Nell’esercizio di questa funzione di tutela – dirò così – della “giustizia nella legislazione”, sono continuamente messe in gioco le qualità della convivenza, della vita, cioè, di tante persone, di quella di tutti noi: l’auspicio è che, nel discernimento, si riesca sempre ad usare la necessaria *prudencia* insieme a una fiduciosa fermezza».

¹⁰⁶ Il richiamo è all’autorevole L. ELIA, *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di «political question»?», in *Giur. cost.*, n. 1/1968, 1741-1750, commentando la sent. cost. n. 111/1968, si chiedeva: «siamo di fronte ad un caso di motivazione particolarmente succinta o per la prima volta la Corte costituzionale ha fatto ricorso al criterio della political question?». La sentenza in oggetto dichiarava infondata – per discrezionalità del legislatore, diremmo oggi – una q.l.c. avente ad oggetto la legge che disponeva la revoca delle concessioni delle medaglie al valore in favore di appartenenti alla disciolta Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale, stabilendo – in una motivazione di soli quattro periodi – che «La revoca delle concessioni sopraindicate trae origine da una valutazione di carattere prettamente politico dell’opera svolta, nella guerra di Spagna, dagli appartenenti alla milizia fascista, per i quali quella guerra rappresentò un fatto ideologico ritenuto incompatibile col nuovo ordinamento giuridico consacrato successivamente nella Costituzione. Tale valutazione, poiché fatta dal legislatore nell’esercizio del potere discrezionale allo stesso consentito entro i limiti segnati dall’ordinamento dell’epoca, sfugge al sindacato di questa Corte, la quale non deve neppure prendere in considerazione le argomentazioni di carattere politico, di cui non è immune l’ordinanza di rimessione».*

¹⁰⁷ Lo notava già G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 33 (nt. 10) – qualche anno dopo il summenzionato contributo di L. Elia – affermando che «valorizzando il precetto dell’art. 28 (che è peraltro

dottrina abbia quasi sempre, in gran parte, utilizzato in maniera pressoché fungibile questi concetti¹⁰⁸, credo sia opportuno accennare alla differenza fra gli stessi. Infatti, se il *significante*,

conseguenza, come si è rilevato, della posizione generale che alla Corte costituzionale ed al giudizio sulle leggi deve essere riconosciuta in un regime democratico-rappresentativo), si potrebbe tentare di fondare anche per la Corte italiana una dottrina simile a quella statunitense del *judicial restraint* conseguente alla natura di *political question* di certe controversie costituzionali. La nostra Corte costituzionale non ha mai accolto espressamente un simile principio (estraneo al modo “ideologico” di concepire il ruolo del giudice nel nostro sistema costituzionale) anche se non rari sono i casi in cui la Corte, con l’intento palese di non interferire con una vicenda politica in corso, ha evitato di entrare nel merito di determinate questioni di costituzionalità. Ciò è avvenuto talora con espedienti di natura procedurale (rinvio della decisione, pronuncia di inammissibilità per vizi di forma della questione, ecc.). Quando invece è entrata nel merito delle questioni, la Corte talora le ha respinte dichiarando, ex art. 28, che certe scelte rientrano nella sfera insindacabile di apprezzamento del legislatore. Il che è cosa diversa perché, pur consentendosi alla Corte di ritirarsi da una valutazione che non si sente di compiere, il rigetto della questione assume il valore di una “assoluzione” della legge e, almeno da un punto di vista di principio, non è fatto dipendere dalla vicenda politica in corso, come invece avviene nella giurisprudenza costituzionale nordamericana». Cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Controllo sull’uso della discrezionalità legislativa*, cit., 93: «se si riflette sulla circostanza che nell’ambito costituzionale italiano il principio della separazione dei poteri non trova certamente un’applicazione così rigida come nell’ordinamento degli Stati Uniti e che comunque la Corte costituzionale italiana è esplicitamente collocata fuori dal potere giudiziario, ed anzi in posizione di equidistanza dagli altri poteri (dei quali è abilitata a risolvere i conflitti giuridici), l’estensione all’ordinamento italiano della dottrina delle *political question* [...] potrebbe apparire difficilmente sostenibile. Se però confrontiamo le applicazioni che la dottrina ha ricevuto negli Stati Uniti con le pronunce in cui la nostra Corte ha invocato la discrezionalità del legislatore, osserviamo invece come il rapporto sia del tutto opposto a quello che ci si saremmo potuti attendere e che la Corte italiana ha adottato, almeno in questi ultimi tempi, una politica di autolimitazione molto più accentuata di quanto abbiano fatto i giudici americani».

¹⁰⁸ Primo fra tutti L. ELIA, *op. ult. cit.*, 1741, ripreso da G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 33 (nt. 10), (v. le due note immediatamente precedenti), ma anche C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 214; A. SPERTI, *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del Giudice costituzionale*, Torino 2005, 127, la quale precisa però che «forse sia opportuno ravvisare punti di contatto – invece che fra il limite delle *political questions* – in via più generale, fra le varie tecniche di cui si serve la nostra Corte per evitare il merito della questione e quel vasto strumentario di cui la Corte suprema si serve per non decidere»; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, 1688-1696; ID., *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 253: «come in quasi tutte le questioni di bioetica, ci troviamo di fronte a una classica *political question*, dunque a un caso, per la sua delicatezza e complessità, molto controverso nell’opinione pubblica e oggetto di scontro politico, se non addirittura ideologico (non senza venature religiose). [...] In questi casi, quindi, *decidere di non decidere* “sembra” la decisione migliore e l’atteggiamento delle Corti tende a diventare facilmente “pilatesco”»; ID., *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità*, cit., 151 e *passim*; ID., *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore*, cit., 111, il quale però precisa (nt. 18) che «A ben vedere, il concetto di *political question* – a maggior ragione in Italia – ha natura aperta e residuale, riguardando non solo il Parlamento, ma “tutti” i poteri dello Stato diversi dalla Corte»; L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in A.S. BRUNO - L. CASSETTI, *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore: le tradizioni europee e l’esperienza latino-americana*, Torino 2019, 12. M. CECILI, *La tutela multilivello dei diritti: i differenti approcci alle political questions*, in *federalismi.it*, n. 15/2020, 146 ss.; A. FONZI, *Il ruolo della Corte Costituzionale fra discrezionalità politica e tutela dei diritti fondamentali. La vexata quaestio della sindacabilità delle decisioni politiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 2; A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 508; A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 186; 612; M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953* [versione provvisoria della relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, 26-27 maggio 2023 (Como) - *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*], https://gruppodipisa.it/images/convegni/2023_Convegno_Como/Marco_Ruotolo_-_Le_tecniche_decisorie.pdf, 4, ora in *Diritto e società*, n. 1/2023, 1-64.

al netto della traduzione, è identico, il *significato* è invece piuttosto differente, se calato nei diversi contesti nordamericano e italiano. Lo scopo di questa distinzione è duplice: da un lato, comprendere – nella prospettiva della comparazione giuridica – come problemi analoghi sono affrontati in un diverso ordinamento; dall’altro, ha l’obiettivo di rispondere a un quesito cruciale per la presente indagine: comprendere se, in determinate materie, la Corte *non possa* o realmente *non voglia* decidere. Se per la *Supreme Court of the United States* (d’ora in poi “SCOTUS” o “Suprema Corte”) può correttamente affermarsi che in effetti essa può “decidere di non decidere” su una *political question* perché, «in determinate circostanze, ritiene opportuno non esercitare il *judicial review*»¹⁰⁹, non si può esattamente affermare, invece, che la Corte costituzionale italiana “decida di non decidere” su una *questione di natura politica*. Anche nei casi che involgono tali questioni, piuttosto e semmai la Corte tendenzialmente “non può” decidere, a causa dei limiti strutturali del sindacato di costituzionalità. In altri termini, la Corte costituzionale italiana non dispone di una tecnica di selezione dei *casi da non decidere* analoga alla *political question doctrine*, di cui invece la SCOTUS può disporre.

Vediamo perché.

4.1. *Genesis, elementi essenziali, evoluzione storica della PQD.*

Sebbene una compiuta analisi della *political question doctrine* ovviamente non possa compiersi in questa sede¹¹⁰, è opportuno tracciare per linee essenziali la sua evoluzione e i suoi contenuti, al fine di comprendere meglio le analogie e le differenze fra il sindacato di costituzionalità nordamericano e quello italiano, in relazione alle “questioni politiche”, latamente intese.

Fra le molteplici definizioni che possono darsi della *political question doctrine*, il Congressional Research Service (CRS)¹¹¹, in un recente report, “spiega” ai membri del Congresso in cosa consista tale *doctrine*. In virtù di questa, «i tribunali federali dovrebbero astenersi dal risolvere questioni quando ciò richiederebbe al potere giudiziario di prendere

¹⁰⁹ C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna 2016, 146.

¹¹⁰ Il tema è stato oggetto di compiute e approfondite analisi in diversi lavori monografici nella dottrina italiana. Su tutti, v. C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano 1991; V. BARSOTTI, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999; C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna 2012; ID., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna 2016; v. anche i contributi di P. ZICCHITTU, *The Italian Way to the “Political Question”*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2015, 222-262 e M. CALDIRONI, *Is there a political question theory in Italy?*, in *DPCE online*, n. 1/2022, 3 ss. Per la dottrina statunitense, si rinvia, per tutti, al recente contributo di C. A. BRADLEY - E. POSNER, *The Real Political Question Doctrine*, *Stanford Law Review*, Forthcoming, 25 luglio 2022, disponibile al link <https://ssrn.com/abstract=4172365>; nonché alla monografia di N. MOURTADA-SABBAH - B.E. CAIN, *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Laham, Lexington Books, 2007.

¹¹¹ Si tratta di un ufficio di supporto all’attività legislativa del Congresso (analogo al “Servizio Studi” della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica); sul sito internet del medesimo (<https://www.loc.gov/crsinfo/about/>) si legge: «The Congressional Research Service (CRS) serves as shared staff to congressional committees and Members of Congress. CRS experts assist at every stage of the legislative process - from the early considerations that precede bill drafting, through committee hearings and floor debate, to the oversight of enacted laws and various agency activities»

decisioni politiche, esercitare un potere discrezionale al di là della sua competenza o interferire con le funzioni che la Costituzione affida ai poteri legislativo ed esecutivo. Limitando la gamma di casi che i tribunali federali possono considerare, la *political question doctrine* intende mantenere la separazione dei poteri e riconoscere i ruoli dei poteri legislativo ed esecutivo nell'interpretazione della Costituzione»¹¹². Tale dottrina «esprime il principio secondo cui alcune questioni sono affidate esclusivamente ad un altro potere dello Stato o al di fuori della competenza del potere giudiziario di procedere al controllo di costituzionalità. La constatazione che una questione rientri tra le “questioni politiche” *priva i tribunali federali della giurisdizione*, il che significa che non hanno il potere di pronunciarsi sulla questione»¹¹³ (mia la traduzione e i corsivi).

In generale, poi, la *political question doctrine* rientra tra le *doctrines of justiciability* (*dottrine della giustiziabilità*), le quali, unitamente ai limiti di ordine interpretativo e legislativo¹¹⁴, definiscono l'ambito di competenza della Corte Suprema e sono state elaborate in via giurisprudenziale a partire dall'art. III della Costituzione nordamericana (dal quale origina, com'è noto, lo stesso *judicial review of legislation*)¹¹⁵. Com'è noto, affinché un caso sia “giustiziabile” dalla Suprema Corte debbono sussistere determinati presupposti, derivati dall'art. III della Costituzione di Filadelfia¹¹⁶:

1. la necessità che si tratti di *case or controversy* (ossia, utilizzando categorie concettuali a “noi” più familiari, che il giudizio abbia caratteri di “incidentalità”);
2. la necessaria *adversity* e il divieto di rendere *advisory opinions* (ossia che il giudizio abbia anche un carattere “concreto”, con la conseguente impossibilità per la Corte di rendere dei semplici pareri su questioni astratte o ipotetiche);
3. l'esistenza del requisito soggettivo dello *standing* (ciò che nel nostro sistema è molto simile al concetto di “legittimazione” a esercitare l'azione in giudizio);
4. la *ripeness* (ossia che la questione non sia “prematura”);
5. la *mootness* (ossia che la questione non sia “tardiva”);
6. la circostanza che non si tratti (appunto) di *political question*.

Ciò che nel sistema di giustizia costituzionale nordamericano è considerato come insieme delle “tecniche di selezione dei casi”¹¹⁷, per il nostro sistema sono semplicemente «condizioni preliminari della concretezza/incidentalità»¹¹⁸ e «requisiti per l'emanazione

¹¹² CRS Report LSB10756, *The Political Question Doctrine: An Introduction (Part 1)*, a cura di J. R. LAMPE, 14 giugno 2022.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ C. DRIGO, *op.cit.*, 144.

¹¹⁵ Cfr. C. PIPERNO, *op. cit.*, 103.

¹¹⁶ Si rimanda, ancora una volta, a C. DRIGO, *op. cit.*, spec. capp. III e IV, per i necessari approfondimenti e i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. V. anche V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., 201, secondo la quale se «lo *standing* attiene al “chi” possa promuovere l'azione mentre *ripeness* e *mootness* sono questioni relative al “quando”, si può aggiungere che il problema della *political question* è riferibile al “che cosa” possa costituire oggetto di giudizio da parte delle Corti federali».

¹¹⁷ Il riferimento è ancora a V. BARSOTTI, *op. cit.*

¹¹⁸ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 241 ss.

dell'ordinanza di rimessione»¹¹⁹, o «condizioni di proponibilità delle questioni incidentali»¹²⁰ o, più semplicemente, «presupposti»¹²¹ del giudizio incidentale. Un discorso parzialmente analogo si può fare, in generale, in relazione ai presupposti tanto dell'ammissibilità dei conflitti di attribuzione quanto ai presupposti di ammissibilità del referendum abrogativo su cui la Corte deve pronunciarsi¹²²: il comun denominatore è la necessità che vi siano criteri tendenzialmente certi – stabiliti in via legislativa o giurisprudenziale – affinché la Corte conservi una necessaria *legittimazione* a pronunciarsi. Infatti, le *doctrines of justiciability*, insieme ad altre *doctrines* che qui non è possibile esaminare¹²³, individuando la competenza della SCOTUS, nascono principalmente proprio come base giustificativa del suo intervento, al fine di non minare la propria legittimazione nel sistema. In un contesto dove è stata la stessa *Supreme Court* ad auto-attribuirsi il potere di *judicial review* con la celebre sentenza *Marbury v. Madison* del 1803 (ritagliandosi poi nel tempo i margini di intervento sempre più ampi), essa è sempre stata preoccupata di elaborare principi e criteri – *doctrines* – in virtù delle quali “giustificare” un'interpretazione estensiva dei propri poteri¹²⁴.

Parlare quindi di *political question doctrine* come “tecnica di selezione dei casi” anche in relazione al sistema di giustizia costituzionale italiano rischia di essere fuorviante, se con ciò si intende quell'attività di delibazione preliminare circa l'esistenza dei presupposti del giudizio e delle sue condizioni di ammissibilità. Il rischio aumenta soprattutto se si tenta di sovrapporre il concetto di *political question doctrine* con lo specifico strumento dell'inammissibilità della q.l.c. per rispetto della discrezionalità legislativa: il primo, infatti, nel sistema nordamericano opera soprattutto come selettore dell'ammissibilità dei conflitti *fra poteri*; il secondo, com'è noto, opera come filtro nel giudizio di legittimità costituzionale *delle leggi* ed atti equiparati.

È la stessa evoluzione della *doctrine* in questione a dimostrarlo.

Infatti, è già nella sentenza storica sentenza *Marbury vs. Madison* del 1803 che la SCOTUS delinea il concetto di *political question doctrine*¹²⁵: riconoscendo (e, in sostanza, auto-attribuendosi) il potere di *judicial review*, ne traccia contestualmente i confini. Nel caso

¹¹⁹ *Ivi*, 247 ss.

¹²⁰ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *op. cit.*, II, 111 ss.

¹²¹ E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 86 ss.

¹²² In relazione ai reati presidenziali, com'è noto, l'unico “presupposto” è la semplice messa in stato d'accusa da parte del Parlamento a Camere riunite, che obbliga di per sé la Corte a pronunciarsi nel merito quale unico giudice competente sulle accuse di “alto tradimento” o “attentato alla Costituzione”.

¹²³ V. C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op. cit.*, 46-48: «For example, there is a doctrine of “consular nonreviewability” [...], a “doctrine of non-inquiry” [...], Chevron deference doctrine [...], Youngstown doctrine [...]. There are a variety of other judicial abstention doctrines that serve the same function as the political question doctrine [...]. Many other doctrines, including those governing ripeness, mootness, standing, comity, *forum non conveniens*, equitable discretion, the state secrets privilege, and *stare decisis* enable courts to refrain from taking a position on legal questions. These doctrines are based on the assumption that courts should not interpret the law, or even correct misinterpretations of the law, until a dispute is before them, facts have been developed, arguments have been marshaled, and experience has been accumulated, and that even then judicial resolution might not be appropriate. The political question doctrine is of a piece».

¹²⁴ Naturalmente problemi analoghi si pongono anche per la Corte costituzionale italiana e in genere per tutti i Giudici delle leggi in relazione alla loro legittimazione nel sistema.

¹²⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 cranch) 137, 170 (1803). La bibliografia a commento della sentenza è – com'è facile intuire – sterminata; fra i contributi specifici della dottrina italiana, v. per tutti B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna 2008.

da cui origina questa celeberrima sentenza, la *Supreme Court* – presieduta dal giudice J. Marshall – si trova sostanzialmente a dirimere, appunto, un conflitto fra poteri (di tipo omissivo, secondo le categorie del modello di giustizia costituzionale italiano)¹²⁶, risolto però come giudizio di accertamento relativo alla titolarità di un diritto soggettivo¹²⁷. Per risolvere il caso, com'è noto, la Suprema Corte enuclea tre questioni¹²⁸ la cui risposta deve implicare logicamente¹²⁹ l'affermazione di un controllo di costituzionalità, all'esito del quale dichiarare *null and void* qualsiasi atto contrario alla Costituzione e quindi non applicarlo al caso sottoposto al giudizio.

Senza entrare nel dettaglio della nota vicenda da cui è originato il caso, ciò che ci interessa qui rilevare è che il *chief justice* Marshall ha dovuto necessariamente in premessa affermare il potere della Corte Suprema di non applicare gli atti contrari alla Costituzione: è da qui, come già accennato, che origina *judicial review*. Pertanto, *giudizio di costituzionalità delle leggi e risoluzione dei conflitti fra poteri*, nel sistema americano, sono tendenzialmente la stessa cosa; o, meglio, hanno un fondamento e un obiettivo comune: porre nel nulla un atto del potere legislativo o del potere esecutivo, in un contesto in cui è riconosciuta la supremazia del potere giudiziario sugli altri poteri¹³⁰. Tale supremazia, però, non è illimitata, trovando nelle *doctrine of justiciability* i propri confini: è lo stesso giudice Marshall che, affermando il potere di *judicial review*, afferma contestualmente che «*questions, in their nature political, or which are by the*

¹²⁶ V. A. SPERTI., *Corti supreme e conflitti tra poteri: spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Torino 2005, 10 ss.

¹²⁷ Bisogna ricordare che il sindacato di giustizia costituzionale nordamericano è nato nel contesto di (quello che per noi è) un giudizio promosso da un'azione di accertamento: ciò può forse costituire un suggestivo rimando alla sent. cost. n. 1/2014, come forma mascherata (o embrionale?) di ricorso diretto di costituzionalità, formalmente non previsto nel nostro ordinamento, ma adesso, in concreto... meno impossibile (almeno per quanto riguarda le leggi elettorali). In argomento, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 264, che parlano di «una sorta di *cripto-ricorso diretto* alla Corte sulle leggi elettorali» introdotto per via giurisprudenziale in seguito alle sentt. costt. nn. 1/2014 e 35/2017. Su queste due sentenze e sulle loro implicazioni per il modello di giustizia costituzionale italiano, v. spec. i lavori di A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014; ID., *Il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato*, in *federalismi.it*, n. 6/2016, 2 ss.; ID., *La Corte costituzionale e il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, in *Rass. parl.*, 2/2017, 385 ss.; ma v. pure ora, fra gli altri: S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamento, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018, spec. 103 ss.; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018.

¹²⁸ *Marbury v. Madison*, cit., 154: «Primo: il ricorrente ha un diritto al conferimento dell'incarico da lui richiesto? Secondo: Se ha un diritto, e questo diritto è stato violato, le leggi del suo paese gli offrono un rimedio? Terzo: Se gli offrono un rimedio, è questo rimedio un'ordinanza emessa da questa Corte?» (mia la traduzione).

¹²⁹ In realtà, come notano G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 31-33, non si tratta di implicazioni logicamente necessitate in senso stretto: evidenziando le aporie logiche della decisione, gli Autori sottolineano che «l'instaurazione del *judicial review* negli Stati Uniti e in Israele non deriverebbe da un'esigenza logica cogente, a partire dall'esistenza di una costituzione come norma suprema, ma sarebbe l'effetto di una "decisione", di un atto di volontà appoggiato a precise ideologie costituzionali che, nei fatti, sono risultate vincenti e sono venute a costituire addirittura un "modello naturale" e generale di riferimento, alternativo a quello artificiale che, sulla base di esplicite previsioni costituzionali, si è affermato in Europa» (32).

¹³⁰ V. C. PIPERNO, *op. cit.*, 86.

constitutional and laws, submitted to the executive, can never be made in this court»¹³¹ (miei i corsivi).

In questo senso, la *classical political question doctrine* si afferma quale «mera declinazione del principio di separazione dei poteri e espressione dell'attività di interpretazione costituzionale»¹³².

Tuttavia, poiché è la stessa Suprema Corte a stabilire se e quando una *question* è in concreto *political*, potendo erodere spazi di discrezionalità politica sempre maggiori nei confronti del Congresso, emerse subito la necessità di individuare criteri più certi.

Così, dopo alcune pronunce significative¹³³ in cui, nel corso del XIX secolo emerse il limite della *political question*, si arrivò a teorizzare, ad inizio Novecento, con M. F. Weston¹³⁴, che il criterio discretivo nell'individuazione di una *political question* sarebbe da rinvenire nell'espressa attribuzione di una competenza (contesa) al potere esecutivo o legislativo, inibendo di conseguenza al potere giudiziario di potersi "intromettere" nella disciplina di una data materia in quanto privo della base giuridica di riferimento¹³⁵. In breve, è l'assenza di *legal*

¹³¹ Cfr. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 170 (1803). In ogni caso, sebbene il caso *Marbury v. Madison* rientrasse fra le *political question*, la Suprema Corte ritenne di poterlo decidere perché, nel caso specifico, si trattava di accertare, in via logicamente prioritaria, se il diritto a vedersi notificata la nomina trovasse fondamento o meno nella legge (e non, invece, negli ordini impartiti dall'Esecutivo: in questo caso, di non dar seguito alla notifica della nomina). Pertanto, si legge nella sentenza (*ibidem*), poiché «la domanda se un diritto sia o meno conferito dalla legge, è per sua stessa natura, di carattere giudiziario, [...] come tale deve essere deciso».

¹³² C. DRIGO, *op. cit.*, 267.

¹³³ Fra le più importanti si segnalano la *Martin v. Mott*, 25 U.S. 19 (1827), in cui si stabilì che la possibilità di giudicare sulla legittimità della decisione del Presidente di convocare la milizia in risposta ad una presunta emergenza nazionale, andasse oltre i poteri della Suprema Corte; il caso *Williams v. Suffolk Insurance Co.*, 38 U.S. 415 (1839), sorto in relazione alla spettanza di poteri di governo sulle Isole Falkland, in cui la Corte stabilì che in materia di politica estera è il potere esecutivo ad avere l'ultima parola; il caso *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849), in cui si pose il problema di stabilire se la Corte avesse il potere di decidere quale, fra due governi statali in competizione – che asseriscono di essere gli unici ed esclusivi titolari del potere esecutivo – fosse quello legittimo, derogando alla c.d. *guaranty clause* di cui all'art. IV della Costituzione, affermò che una simile decisione «non ricade nella competenza giudiziaria»; in senso analogo (e su un caso simile), la *Pacific States Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912); il celebre caso *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946), un caso di *malapportionment*, in cui cioè si chiedeva alla Suprema Corte di porre rimedio alla asserita cattiva ripartizione dei distretti congressuali dello Stato, in cui la stessa statui che «i richiedenti domandano alla Corte ciò che è al di fuori della sua competenza [...] tale questione sembra essere di peculiare natura politica, non potendo essere oggetto di una decisione giudiziaria»; infine, il caso *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), che rovesciò completamente l'orientamento emerso nel caso *Colegrove v. Green* e segnò un'importante svolta nella giurisprudenza e nel dibattito sulla *political question doctrine*, nel senso precisato *supra* nel testo.

¹³⁴ M. F. WESTON, *Political question*, 38 Harvard Law Review 296, 1925. In senso differente (in relazione alla legittimità e agli scopi della doctrine), invece, M. FINKELSTEIN, *Judicial Self-Limitation*, 37 HARV. L. REV. 338, 344-345 (1924), aveva teorizzato un approccio prudenziale in virtù del quale la qualificazione di una *question* come *political* doveva applicarsi nei confronti di «all those matters of which the court, at a given time, will be of the opinion that it is impolitic or inexpedient to take jurisdiction». Questo senso di "inopportunità" nell'esercizio della giurisdizione deriverebbe a volte «from the feeling that the court is incompetent to deal with the particular type of question involved» e, altre volte, «by the feeling that the matter is 'too high' for the courts», anche in considerazione delle conseguenze che una decisione sul merito potrebbe produrre. Un concetto che, come vedremo *infra*, sarà poi ripreso da A. M. Bickel.

¹³⁵ In senso analogo H. H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harvard Law Review 1, 1959, secondo il quale la *political question doctrine* si esauriva nella mera attività di interpretazione costituzionale, a seguito della quale la Corte deve astenersi dal decidere laddove il testo della Costituzione avesse assegnato ad un altro potere dello Stato la competenza su una data materia: in questo modo, il parametro per

standards (intesi sia come norme attributive del potere alla Suprema Corte, sia come parametri del giudizio) a caratterizzare una *political question*, rendendola *non justiciabile*. Come vedremo, è forse questo il più significativo elemento di similitudine con la “nostra” inammissibilità determinata da questioni di natura politica.

Proseguendo in questa breve rassegna delle linee evolutive della *political question doctrine* statunitense, la tappa decisiva è senz’altro rappresentata dalla celebre sentenza *Baker v. Carr* del 1962. Al di là dei profili fattuali da cui originò la vicenda¹³⁶ (un caso di *malapportioning*¹³⁷), è significativo notare che, se nel precedente caso *Colegrove v. Green*, deciso sedici anni prima, la Suprema Corte aveva declinato la propria giurisdizione in quanto chiamata a giudicare un caso di *partisan gerrymandering*¹³⁸ (fino a quel momento considerato un classico esempio di *political question*), in *Baker v. Carr* supera il proprio precedente, imprimendo una svolta storica ai contorni della *political question doctrine*. La decisione è particolarmente importante perché, oltre a costituire un significativo momento di *judicial activism*, delinea contestualmente i criteri in virtù dei quali una questione può essere definita “politica” e quindi *non justiciabile*. In altri termini, per la Suprema Corte, una questione era da considerarsi “politica” (e quindi, diremmo noi, “inammissibile”) «quando è possibile riscontrare:

- 1) l’esistenza di una norma costituzionale che, attraverso un richiamo testuale [*textual commitment*], attribuisca la competenza sulla materia ad un organo politico;
- 2) la mancanza di *standards* giurisdizionali rinvenibili e utilizzabili;
- 3) l’impossibilità di decidere senza una iniziale valutazione discrezionale di tipo chiaramente non giuridico [quindi, diremmo noi, “discrezionalità politica”];

decidere se un caso sia o meno *justiciable*, o se rientri piuttosto fra le *political question* insindacabili, è esclusivamente legale, non residuando alla Corte alcun margine di discrezionalità. Almeno in teoria.

¹³⁶ Si trattò, ancora una volta, di un caso di *malapportionment*, non dissimile dal caso prima citato, in cui il richiedente lamentava una disparità nel voto che originava da una «distribuzione che sfavoriva gli elettori nel distretto di appartenenza, mettendoli in una condizione di disuguaglianza costituzionalmente ingiustificabile rispetto agli elettori del distretto confinante, irrazionalmente favorito»: v. *Baker v. Carr*, cit., 207-208.

¹³⁷ Per “malapportioning” si intende quella pratica con cui l’attribuzione dei seggi avviene non rispettando la proporzione con la consistenza demografica del territorio di riferimento. Cfr. CRS Report R42831, *Congressional Redistricting: An Overview*, a cura di R. CROCKER, 21 novembre 2012, 4: «Malapportionment is the term used to describe the lack of equal representation by population within a state. Malapportioned congressional districts have existed in the United States since the First Congress, with the degree of malapportionment varying over time». Per un’analisi sul “ritaglio” dei collegi elettorali da parte del legislatore italiano, v. S. TRANCOSSI, *Gli effetti della quota FPTP nella seconda applicazione del “Rosatellum-bis”*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023, 53 ss.

¹³⁸ Per “partisan gerrymandering” si intende quella pratica di artificioso ritaglio dei collegi elettorali, modificandone i confini, al fine di favorire la propria parte politica nelle elezioni. Cfr. CRS Report R42831, cit., 5: «in general, “enhancing the electoral prospects of a particular political interest” is often referred to as gerrymandering, combining the name of Massachusetts Governor Elbridge Gerry with the term “salamander,” describing the shape of the boundaries of a state legislative district drawn to favor Gerry’s political party in the 1800-1812 redistricting cycle. While some consider any construction of district boundaries to be, by its very nature, gerrymandering, the term usually implies an attempt to manipulate district boundaries to favor one’s own group interests». Sul malapportionment e sul *partisan gerrymandering*, v. R. G. DIXON, Jr., *Democratic Representation—Reapportionment in Law and Politics*, New York 1968. Sul punto cfr. A. RUSSO, *Apportionment e voto eguale. La giurisprudenza costituzionale in materia di malapportionment e di gerrymandering*, in *Atti della Reale Accademia Peloritana dei Pericolanti*, 1992, LXI, 205 ss.

- 4) l'impossibilità del giudice di decidere senza invadere le competenze di altri poteri;
- 5) l'inusuale esigenza di adesione incondizionata a una decisione politica già presa;
- 6) la potenziale difficoltà (di pronunciarsi) a causa dell'esistenza di molteplici dichiarazioni di vari organi dello Stato sulla questione»¹³⁹.

Questa decisione (in cui la Suprema Corte, infine, si pronunciò nel merito, riconoscendo che nessuno dei summenzionati presupposti sussisteva) provocò un grande e vivace dibattito nella dottrina coeva, risultando molto criticata, dando modo di elaborare due diverse concezioni della *political question doctrine*.

La prima di queste fu elaborata da A. M. Bickel¹⁴⁰, teorico delle celebri *passives virtues*¹⁴¹ cui la Corte dovrebbe far ricorso specialmente nei suoi rapporti con il potere politico. Bickel teorizzava un *prudential approach* alla *political question doctrine*, espressivo quindi di un sostanziale *self-restraint*. Nella sua impostazione, i suddetti *Baker factors* «sono insufficienti a definire compiutamente il concetto di *political question* (e la giurisprudenza successiva lo avrebbe confermato), non indicando la Costituzione il potere titolare della competenza a decidere in materia di *political questions*, né definendo la stessa il potere di *judicial review* e i suoi confini: mancherebbero appigli formali e testuali che ne definiscano in maniera precisa i limiti nei confronti delle competenze di altri poteri. Ne discenderebbe l'inapplicabilità dei canoni di *Baker* secondo criteri generali ed uniformi, secondo schemi quasi meccanici, essendo sempre necessaria la contestualizzazione e l'interpretazione degli stessi alla luce dell'ambito in cui sono invocati e del caso concreto»¹⁴². Così, la Suprema Corte dovrebbe esercitare le sue virtù passive e restringere al massimo il suo intervento in quanto affetta dalla c.d. *countermajoritarian difficulty*, preservando così la propria legittimazione nel sistema¹⁴³. La *Supreme Court* dovrebbe declinare la propria giurisdizione per ragioni “prudenziali” quando avverte un «un senso di incapacità [nel risolvere la controversia] determinato: a) tanto dalla singolarità della questione quanto dalla incapacità di addivenire a una *principled resolution* [una decisione basata su principi e criteri obiettivi]; b) la rilevante attualità, che può portare ad un giudizio sbilanciato; c) la preoccupazione/consapevolezza [della Corte] per cui il giudizio

¹³⁹ *Baker v. Carr*, cit., 217. Mia la traduzione.

¹⁴⁰ In A.M. BICKEL, *The Last Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-London, 1978 (I ed. 1962).

¹⁴¹ A.M. BICKEL, *The Supreme Court*, 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues, 75 Harv. L. Rev. 40, 74-80 (1961).

¹⁴² C. DRIGO, *op. cit.* 271.

¹⁴³ Cfr. CRS Report R43834, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, a cura di J. P. COLE, 23 dicembre 2014, 7: «Alexander Bickel in his enunciation of the “passive virtues” of the judiciary, understands the political question doctrine to permit courts to decline to adjudicate a case for prudential reasons as well. Writing in the aftermath of *Brown v. Board of Education* and the significant pushback that decision engendered in the South, Bickel sought to preserve the legitimacy of an unelected judicial branch. On the one hand, when courts declare legislation or executive branch actions to be unconstitutional, Bickel argued, they frustrate the will of the people. This “countermajoritarian difficulty” posed a significant problem because the judiciary’s power arises from its perceived legitimacy in adjudicating cases, rather than from passing or enforcing laws. At some point, continued judicial invalidation of public will risks losing that legitimacy. But at the same time, judicial rulings upholding the constitutionality of legislation also risk legitimating unprincipled or harmful policies».

sia da declinare, come dovrebbe essere ma come, forse, non sarà; d) infine, (“in una matura democrazia”), l’intrinseca vulnerabilità, l’insicurezza di un’istituzione [la Corte] che non è direttamente responsabile nei confronti dell’elettorato»¹⁴⁴. La *political question doctrine*, dunque, intesa in maniera rigorosa e restrittiva, sarebbe lo strumento tecnico ideale per offrire una giustificazione all’*avoidance*, ossia alla declinazione della propria competenza nel sindacare una data questione, definendola *non justiciabile*. In altri termini, la Suprema Corte in alcuni casi – *melius*: in quelli ricordati – può (anzi, deve) “decidere di non decidere”¹⁴⁵.

Una seconda concezione della *political question doctrine* generata dal dibattito successivo alla sentenza *Baker v. Carr* fu quella elaborata da F. W. Scharpf¹⁴⁶, che teorizzò un approccio “funzionale” basato su fattori diversi che la Corte adopererebbe nel decidere una questione politica¹⁴⁷. In particolare, una questione è “politica” quando i giudici hanno reali «difficoltà ad accedere alle informazioni»¹⁴⁸ o quando queste manchino del tutto; di conseguenza, una questione simile può essere risolta solo dal potere politico detentore delle informazioni mancanti. Così come sarebbero “politiche” quelle questioni «la cui definizione nel merito potrebbe avere quale conseguenza il minare o l’ostacolare l’azione delle *political branches*. In relazione a tale ultimo profilo, i giudici dovrebbero esercitare un *self-restraint* allorché si imponga un’esigenza di coerenza con le decisioni assunte dagli organi costituzionali, salvo che non vengano in rilievo diritti fondamentali la cui tutela, secondo la consolidata teoria dei *preferred rights*, impone uno *strict scrutiny* da parte del giudice»¹⁴⁹. Se per Bickel l’*avoidance* era dunque un’espressione di virtù passive in ragione delle quali la Suprema Corte “decideva di non decidere”, per Scharpf quest’ultima “non può decidere”, a causa di limiti “funzionali” (noi diremmo “strutturali”) del proprio sindacato, che egli individua nella

¹⁴⁴ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., 125-126; mia la traduzione.

¹⁴⁵ Questo concetto è ripreso, in senso critico nei confronti di Bickel, da F. W. SCHARPF, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 Yale L. J. 520 (1966), secondo cui, per Bickel, «when a constitutional issue is raised in a dispute which is a case and controversy, the Court is not inevitably confronted with the choice of having either to uphold a challenged act of government as constitutional, or to strike it down as violating the Constitution. The Court may do neither by availing itself of its "almost inexhaustible arsenal of techniques and devices" for avoiding this ultimate constitutional judgment».

¹⁴⁶ F. W. SCHARPF, *op. cit.*, 566-583 (1966).

¹⁴⁷ *Ivi*, 566-567: «I am persuaded that much, if not all, of the Court's political question practice should, like the procedural and jurisdictional techniques of avoidance, be explained in functional terms, as the Court's acknowledgment of the limitations of the American judicial process the difficulties encountered by the broader theories should serve as a reminder of the pitfalls of all generalization in this field. A satisfactory explanation of the political question doctrine is necessarily tied to the specifics of individual cases. Short of an exhaustive analysis of the case law, which is beyond the scope of this article, it is possible only to point out and discuss some of the functional factors and considerations which, in various combinations, may persuade the Court that in deciding a particular issue it would overreach the limits of its own responsibility».

¹⁴⁸ *Ivi*, 567: «When resolution of the issue as such would require information which is generally difficult to obtain, the Court may redefine the substantive standards in the "absolute" or "abstract" terms of an unqualified grant of power or of an unqualified limitation upon power, whichever appears more desirable to the Court. But this non-realistic solution is possible only in areas with which the Court is sufficiently familiar to assume that an "absolute" standard, though not responsive to the variables of individual cases, can provide for a tenable and workable accommodation of the broader interests at stake. When an absolute solution is not acceptable, an information problem which is inherent in an issue may justify the application of the political question doctrine». Esempio paradigmatico, sarebbero le questioni relative alla politica estera.

¹⁴⁹ C. DRIGO, *op. cit.*, 277-278; cfr. F. W. SCHARPF, *op. cit.*, 567, 573 e 583-585.

mancanza di informazioni e di “strumenti tecnici” necessari (in relazione, però, a questioni quali la politica estera, il diritto internazionale, la politica militare e la conduzione della guerra).

Un’ulteriore importante evoluzione del dibattito è segnata dal contributo di L. Henkin, che addirittura contesta la stessa esistenza della *doctrine*, chiedendosi se questa sia realmente necessaria¹⁵⁰. Egli, com’è stato osservato, «partendo dal presupposto che non possano esistere parti della Costituzione sulle quali il giudiziario non possa intervenire»¹⁵¹, afferma chiaramente che «*a doctrine that finds some issues exempt from judicial review cries for strict and skeptical scrutiny. The thesis I offer for discussion is that there may be no doctrine requiring abstention from judicial review of “political questions”*»¹⁵². Una posizione coraggiosa e praticamente isolata nella dottrina statunitense, che lo avvicina molto a chi, nella dottrina italiana, ha teorizzato l’inesistenza di “zone franche” sottratte al sindacato di costituzionalità¹⁵³. Pertanto, egli legge i casi storicamente considerati (anche dalla Suprema Corte) come *political question*, semplicemente come ipotesi in cui l’azione degli altri poteri dello Stato era da ritenersi a priori non illegittima e, solo per questo motivo, insindacabile¹⁵⁴.

In questo contesto di critica alla *political questions doctrine*, si segnalano anche le riflessioni di M.H. Redish¹⁵⁵, M. Glennon¹⁵⁶ e W. McCormack¹⁵⁷ che, seppur con argomentazioni e toni diversi, concordano però sul *disvalore* rappresentato da questa tecnica di selezione dei casi con cui la Corte, in definitiva, finirebbe per affermare la non giustiziabilità di potenziali violazioni della Costituzione. In tempi relativamente più recenti, si segnala poi la posizione di A. Barak secondo cui, in linea di principio, ogni questione può essere “sindacabile” perché «ogni questione giuridica può essere risolta mediante criteri legali»¹⁵⁸.

¹⁵⁰ L. HENKIN, *Is There a “Political Question” Doctrine?*, 85 Yale L.J. 597 (1976): «Like others, I have had difficulties with the doctrine, and some with Bickel's view of it. Continuing confusion and controversy, aggravated by what the Supreme Court has done and said since Bickel wrote, lead me to heretical questions: Is there a "political question" doctrine? Do we need one?».

¹⁵¹ C. PIPERNO, *op. cit.*, 118; in senso identico, v. anche C. DRIGO, *op. cit.*, 280.

¹⁵² L. HENKIN, *op. cit.*, 600.

¹⁵³ V. *supra*, § 3.3, nt. 83.

¹⁵⁴ Ad esempio, rileggendo il già citato caso *Luther v. Borden*, da più parti ricompreso come caso paradigmatico di *political question* non giustiziabili, nota come «The Court was not refusing to scrutinize the constitutionality of what the political branches had done. To the contrary, it found that the actions of Congress and the President in this case were within their constitutional authority and did not violate any prescribed limits or prohibitions»: così in L. HENKIN, *op. cit.*, 608.

¹⁵⁵ M.H. REDISH, *Judicial Review and the “Political Question”*, 79 NW. U. L. REV. 1031, 1059-60 (1984-85): «[o]nce we make the initial assumption that judicial review plays a legitimate role in a constitutional democracy, we must abandon the political question doctrine, in all of its manifestations».

¹⁵⁶ M.J. GLENNON, *Foreign Affairs and the Political Question Doctrine*, 83 AM. J. INT’L L. 814, 815-16 (1989): «[i]n modern American society, these justifications for judicial abstention [under the political question doctrine] seem increasingly to be calls for judicial abdication” and are “bare attacks upon the idea of judicial review».

¹⁵⁷ W. MCCORMACK, *The Political Question Doctrine. Jurisprudentially*, 70 University of Detroit Mercy Law Review 795, 1992-1993: «when a Court dismisses a challenge to governmental action on the basis of the political question doctrine it is always necessarily holding “that there are no legal rules constraining the validity of [the] challenged action»; in senso analogo, ID., *The Justiciability Mith and the Concept of Law*, 14 Hastings Constitutional Law Quarterly 597, 1987.

¹⁵⁸ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, 179, dove si legge anche, in un’ottica certamente più “estremistica” (quantomeno se confrontata con le posizioni formulate da Bickel in avanti): «every act can be “imprisoned” within the framework of the law. Even actions of a clearly political nature, such as waging war, can be examined with legal criteria».

L'evoluzione della *political question doctrine* negli ultimi anni ha visto una progressiva riduzione dei casi in cui la SCOTUS declina la propria giurisdizione, dichiarando “political” una *question*. Tant'è che qualcuno ha teorizzato il definitivo superamento, almeno nella prassi giurisprudenziale, dell'applicazione della *doctrine*. Come vedremo, però, non è così. I casi in cui la Suprema Corte *non ha* dichiarato – per diversi motivi – l'esistenza di una *political question* (decidendo così nel merito in settori in cui, invece, tradizionalmente, si era sempre astenuta), sono stati:

- in materia di politica estera, le pronunce *Boumediene v. Bush* (2008)¹⁵⁹, *Zivotofsky v. Clinton* (2012)¹⁶⁰ e *Zivotofsky v. Kerry* (2015)¹⁶¹;
- in materia di sistema elettorale (in senso lato, ma con particolare riferimento alla pratica del *partisan gerrymandering*) ed elezioni, *Vieth v. Jubelirer* (2004)¹⁶², in linea con *Davis v. Bandemer* (1986)¹⁶³;
- infine, in materia di *interna corporis* del Congresso e di *impeachment*, il caso *Nixon v. United States* (1993)¹⁶⁴, che fanno seguito a una decisione sui “titoli di ammissione” su cui il Congresso giudica in via esclusiva, in *Powell v. McCormack* (1969)¹⁶⁵, *INS v. Chadha* (1983)¹⁶⁶ e *United States v. Munoz-Flores* (1990)¹⁶⁷.

A conclusione di questa rassegna – inevitabilmente frammentaria – sull'evoluzione della *political question doctrine*, il più recente contributo che merita di essere segnalato è quello di C.A. Bradley & E.A. Posner, i quali, in un lavoro a quattro mani datato a ottobre 2022, sottolineano – in polemica con chi, nel frattempo, aveva affermato la scomparsa nella prassi giurisprudenziale dell'applicazione della *doctrine* – che in realtà quest'ultima è tutt'altro che scomparsa¹⁶⁸. Infatti, sebbene da *Baker* in poi, negli ultimi anni, si contino poche decisioni in

¹⁵⁹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 755 (2008); cfr. il commento di L.H. TRIBE, *Jurisdictional Gerrymandering: Zoning Disfavored Rights out of the Federal Courts*, 16 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 129 (1981).

¹⁶⁰ *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. 189 (2012). Cfr. CRS Report R43834, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, a cura di J.P. COLE, 23 dicembre 2014.

¹⁶¹ *Zivotofsky v. Kerry*, 576 U.S. 1 (2015). Cfr. CRS Report R43773, *Zivotofsky v. Kerry: The Jerusalem Passport Case and Its Potential Implications for Congress's Foreign Affairs Powers*, a cura di J.K. ELSEA, 28 settembre 2015.

¹⁶² *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004).

¹⁶³ *Davis v. Bandemer*, 486 U.S. 109 (1986).

¹⁶⁴ *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

¹⁶⁵ *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969).

¹⁶⁶ *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

¹⁶⁷ *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990).

¹⁶⁸ C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op. cit.*, 3: «What we find is a political question doctrine that is substantially different from the one described in the scholarship in five respects. First, the doctrine is more vibrant than is commonly assumed. The lower courts apply it regularly, even after the Supreme Court has signaled a lack of enthusiasm for it. Second, the application of the doctrine is concentrated in the foreign affairs area, a finding that is not necessarily surprising but that until now has not been documented. Third, even though the academic literature on the political question doctrine is almost entirely focused on constitutional adjudication, lower courts often apply the doctrine in non-constitutional cases—that is, cases involving claims brought under federal statutes, state law, or international law. Fourth, the doctrine as applied in the lower courts is more prudential in its orientation than one would expect just by reading the post-*Baker* Supreme Court decisions. Finally, our empirical study reveals a fundamental feature of the doctrine that has been missed in the literature. Contrary to what has been assumed (and which is a key part of the “judicial abdication” critique), we show that the political question doctrine does not typically have the effect of permanently disallowing adjudication of an issue. Instead,

cui la Suprema Corte ha chiaramente declinato la propria giurisdizione in virtù di una *political question* (solo 3 casi)¹⁶⁹, così non è nei tribunali inferiori, dove la *doctrine* ha invece una notevole applicazione da parte dei giudici, seguendo un approccio “prudenziale” (e dunque non con le limitazioni della “*classical*” e della “*functional*” *political question doctrine*)¹⁷⁰ sulla base di un equilibrio dei rapporti fra tribunali inferiori e Corte Suprema che si è affermato in via di prassi; fenomeno per lo più «ignorato dai commentatori»¹⁷¹. Questo impedisce anche, con ogni evidenza, che tali questioni arrivino alla Suprema Corte. Per tentare di definire “una volta per tutte” in cosa consista la “vera” *political question doctrine*¹⁷² e quali siano i criteri per dichiarare di conseguenza una questione *non justiciable*, propongono inoltre un test in tre fasi¹⁷³:

- 1) verificare se la norma costituzionale è chiara o meno: se la norma consente chiaramente l'azione dell'Esecutivo, la [Suprema] Corte arresta il proprio sindacato; se la norma è ambigua, la Corte passa alla seconda fase;
- 2) la [Suprema] Corte qui stabilisce se quella giudiziaria sia la sede adeguata per sciogliere l'ambiguità [interpretativa]. Qui la Corte prende in considerazione la propria capacità istituzionale e gli attori politici coinvolti. Se la Corte riconosce che quella giudiziaria non è la sede adeguata, decide in favore dell'Esecutivo poiché si tratta di “political question”; se la Corte invece riconosce quella giudiziaria come sede adeguata per risolvere il conflitto, passa alla fase n. 3;

declarations by the courts that an issue is political simply mean that the courts will not exercise their own judgment until the legal materials become clearer, something that can typically be accomplished by Congress through statute. This is obviously true in non-constitutional cases, in which Congress can simply legislate a clear rule of decision, but it is also true in most constitutional cases as well. This conclusion strengthens the case for the doctrine’s legitimacy and sheds light on doctrinal debates about the relationship of the doctrine to Article III of the Constitution and to the state courts».

¹⁶⁹ In *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973), in *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993) e in *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484, 2506 (2019). Cfr. C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op.cit.*, 7.

¹⁷⁰ Cfr. C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op. cit.*, 56.

¹⁷¹ C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op. cit.*, 4: «in which the lower courts apply the political question doctrine in cases in which the Supreme Court would likely decide on the merits, and the Supreme Court maintains this equilibrium by denying certiorari rather than taking cases and reversing the lower courts. Because commentators have focused on the Supreme Court’s decisions on the merits, they have overlooked this phenomenon».

¹⁷² Per gli Autori, la “vera” *political question doctrine* è quella applicata dai tribunali inferiori e non, invece, quella che può evincersi dalla (poche) pronunce della Suprema Corte. Essi propongono pertanto cinque elementi che caratterizzano la *doctrine* per come applicata nei tribunali inferiori, che valgono a differenziarla significativamente rispetto alla *doctrine* applicata dalla Suprema Corte. Poiché la dottrina ha sempre considerato solo le pronunce di quest’ultima per tentare di delineare i contenuti e i confini della *political question doctrine*, ignorando le pronunce dei tribunali inferiori, ha – secondo gli Autori – commesso un errore di valutazione, poi tramandatosi intatto nel tempo. Gli Autori notano dunque come, considerando le pronunce dei tribunali inferiori, la “vera” *political question doctrine* si caratterizzi per il fatto che: 1) la *doctrine* è molto viva e trova frequente applicazione, al contrario di quanto affermato dalla recente dottrina; 2) la materia principalmente interessata è quella della politica estera; 3) in generale, è applicata in casi “non-costituzionali” (questioni che ricadono sotto le Costituzioni federali, leggi statali o diritto internazionale), all’opposto di quanto è detto nella maggior parte della letteratura accademica la quale afferma che la *doctrine*, dopo *Baker*, si applica primariamente proprio in questioni costituzionali, specialmente riferite alla separazione dei poteri; 4) la *doctrine*, per come applicata nei tribunali inferiori, ha un approccio *more prudential* rispetto a quello adottato dalla Suprema Corte, e si basa ancora sui criteri forniti in *Baker*; 5) infine, contrariamente a quanto si afferma in relazione all’ “abdicazione” della funzione giudiziaria, la *political question doctrine* non preclude definitivamente considerazioni relative al merito della questione. Cfr. C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op.cit.*, 37-43.

¹⁷³ C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op.cit.*, 43-46. Per gli Autori, il test proposto non è altro che una riformulazione in chiave dinamica e progressiva dei criteri offerti nel corso del tempo dalla dottrina.

- 3) solo a questo punto, quindi, risolve la questione facendo ricorso ai suoi strumenti interpretativi, includendo anche considerazioni relative alla capacità istituzionale utilizzata di cui alla fase n. 2.

Classificazione, a ben vedere, ancora poco utile, nella misura in cui non chiarisce definitivamente *se, quando e perché* una questione è in concreto “politica”. Insomma, così come per la dottrina italiana, anche in quella nordamericana – nonostante gli enormi sforzi fatti – sembrerebbe difficile fornire dei criteri tendenzialmente certi e obiettivi per giudicare la natura politica della questione. Tuttavia, l’ultima classificazione offerta da Bradley-Posnar ha il merito di suggerire una metodologia diversa rispetto alla mera elencazione di criteri che si è avuta da *Baker* in poi: l’idea per cui il test volto a verificare se una questione sia “political” debba essere condotta non verificando se tutte le condizioni asseritamente rilevanti siano presenti (metodo statico della “check-list”), bensì verificando progressivamente che tutte le condizioni – considerate una per volta – siano presenti (metodo dinamico del “diagramma di flusso”).

Per il momento, a completamento dell’analisi comparatistica della *political question doctrine*, resta da chiarire sinteticamente quali siano, in definitiva, le analogie e le differenze con l’inammissibilità per discrezionalità del legislatore determinate da questioni «di natura politica», e perché i due concetti non siano pienamente né sovrapponibili né tantomeno fungibili.

4.2. Analogie fra *political question* e questioni «di natura politica»

Dopo aver inquadrato la *political question doctrine* nel sistema di giustizia costituzionale degli USA e aver chiarito il contesto storico-politico-giuridico in cui tale dottrina è maturata, possiamo adesso chiarire le analogie e le differenze rispetto alla “dottrina” italiana. Sia consentito rilevare subito che le differenze fra i concetti di “political question” e “questioni politiche” sono quantitativamente e (soprattutto) qualitativamente maggiori rispetto alle analogie. Nondimeno, queste ultime sembrerebbero sinteticamente consistere in:

1. una funzione di *autolimitazione*: le Corti sono consapevoli che non possono spingersi troppo oltre nel campo del *judicial activism* e nella erosione degli spazi del potere di decisione politica latamente inteso, in ragione della mancanza di legittimazione popolare di cui godono gli organi di indirizzo politico¹⁷⁴;
2. una funzione di *giustificazione* del mancato intervento: in entrambi i sistemi, le Corti utilizzano strumentalmente il carattere “politico” della questione quale impedimento di natura formale e/o sostanziale a una pronuncia nel merito, evitando così di

¹⁷⁴ Sebbene, come vedremo nel Cap. III, in una vera democrazia costituzionale la legittimazione delle Corti del sistema ha – deve avere – anche una peculiare legittimazione “dall’alto”: cfr. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2006, 569 ss.

decidere questioni politicamente “sensibili” e pertanto “scomode” (con l’obiettivo di preservare, ancora una volta, la propria legittimazione: un diniego di giustizia, tendenzialmente inaccettabile, diverrebbe così giustificato e tollerabile);

3. una funzione di *selezione* dei casi da non decidere, ma solo in via approssimativa e in senso atecnico (v. § successivo); in generale, tale funzione selettiva è espressa dalle *doctrines of justiciability*, molto simili ai “nostri” presupposti di ammissibilità del giudizio e alle condizioni cui questo può essere richiesto alla Corte;
4. una funzione *garantista*, data dalla necessaria esistenza di una previsione normativa in virtù della quale le Corti tenderebbero ad arrestarsi dinanzi a una riserva di legge o un «textual commitment» che affidi chiaramente a un potere diverso (da quello esercitato dalle Corti) la risoluzione della questione¹⁷⁵;

Oltre a questa comunanza di funzioni e di scopi, ulteriori analogie possono essere riscontrate:

5. in una limitazione *esterna* al sindacato di costituzionalità (che si somma all’autolimitazione sopra menzionata): molto più forte per la Corte costituzionale, con l’art. 136 Cost. (e il riferimento al giudizio di sola “legittimità” delle leggi), unitamente all’art. 28 l. 87/1953; per la Suprema Corte, invece, l’art. III Cost., per come interpretato poi dalla giurisprudenza (in un contesto in cui il precedente giudiziario ha valore vincolante);
6. nella possibilità, per le Corti, di dotarsi di uno strumento processuale riconducibile alla loro volontà «di disporre di uno strumento flessibile di cui servirsi per calibrare al meglio gli interventi ritenuti necessari per assicurare il rispetto e l’attuazione della Costituzione»¹⁷⁶;
7. nell’asserita impossibilità di un giudizio nel merito determinato dalla mancanza di parametri giuridici o *legal standards*.

Ma l’analogia più grande, ad ogni buon conto, sembra essere quella per cui sono sempre le Corti, in definitiva, a decidere *se e quando* una questione è *politica* o meno, anche se negli USA (a differenza che in Italia) si è quantomeno fatto uno sforzo di sistematizzazione/selezione (*doctrine*) dei casi. Ciò sembra essere determinato principalmente da due fattori: in primo luogo, dall’impossibilità di determinare in via esaustiva e definitiva una serie di criteri realmente utili a stabilire in maniera inequivoca il carattere “politico” della questione, al netto dei tentativi che (almeno dalla Suprema Corte) sono stati elaborati nel tempo; in secondo luogo perché, anche qualora tali criteri interpretativi fossero elaborati, il potere ermeneutico di cui

¹⁷⁵ Per la Corte costituzionale, ovviamente, (poiché l’inammissibilità per questioni di «natura politica» è relativa al giudizio di legittimità costituzionale) ci si riferisce essenzialmente al solo potere legislativo; per la Suprema Corte, invece, anche al potere esecutivo. Ad ogni modo, è d’uopo precisare che la riserva assume storicamente una funzione di garanzia rispetto all’Esecutivo, ma non rispetto alla Corte costituzionale: del resto, non esistono materie coperte da riserva di legge che possano dirsi completamente sottratte al sindacato costituzionale (salvo l’eventuale problema dell’accesso al sindacato). Nei confronti della Corte costituzionale, dunque, la riserva di legge non avrebbe una funzione di “garanzia” quanto piuttosto di “preferenza” per la legge quale strumento manifestativo della sovranità popolare.

¹⁷⁶ C. DRIGO, *op. cit.*, 477.

gode il giudice nella sua attività di interpretazione e applicazione della legge, è potenzialmente idoneo a superarli sempre, alla luce del caso concreto (anche se, ovviamente, la Corte sarebbe costretta ad argomentare attentamente l'eventuale superamento di tali limiti e non è detto che ciò sia sempre facile o possibile).

Tuttavia, non per questo, però, qualsiasi attività ricognitiva dei limiti e dei poteri dell'attività interpretativa delle Corti è completamente inutile: come suggerisce l'esperienza dell'evoluzione della *political question doctrine* nel contesto statunitense, il contributo della dottrina è risultato decisivo nell'elaborazione nei capisaldi della giurisprudenza della SCOTUS a tal proposito, a partire da *Marbury* (e l'influenza esercitata dal contributo di Madison sul *The Federalist*¹⁷⁷) fino a *Baker*. Nella dottrina e nella giurisprudenza italiana mancano, almeno ancora, elaborazioni in tal senso, quanto meno di analoga portata.

4.3. (segue) Differenze.

Le differenze fra l'*avoidance* determinato dall'esistenza di una *political question* e l'inammissibilità determinata da questioni «di natura politica», come si accennava, sono molteplici. Di talché ogniqualvolta si fa riferimento, a commento della giurisprudenza della Corte costituzionale, a «political question», non può che trattarsi di un riferimento atecnico. Le differenze fra i due concetti, come si è tentato sin qui di illustrare, non consentono infatti vere sovrapposizioni. Infatti:

1. è diversa la *forma di governo*; non si può non tener conto della radicale differenza della forma di governo e della rigida separazione dei poteri americana, che funge anche da criterio di allocazione delle attribuzioni e delle competenze: in quel contesto, dunque, la *political question doctrine* nasce soprattutto, come abbiamo visto, per garantire quella rigidità¹⁷⁸ (in questi termini sconosciuta nel nostro ordinamento, che ammette invece interferenze funzionali¹⁷⁹ e richiede piuttosto una leale collaborazione fra i poteri). In questa rigida separazione dei poteri, il giudiziario ha – o sembra avere – una supremazia sul legislativo¹⁸⁰, esistendo anche una diversa

¹⁷⁷ Cfr. C. DRIGO, *op. cit.*, 21.

¹⁷⁸ Tant'è che la stessa sentenza *Baker v. Carr*, 369 U.S. 210 (1962) a precisare che la *political question doctrine* è «primarily a function of the separation power».

¹⁷⁹ La bibliografia sul tema è sterminata, ma si segnalano per tutti G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, voll. I-II, Milano, 1979-1984 e, prospettiva comparata e con particolare riguardo al tema delle interferenze funzionali negli USA, L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, Brescia 2012, spec. 157 ss.

¹⁸⁰ O almeno così è se si guarda all'origine di quel modello: cfr. C. PIPERNO, *op. cit.*, 86, per la quale la genesi stessa del sistema nordamericano «si ritrova nella volontà espressa dai Padri Fondatori di stabilire la supremazia del potere giudiziario [...] sugli altri poteri, in particolare sul potere legislativo; questo assetto istituzionale trovava il suo fondamento nella fiducia riposta dal Costituente americano nel sistema giudiziario, fiducia rafforzata dal meccanismo previsto per la selezione dei magistrati: era stato affidato agli elettori il compito di scegliere i giudici i quali, quindi, non sono inquadrati in carriere burocratiche. Con questo si è inteso dare forma normativa e tutela di rango costituzionale alla diffidenza nei confronti del legislatore, cui più volte avevano fatto richiamo gli stessi Fondatori. Si è attuato, così, un disegno istituzionale che pone, quale organo teso a garantire e

concezione dei rapporti fra diritto e politica¹⁸¹. Nel sistema italiano, invece, non solo non esiste tale supremazia, ma è il Parlamento (almeno dal punto di vista teorico) ad avere una “centralità” nel sistema;

2. è poi diverso, com'è altrettanto noto, il *modello di giustizia costituzionale*: quello statunitense è diffuso e di origine giurisprudenziale, quello italiano è accentrato ed espressamente previsto dalla Costituzione. Pertanto, in un sistema in cui la separazione dei poteri è rigida e in cui il controllo di costituzionalità è interamente incardinato entro il potere giudiziario (il quale si è peraltro sostanzialmente auto-attribuito il potere di *judicial review*), l'esigenza di garantire la suddetta separazione e la connessa autolimitazione del potere giudiziario è molto più avvertita;
3. la *political question doctrine* viene in rilievo per lo più nella *sede* del conflitto di attribuzione fra poteri dello stato, operando come selettore di quelli ammissibili, restando tendenzialmente estranea al sindacato di costituzionalità delle leggi;
4. quando la Suprema Corte (o un tribunale inferiore) accerta l'esistenza di una *political question*, si astiene letteralmente da ogni tipo di pronuncia riconoscendosi priva di potere (*lack of jurisdiction*), rifiutandosi *tout court* di decidere il caso e lasciando “senza risposta” il ricorrente; nel sistema italiano, invece, ciò non è del tutto possibile: *la Corte deve sempre pronunciarsi* (anche con una decisione processuale) e non può declinare la propria competenza¹⁸², (anche) per consentire al giudice a

attuare la Costituzione, nei confronti dei, cittadini, in primo luogo, il potere giudiziario, anche “al di là e contro il legislatore”». In argomento, cfr. C. G. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkley 1932. Sulle origini del sistema di giustizia costituzionale nordamericano, cfr. almeno E. W. CORWIN, *The doctrine of Judicial review, Its legal and Historical Bases*, New York, Routledge, 1914; M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino 1931; M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968, 95 ss. Proprio questa tendenza di prevalenza giurisdizionale, tipicamente anglosassone, ha scatenato feroci critiche nella dottrina americana: per tutti, cfr. soprattutto, R.H. BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges* (2003), trad. it. di S. Fabi e S. Sileoni, Macerata 2006.

¹⁸¹ C. PIPERNO, *op. cit.*, 7-9: «Negli USA studio del diritto e studio della Costituzione vennero quindi a coincidere. Nulla di più lontano dalle elaborazioni kelseniane di quello che è il quadro che si presenta allo studioso in America: la rigida distinzione tra politica e diritto non è mai esistita [...]. Non troveremo mai nella produzione di un giurista americano un manuale privo di riprese di posizioni politiche, cosa invece tipica della maggior parte dei nostri testi [...]. Quanto abbiamo finora affermato trova fondamento nella posizione di autonomia che il potere giudiziario ha negli Stati Uniti, vincolato solo dalle norme costituzionali, il sindacato costituzionale è quindi solo l'espressione manifesta della posizione riconosciuta al potere giudiziario: in un paese di Common Law non si nega il carattere *latu senso* politico dell'attività di creazione e di trasformazione del diritto svolta dal magistrato. [...]. Questa dicotomia carattere giudiziario o carattere politico della funzione del giudice della costituzionalità è totalmente estranea alla dottrina nordamericana» Il sistema americano, invece, ha eliminato questa distinzione teorica che ha segnato il dibattito dottrinale e giuridico della dottrina costituzionalistica europea e nazionale, «riconoscendo la funzione politica del giudice e collocando la figura extramondana del giudice “senza macchia e senza paura” solo nei copioni hollywoodiani».

¹⁸² Una facoltà simile poteva avere, semmai, vigente l'originario art. 127 Cost. (anteriore alla modifica del Titolo V operata con L. cost. n. 3/2001), il cui ultimo comma prevedeva che la Corte potesse decidere se, in caso di dubbio circa il carattere di legittimità o di merito del giudizio, la questione sollevata dal Governo nei confronti di una legge regionale impugnata, dovesse essere posta alla Corte (nel primo caso) o alle Camere (nel secondo): «ove il Consiglio regionale la approvi di nuovo a maggioranza assoluta dei suoi componenti, il Governo della Repubblica può, nei quindici giorni dalla comunicazione, promuovere la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, o quella di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere. In caso di dubbio, la Corte decide di chi sia la competenza». In altri termini, se la Corte avesse riconosciuto in caso di dubbio che una questione relativa a una legge regionale avesse riguardato il merito politico, avrebbe potuto “declinare” la

quo di definire il processo principale e soddisfare la domanda di giustizia del ricorrente¹⁸³;

5. inoltre, se l'esistenza di una *political question* postula la tendenziale esistenza di *zone franche* sottratte al controllo di costituzionalità (a causa del controllo diffuso e della rigida separazione dei poteri), non è così nel sistema italiano: come abbiamo visto *supra*, qualsiasi atto, anche non legislativo – seppure in sedi diverse dal sindacato incidentale di costituzionalità – può essere oggetto di un controllo da parte della Corte, poiché la Costituzione informa di sé tutto l'ordinamento;
6. la Corte costituzionale italiana, dal punto di vista quantitativo, sembra dichiarare l'inammissibilità laddove la discrezionalità del legislatore involga per lo più questioni che hanno scarso *tono costituzionale* (ma, n.b.: raramente e in misura quantitativamente minore, anche nei casi di questioni politicamente sensibili); nel sistema nordamericano, invece, non sono simili questioni a porre un problema di *justiciability*, quanto piuttosto questioni politicamente molto rilevanti, le quali potrebbero invadere la competenza di altri poteri dello Stato (*impeachment*, politica estera, ecc.);
7. se negli USA le *political questions* non sono mai giustiziabili (anche) perché il principio della separazione dei poteri è invalicabile, in Italia la discrezionalità riservata al legislatore nella determinazione delle questioni politiche non è mai, invece, un *limite "assoluto"* e insuperabile¹⁸⁴;
8. nell'inammissibilità per discrezionalità legislativa la Corte sovente formula *valutazioni inerenti al merito*, lamentando la semplice – e mai assoluta – impossibilità “tecnica” di colmare la lacuna con un'addizione non costituzionalmente imposta, lasciando talvolta intravedere l'incostituzionalità della norma con una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata; dinanzi a una *political question*, invece, non sarebbe immaginabile per la SCOTUS una simile

competenza in favore delle Camere. In questo caso, effettivamente, avremmo avuto un'identità di concetti con la *political question doctrine* nordamericana, dove la Corte Suprema declina la propria competenza in favore di un diverso potere dello Stato. Le ragioni che hanno portato alla mancata riproposizione del giudizio di merito davanti alle Camere sono state determinate, principalmente, dalla circostanza fattuale della «totale inapplicazione delle disposizioni costituzionali a riguardo: nessuna impugnazione per violazione dell'*interesse nazionale* o dell'*interesse di altre Regioni* dinanzi alle Camere è mai stata proposta»: così T. MARTINES - A. RUGGERI - C. SALAZAR - A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, XI ed., Milano 2022, 283. Di conseguenza, com'è ovvio, mai la Corte si è dovuta trovare a sciogliere dei *dubbi* relativi al carattere di merito o di legittimità della questione e della correlativa individuazione del soggetto istituzionale competente a dirimerla.

¹⁸³ Cfr. C. DRIGO, *op. cit.* 458-460: «a differenza del Supremo giudice statunitense, la Consulta non dispone di strumenti formali che le consentono di rifiutarsi di analizzare (e quindi rifiutarsi di decidere) i casi sottoposti al suo esame. Nell'ambito del giudizio in via incidentale non è ipotizzabile che la Corte costituzionale non risponda alla questione sollevata emanando un *dismissal for want of a substantial federal question* con cui la Corte Suprema rifiuta il ricorso non ritenendo la questione sottoposta “sufficientemente” importante».

¹⁸⁴ E la Corte lo ha ribadito espressamente nella già citata sent. cost. 242/2019 (“caso Cappato”): la legalità costituzionale e il rispetto del superiore principio della dignità umana prevalgono sulla discrezionalità legislativa (e dunque su un'astratta separazione dei poteri).

operazione: riconoscendo il proprio difetto assoluto di giurisdizione, si limita solo a indicare l'organo competente per la risoluzione della questione¹⁸⁵;

9. è diversa, inoltre, la funzione di *autolimitazione* che entrambi gli istituti condividono. Infatti, se nel modello nordamericano il giudice dichiara la propria incompetenza, non avrebbe neppure senso, a rigore, parlare di *self-restraint*: un'autolimitazione può logicamente configurarsi solo se il potere (in astratto) esiste ma (in concreto) non viene esercitato; al contrario, per la Corte italiana è più corretto parlare di "autolimitazione" perché il potere in astratto è sempre configurabile (in quanto nulla è sottratto al controllo di costituzionalità) ma in concreto la Corte riconosce che non può esercitarlo;
10. l'inerzia del legislatore, di conseguenza, è un limite tendenzialmente invalicabile per il giudice costituzionale statunitense, visto che la "politicità" della questione lo priva radicalmente della giurisdizione. Non così, invece, per la Corte italiana che, oltre a utilizzare a volte l'inammissibilità e altre l'infondatezza¹⁸⁶, sembra spesso "concedere" al legislatore il tempo necessario a disciplinare la materia laddove la Corte riscontri un *vulnus* di costituzionalità ma, se l'inerzia del legislatore dovesse risultare "intollerabile", la Corte preannuncia che interverrà;
11. un'altra differenza fondamentale si rinviene nella circostanza per cui, nell'attuale prassi giurisprudenziale nel sistema nordamericano, sono in gran parte i tribunali inferiori a dichiarare che una questione è "politica" (e quindi, diremmo noi, a

¹⁸⁵ In altri termini, se nelle decisioni di inammissibilità (e, originariamente, di infondatezza) della Consulta c'è un effetto più o meno "legittimante" delle scelte politiche effettuate dal legislatore (purché entro il limite della ragionevolezza e non arbitrarietà), nelle decisioni della Suprema Corte non troviamo nulla di simile. Cfr. C. DRIGO, *op. cit.*, 475: «la Corte Suprema quando ritiene una questione *non-justiciable* per *political question*, non legittima nel contempo il provvedimento sottoposto al suo giudizio ed inoltre la sua indicazione che la questione spetti *to another agency of government* risulta spesso solo in modo implicito».

¹⁸⁶ Sebbene ciò accada ormai sempre più raramente, adottando la Corte tendenzialmente una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa, è accaduto che la Corte si sia pronunciata anche con una decisione di infondatezza, di talché si è affermato che «le pronunce di inammissibilità continuano a convivere con le pronunce di infondatezza»: così A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 635; cfr. pure G.P. DOLSO, *op. cit.*, 227. A ben vedere, non è neppure del tutto escluso che questo possa continuare ad accadere: come nota E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., 347, «vi possono essere casi nei quali la questione è formulata in modo tale da rendere evidente che si chiede un intervento non consentito alla Corte o estraneo alla sua competenza (ad esempio in una delle ipotesi richiamate di "indifferenza costituzionale", ovvero di legislazione *praeter constitutionem*) e corretta risulta pertanto una decisione di inammissibilità in quanto, a prescindere dalla fondatezza o meno della censura, essa non può essere oggetto di un esame nel merito. In altre circostanze, invece, la decisione sulla spettanza o meno alla Corte di un potere di intervento sulla disposizione censurata non può che conseguire ad un'analisi *del merito* della questione, per magari concludere che – sebbene possa ravvisarsi un incostituzionalità della disciplina – tuttavia, la soluzione è puramente ablatoria non è possibile (pena la possibile violazione di altri diritti o principi costituzionali, ad esempio) e nemmeno si rende possibile giungere ad una pronuncia additiva (di principio o altro). In tali ultimi casi, tuttavia, la pronuncia non può essere né di tipo processuale (perché conseguente ad un esame del merito della questione) né tuttavia di merito, nel senso almeno che noi conosciamo (giacché se si pronunciasse l'infondatezza, si dovrebbe dire che l'incostituzionalità non sussiste e la disposizione può andar bene così com'è: mentre in molte circostanze la motivazione indica chiaramente che di incostituzionalità si tratta). Ed in effetti, in molti casi, una pronuncia di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore viene ritenuta meno "definitiva" di una pronuncia di infondatezza, perché non preclude la possibilità di una successiva riconsiderazione e, in quanto può considerarsi come un pressante invito al legislatore ad intervenire (in certa misura dando ragione anche a chi aveva sollevato la questione)».

dichiarare inammissibile una q.l.c.), stante il sistema diffuso di costituzionalità. Circostanza che non è strutturalmente possibile nel sistema di giustizia costituzionale italiano, dove, ad oggi, il giudice *a quo* non ha il potere di rigettare un'eventuale istanza di parte perché astrattamente implicante valutazioni di natura politica in relazione alla norma da applicare in giudizio (sempreché, s'intende, l'istanza di parte indichi uno o più parametri costituzionali in base ai quali considerare illegittima la norma, configurando così il giudizio come giudizio di legittimità; se l'istanza di parte contestasse solo il merito della scelta politico-legislativa sintetizzata nella disposizione che si intende impugnare, allora il giudice *a quo* ben potrebbe rigettare l'istanza): egli può solo ritenerla manifestamente irrilevante, dilatoria (dunque parimenti rigettabile) o costituzionalmente infondata. In sintesi, quindi, se la questione – correttamente formulata in termini di *legittimità* – dovesse poi implicare scelte legate al merito della scelta politica sottesa, non è un giudizio che compete al giudice *a quo*, quanto piuttosto alla Corte costituzionale.

A conclusione di questa rassegna comparativa, possiamo quindi affermare che nel nostro sistema di giustizia costituzionale non può parlarsi esattamente di *political question doctrine*¹⁸⁷, il cui concetto risulta di sfuggente definizione¹⁸⁸ anche a causa della difficoltà di definire criteri obiettivi con cui accertarne in concreto l'esistenza. Gli stessi criteri forniti nella sentenza *Baker* spesso non sono stati di grande utilità, in quanto «i giudici non sempre hanno concordato sul come identificare una *political question*, ma anche su questioni fondamentali quali la *fonte* della *political question* (se costituzionale o meramente “prudenziale”), nonché gli *scopi* della dottrina medesima»¹⁸⁹, tanto che – come abbiamo visto – taluno ha messo in discussione l'esistenza stessa della *doctrine* sebbene in alcuni casi – anche relativamente recenti – continui a trovare applicazione nella giurisprudenza della Suprema Corte¹⁹⁰. Da questo punto di vista, l'equilibrio che si è raggiunto fra Suprema Corte e Corti inferiori (in cui la *political question* trova maggiore

¹⁸⁷ Cfr. C. DRIGO, *op. cit.*, 479 e 481: «se pare difficile configurare nel nostro ordinamento una *political question doctrine* limitandosi a trasporre quanto affermato in relazione all'ordinamento statunitense, pur tuttavia, come già anticipato, ciò non significa che semi di una *political question doctrine* (per quanto talvolta confusi) siano presenti anche nella nostra esperienza di giustizia costituzionale», potendosi concludere che, nel nostro ordinamento, questa dovrebbe essere declinata come «una peculiare (e del tutto atipica) modalità di selezione dei casi da integrarsi, però, con tutti gli altri strumenti di cui dispone la Corte per relazionarsi con la sfera politica e per svolgere le articolate competenze e funzioni che le sono assegnate». Dello stesso avviso anche M. CALDIRONI, *op. cit.*, 12.

¹⁸⁸ In relazione a tale difficoltà si concorda con C. DRIGO, *op. cit.* 286 e con M. CALDIRONI, *op. cit.*, 12. Ad oggi, riprendendo l'attuale visione del *Congressional Research Service*, non possiamo che concludere che «il lemma “*political question*” esprime il principio secondo cui alcune questioni sono affidate esclusivamente ad un altro potere dello Stato o vanno oltre la competenza del potere giudiziario di effettuare il sindacato di costituzionalità. La constatazione per cui una questione è da qualificarsi come “politica” priva le corti federali della giurisdizione, significando la loro carenza di potere per decidere la questione»: CRS Report LSB10756, *The Political Question Doctrine: An Introduction*, cit., 1 (mia la traduzione);

¹⁸⁹ CRS Report LSB10756, *The Political Question Doctrine: An Introduction*, cit., 2. Mia la traduzione e i corsivi.

¹⁹⁰ Per un'analisi quantitativa e qualitativa, si rimanda ancora a C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op. cit.*

applicazione), fa sì che la *doctrine* si atteggi più come preclusione al sindacato della Suprema Corte che non come definitivo rifiuto di “rendere giustizia”¹⁹¹.

In ogni caso, giova ribadirlo, si è trattato sempre di situazioni riconducibili a ipotesi di conflitti fra poteri: ad esempio in tema di *internal proceedings* (analogamente alla tendenziale insindacabilità degli *interna corporis acta* per la Corte italiana)¹⁹², *impeachment*¹⁹³, *foreign affairs*¹⁹⁴ e, infine, casi di «*political process, elections, partisan gerrymandering*»¹⁹⁵.

Per di più, come già detto, l’applicazione della *doctrine* interviene principalmente nei confronti del potere esecutivo, e «solo qualche volta»¹⁹⁶ nei confronti di quello legislativo.

5. Le questioni eticamente sensibili e scientificamente condizionate come (dubbia) ipotesi di “*political question*”

I punti di frizione più significativi del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore italiano sono, probabilmente, quelli relativi alle questioni etiche, scientifiche, bioetiche, le quali sembrerebbero costituire i più significativi tratti di somiglianza con la *political question doctrine* americana.

Per comprendere come e perché la Corte decide – nel senso che si autolimita (o *non* si autolimita) – in questo campo, credo sia opportuno distinguere le questioni “politicamente

¹⁹¹ C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op.cit.*, 55: «the political question doctrine tends not to completely foreclose judicial review. By preserving to itself the authority to review most issues, while also allowing the lower courts to apply the political question doctrine to screen out some cases, the Supreme Court ensures that the doctrine operates more like a denial of certiorari than a permanent disallowance of review». Per spiegare perché i tribunali inferiori usino la *political question doctrine* più frequentemente della Suprema Corte, gli Autori affermano (52-53) che «The Supreme Court is a more “political” body than the lower courts are. We mean this in a technical rather than ideological sense. The lower courts interpret and enforce the laws, including the precedents handed down by the Supreme Court.238 When those sources of law are not clear, the lower courts can rely only with difficulty on traditional methods of legal analysis, and therefore may best preserve their authority and avoid error by abstaining rather than trying to develop the law where political backlash is a risk. The political question doctrine provides formal authority for such abstention. By contrast, the Supreme Court possesses more political authority: It is permitted to overturn its own precedents (as we were reminded again recently in the abortion context), and to rely on broader constitutional policy considerations to formulate the law, and it is expected to develop the law where it is unclear. [...] An equilibrium or implicit understanding has arisen in the practice of the Supreme Court and the lower courts. Possessing political or quasi-political authority, the Supreme Court makes law by creating, modifying, and overturning precedents. Lacking such authority, the lower courts try to avoid making law, except perhaps interstitially, and the political question doctrine is one tool for avoiding decisions in cases where a ruling on the merits one way or the other would make law to a larger extent than lower courts are generally responsible for».

¹⁹² Ad es. il caso *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969) e *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

¹⁹³ *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

¹⁹⁴ Ad es. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973); *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979); *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

¹⁹⁵ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986); *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004); *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484, 2506 (2019).

¹⁹⁶ Cfr. C. A. BRADLEY - E. POSNER, *op.cit.*, 4: «application of the political question doctrine typically avoids a confrontation with the executive branch (and sometimes Congress)».

sensibili” da quelle “scientificamente condizionate”, prendendo poi in esame gli ambiti in cui tali dimensioni tendono a sovrapporsi. Come vedremo, non sempre ciò accade.

L’analisi sin qui svolta ha tentato di dimostrare la diversità fra i concetti di *political question* e questioni «di natura politica»: per questo e per altri motivi che di seguito proveremo ad evidenziare, non reputiamo possa quindi sostenersi che la Corte, quando pronuncia un’inammissibilità per discrezionalità legislativa, decida effettivamente *di non decidere*. Quasi sempre, anche in questi casi, semplicemente – e più precisamente – essa piuttosto decide di *non accogliere* la questione sottoposta al suo esame¹⁹⁷. La differenza fra “decidere *di non decidere*” e “decidere *di non accogliere*” può sembrare sottile, ma in realtà ha una sua consistenza: è questa la tesi che proverò a dimostrare. Infatti, è possibile affermare – soprattutto alla luce delle più recenti evoluzioni delle tecniche decisorie – che l’inammissibilità di cui stiamo discorrendo sia in realtà quasi sempre una pronuncia di *infondatezza mascherata*.

Abbiamo visto *supra* che, quando la Corte dichiara inammissibile una q.l.c. in quanto l’intervento richiesto richiederebbe valutazioni spettanti al legislatore nell’esercizio della sua discrezionalità politica, si tratta quasi sempre (almeno da un punto di vista quantitativo), di questioni che non hanno un significativo tono costituzionale, per motivi per lo più legati a una discrezionalità “tecnica” e tendenzialmente sempre in relazione a determinate materie (sanzionatoria, processuale, previdenziale, tributaria, ecc.).

Per sviluppare il nostro ragionamento, è necessario partire dal presupposto che l’esistenza di una molteplicità di soluzioni astrattamente possibili, nessuna delle quali costituzionalmente imposta, va esaminata non solo sul piano strettamente tecnico-giuridico, ma anche sul piano *pre-giuridico* e *meta-giuridico*.

Il piano *pre-giuridico* attiene a tutte quelle fattispecie la cui disciplina presuppone un necessario accertamento istruttorio a carattere (spesso) tecnico-scientifico: in questo caso sono la tecnica e la scienza a delineare i contorni del fatto giuridicamente rilevante, descrivendone i presupposti di esistenza e gli orizzonti di possibilità. È la scienza, ad esempio, a rendere materialmente possibili (ora, rispetto al passato) alcuni “fatti” come la procreazione medicalmente assistita, il diritto a una morte che si ritiene “dignitosa”, e così via. In seguito arriva la *politica*, che – attraverso fonti sub-costituzionali (leggi ed atti amministrativi) – decide cosa si può e cosa non si può fare, e solo dopo, a seguire, *il diritto costituzionale* che prevede l’esistenza di organi volti a controllare la “costituzionalità” di ciò che *di fatto* è tecnicamente

¹⁹⁷ Cfr. L. SALVATO, *op. cit.*, 9-10 (anche se si riferisce alle decisioni di inammissibilità *tout court* e non solo a quelle determinate dal rispetto della discrezionalità legislativa): «Il rilevante dato numerico delle decisioni di inammissibilità, siano le stesse processuali o ‘sostanziali’, ed il suo incremento nel corso degli anni non giustifica quindi nessuna “sensazione di amarezza”, né è espressivo di un eccesso di rigore, ovvero connotato da valenza sanzionatoria nei confronti dei giudici *comuni*, restando anche escluso che con esse la Corte “decide di non decidere”. Le pronunce di inammissibilità adottate dalla Corte non consistono e non si risolvono mai in una sorta di scappatoia, poiché sono sempre ispirate all’esigenza di garantire presupposti, finalità e limiti del controllo di costituzionalità e, comunque, soprattutto a quelle di inammissibilità ‘sostanziale’, costituiscono in realtà decisioni ‘di (o sul) merito’». In relazione a un celebre caso di inammissibilità per discrezionalità legislativa, invece, v. P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 164, che, in relazione alla sent. n. 84/2016, afferma che sebbene la Corte si sia determinata «per una decisione d’inammissibilità della *quaestio*, trincerandosi oltre lo schermo della discrezionalità del legislatore [...], tuttavia, non significa affatto che (all’atto pratico) essa abbia “deciso di non decidere” (come potrebbe apparire): così operando essa avalla infatti, *sine die*, le scelte del Parlamento».

possibile e politicamente riconosciuto, stabilendo ad esempio che, fra tutte le soluzioni che la tecnica *di fatto* offre, solo alcune sono anche *costituzionalmente* possibili, indicando altresì quali soluzioni, pur tecnicamente possibili, sono addirittura qualificabili come illecite (si pensi al divieto di eutanasia attiva o al divieto di clonazione umana e di tecniche eugenetiche)¹⁹⁸. Naturalmente vi sono casi in cui la scienza non sembra ancora offrire, allo stato, soluzioni certe e univoche: in situazioni di incertezza scientifica, che si traduce in incertezza giuridica, la Corte tende comprensibilmente e inevitabilmente ad autolimitarsi. In termini analoghi rispetto a quanto detto sopra in via generale, la Corte spesso pronuncia un'inammissibilità perché esiste una pluralità di soluzioni, nessuna delle quali *scientificamente* imposta.

Il piano *meta-giuridico* attiene, invece, a tutte quelle situazioni la cui disciplina presuppone scelte così pregnanti dal punto di vista etico-assiologico¹⁹⁹ da far sì che non esista un'unica soluzione radicata nella “coscienza sociale”. Emergono alcuni valori, o nuove declinazioni di questi, non ancora acquisiti sul piano dell'etica pubblica condivisa (e che può essere diversa in relazione al contesto storico-culturale di riferimento). Dinanzi a un problema emergente nella realtà sociale, dunque, ancorché esista una soluzione tecnica, ed in astratto anche giuridica, può non esistere un consenso sociale diffuso ai fini della sua adozione, per lo più per motivi etici o “culturali”: è «la storia come storia della libertà»²⁰⁰, in cui il legislatore deve trovare un punto di equilibrio fra le istanze della conservazione e quelle del progresso (o presunto tale)²⁰¹. Nel far questo, però, non c'è un'unica soluzione *eticamente* imposta, essendo possibili scelte valoriali di segno diverso che pertengono però solo al legislatore, cui spetta in via esclusiva attuare il meccanismo di conversione dei *valori* in *norme giuridiche* –

¹⁹⁸ V. art. 13, comma 3, l. 40/2004: «Sono, comunque, vietati: a) [...]; b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche [...]; c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere». V. anche la *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina* (c.d. “Convenzione di Oviedo” del 4 aprile 1997, spec. artt. 12, 13 e 14.

¹⁹⁹ Al riguardo, v. R. DE STEFANO, *Assiologia* (Schema di una teoria generale del valore e dei valori), Reggio Calabria 1982, ora in ID., *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano 1990.

²⁰⁰ N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino 2020 (I ed. 1995), 71.

²⁰¹ Quale esempio di una coscienza sociale difficile da interpretare, perché percepita come fortemente “divisa” al suo interno, si pensi, ad esempio, al caso della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza (c.d. aborto): a intervenire su questa disciplina sono stati dapprima la Corte costituzionale (con sent. n. 27/1975); poi il legislatore, con una legge (la n. 194/1978) approvata “contro” il principale partito della maggioranza di governo dell'epoca (la Democrazia Cristiana, che promosse, di fatto, il referendum) e con la volontà determinante delle opposizioni; poi con un “tentativo” – respinto – di far abrogare, per via referendaria, la suddetta legge. A testimonianza di quanto il tema dell'aborto sia ancora oggi divisivo, dopo quasi mezzo secolo dalla sua introduzione, si pensi alle reazioni contrapposte e al clamore che ha suscitato anche in Italia la sentenza *Dobbs et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.* [597 US_2022], che ha *overruled* la celebre *Roe v. Wade* [410 U. S. 113, 1973], nonché a tutte le iniziative culturali e le “battaglie” politiche portate avanti da chi vorrebbe restringere e limitarne del tutto l'accesso, e chi invece vorrebbe facilitarlo. Sul tema dell'aborto quale argomento ancora oggi divisivo nella coscienza sociale, fra i moltissimi, v. M. MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Torino 2008, nonché il recente contributo di E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. “Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?”*, in *Nomos*, n. 2/2022, 1-11; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2022, 197-223.

nomologicamente principi e regole – condivisibili solo a condizione che a loro volta siano compatibili con un altro, particolare tipo di norme giuridiche (sempre principi e regole) ma superiori, quelle *costituzionali*²⁰².

Ma ciò non significa – si badi bene – che la *scienza* o la *coscienza sociale* siano diventati parametri *tout court*, al pari delle fonti giuridiche di rango *costituzionale*²⁰³. Sono, semmai e piuttosto, «fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità»²⁰⁴. Ciò perché, beninteso, il sindacato di costituzionalità rimane un giudizio su norme e non su (l'accertamento di) fatti. Con l'ulteriore precisazione, però, che l'oggetto specifico di tale sindacato non è mai la norma astrattamente intesa ma, semmai, la «situazione normativa»²⁰⁵.

²⁰² Osserva G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 36 ss.: «Perché i valori insiti nell'etica sociale di un popolo in una determinata epoca storica acquistino un rilievo giuridico e diventino pertanto base sostanziale delle istituzioni e delle norme da queste prodotte è necessario che gli stessi assumano una veste particolare, che li renda idonei a essere inseriti nel mondo dei fenomeni giuridici: si devono trasformare in principi».

²⁰³ Come sembra affermare V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 391, in relazione al tentativo di classificare l'utilizzo del riferimento alla coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale, afferma che «essa non assume la connotazione di un parametro in sé e per sé. È piuttosto un fatto, il rilevamento di un fatto, non in sé ma per il modo in cui esso contribuisce a tratteggiare i contorni del parametro e dell'oggetto della questione di legittimità costituzionale». Su posizioni analoghe E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 4 ss.; ID., *fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018, 137 ss., che distingue tra fatti “endoprocessuali” e fatti “extraprocessuali”: questi ultimi, in particolari, sono definiti come «elementi fattuali che la Corte costituzionale desume dalla più ampia realtà sociale e verso cui il suo sindacato è sospinto».

²⁰⁴ A. RUGGERI, *Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, in *ConsultaOnline.it* (06.11.14), 3, il quale illustra alcuni esempi «che testimoniano in modo eloquente la sussunzione del fatto ad opera di norme che fanno ad esso rinvio e che, perciò, si riempiono di contenuti attingendo al fatto stesso, così commutatosi in parametro». Il contributo è ora in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII, Studi dell'anno 2014, Torino 2015, 99 ss. In generale, sul rilievo del “fatto” nel giudizio di costituzionalità, v. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche*, cit., 521 ss.; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino 2002, 145 ss.; M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018.

²⁰⁵ V. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 90: «la struttura interna del parametro dei giudizi di costituzionalità [...] è costituita non soltanto da elementi di natura propriamente normativa, ma anche da elementi di ordine fattuale, ugualmente idonei a variamente incidere sull'esito del processo costituzionale. [...] L'incidenza del “fatto” nei giudizi davanti alla Corte si avverte in modo particolare nei casi in cui il parametro è costituito da principi e norme costituzionali in genere espressive di concetti indeterminati (quali il “buon costume”, l' “utilità generale”, ecc.) o, ancora, nei casi in cui la Corte fa riferimento alle acquisizioni scientifiche e tecnologiche, alle volte davvero decisive per la soluzione della questione». Sul concetto di “situazione normativa” quale oggetto del giudizio di costituzionalità, cfr. spec. A. SPADARO, *La “norma” o piuttosto la “situazione normativa” quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto “dottrinale” che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, 778 ss. e, ora, L. OLIVIERI, *Il valore del fatto nel significato della legge. Note critiche sul giudizio di costituzionalità della “situazione normativa” e/o della “portata normativa” di una legge*, in E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 607 ss.; A. SPADARO, *La “norma” o piuttosto la “situazione normativa” quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto “dottrinale” che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, 778 ss.; da ultimo, ancora A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 105.

In tutti questi casi (questioni eticamente/politicamente “sensibili” e/o scientificamente “controverse”), se anche la questione avesse un significativo tono costituzionale, i giudici della Corte – laddove non sia ancora sufficientemente matura la *coscienza sociale* – tendono inevitabilmente a dichiarare il loro *non possumus*.

Sebbene i due ambiti tendano spesso, come si diceva, a sovrapporsi nella prassi, è però possibile tenere distinte le questioni eticamente/politicamente “sensibili” da quelle scientificamente “controverse”:

- vi sono, infatti, casi “politicalmente sensibili” ma non necessariamente “scientificamente condizionati” (ad es. in tema di diritto di famiglia: in tempi risalenti, il diverso trattamento dell’adulterio della moglie rispetto all’adulterio del marito; di recente, in tema di trasmissione del cognome ai figli, su cui v. *infra*);
- così come, viceversa, vi sono casi in cui la Consulta non si pronuncia – o non si è pronunciata – per mancanza delle necessarie competenze tecnico-scientifiche, non trattandosi necessariamente o primariamente di questioni “politicalmente sensibili”: v. ad es. la sent. cost. n. 114/1998 (sull’intossicazione da alcool e sostanze stupefacenti) o le sentt. cost. nn. 185/1998, 121/1999 e 188/2000 sul c.d. “caso di Bella” (in tema di sperimentazioni di nuove terapie oncologiche), che prenderò in esame nei seguenti paragrafi.

Naturalmente – poiché, piaccia o no, tutto viene poi ricondotto a una dimensione in senso lato “politica”, non foss’altro perché la Corte essenzialmente valuta leggi approvate da una maggioranza parlamentare – di fatto può accadere, come si accennava, che i due ambiti tendano spesso a sovrapporsi: accade soprattutto, come vedremo, proprio in campo bioetico, ad esempio in tema di *inizio* o di *fine* vita (procreazione medicalmente assistita, pratiche eutanasiche, ecc.).

Paradossalmente, le situazioni in cui la Corte *non* si pronuncia, dunque, sembrerebbero essere:

- a) quelle di scarso “tono costituzionale” (nel senso di cui si è già detto *supra*), precedentemente esaminate;
- b) quelle in cui, all’opposto, la questione sembra avere un “tono” etico-assiologico così elevato da precludere ogni tipo di intervento (vedremo subito *infra* in che termini);
- c) quelle tecnicamente troppo “complesse” (sia da un punto di vista tecnico-giuridico, in relazione alla portata “di sistema” dell’intervento manipolativo richiesto; sia perché ancora “controverse” dal punto di vista, questa volta, tecnico-scientifico).

Ci sembra che questa situazione si spieghi appunto perché esistono due forme della discrezionalità legislativa, come abbiamo visto *supra* (§ 3.3): la discrezionalità legislativa “pura” e discrezionalità legislativa “tecnica” – governate da criteri solo in parte sovrapponibili. L’intervento della Corte sembrerebbe essere dunque “interstiziale” a queste forme di deferenza verso il legislatore²⁰⁶. Da un lato, la Corte non interviene nelle questioni “minori” implicanti

²⁰⁶ In questo senso, mi sembra, anche A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 91: si tratta di «decisioni [...] adottate per selezionare gli affari che debbono essere trattati», con l’obiettivo, fra gli altri, di «impedire che una corte sia soffocata dall’eccessivo numero di affari da trattare e comunque che essa sia costretta ad occuparsi di questioni prive di una rilevanza politico-costituzionale la quale giustifichi il suo intervento», ma anche, su un piano diverso,

valutazioni “tecniche” collocabili nello spazio costituzionale neutro (discrezionalità legislativa pura), a meno di scelte legislative palesemente arbitrarie o irragionevoli. Dall’altro lato, invece, la Corte si mostra “deferente” per motivi diametralmente opposti: 1) la questione sottoposta è assiologicamente troppo importante per essere decisa soltanto dalla Corte (a meno che, s’intende, non venga in rilievo un danno irreversibile e una lesione grave di diritti fondamentali e, su tutti, del supremo principio della dignità umana); oppure 2) quando le viene richiesto un intervento avente portata “di sistema” (e la Corte concretamente non dispone degli strumenti tecnico-giuridici necessari – quali sarebbero leggi, decreti legislativi, regolamenti – potendosi pronunciare solo tramite sentenze) o quando la questione è scientificamente troppo “complessa” per poter essere definita in una sede peculiare quale quella del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: è il legislatore, nella fase del procedimento di formazione della legge, e segnatamente nella fase istruttoria, a dover acquisire tutti gli elementi di conoscenza necessari alla regolazione legislativa.

Si può davvero dunque affermare che, in situazioni simili, la Corte *decida* di non decidere? Non è piuttosto vero che, come prima si diceva, semplicemente, “*non può decidere*” (inammissibilità) o “*decida di non accogliere*” (infondatezza)?

Anche nei casi politicamente più “sensibili” o “scomodi”, così come in quelli scientificamente “controversi” (o entrambe le cose), *rebus sic stantibus* ci sembra di poter affermare che la Corte *non può*, effettivamente, decidere. La Corte, quindi, anche quando sembra manifestare impotenza, dichiarando formalmente l’inammissibilità della q.l.c., in realtà sembra assecondare l’operato (o l’omissione) del legislatore, con una pronuncia che di fatto ci sembra essere di *infondatezza mascherata*. I motivi che inducono a escludere che la Corte possa effettivamente “decidere di non decidere” sono fondamentalmente tre:

1. come abbiamo visto nel paragrafo precedente, la Corte non ha tecnicamente il potere di “*decidere di non decidere*” in senso proprio, come invece può fare la *Supreme Court* nordamericana;
2. quando la Corte ha deciso, in passato, casi particolarmente sensibili e/o scientificamente condizionati, lo ha fatto perché “ha potuto”: esisteva – o era nel frattempo maturata, anche rispetto a pochi anni prima – una *coscienza sociale* matura e/o solide e univoche conoscenze scientifiche, con maggiori probabilità di decisione nel merito ogniqualvolta l’irragionevolezza della disciplina scrutinata fosse risultata in maniera manifesta. Invece, a nostro modo di vedere, tutte le volte in cui la Corte è stata accusata di “non decidere”, essa si è ritrovata dinanzi a questioni non ancora mature nella *coscienza sociale* e/o dinanzi a questioni che non erano però ancora tecnicamente irragionevoli (stante l’operatività di una *presunzione di ragionevolezza scientifica*: v. subito *infra*, §. 5.2). Come dire: “pur *volendo*”... la Corte non avrebbe comunque *potuto* decidere²⁰⁷;

«evitare che si determinino conflitti fra l’organo di giustizia costituzionale e gli altri poteri dello Stato [...], fare in modo che le decisioni che la Corte deve adottare in applicazione delle norme le quali disciplinano la sua attività risultino quanto è più possibile accettabili per i normali interlocutori della Corte, cioè principalmente per il Parlamento e per i giudici diversi dalla Corte stessa».

²⁰⁷ Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 183: «non è infrequente, poi, il caso di decisioni formalmente processuali, di “inammissibilità”, che lasciano però trasparire il merito (la Corte qui “dice ma non fa”). Ciò accade

3. il mancato intervento è spesso solo “allo stato” (così si esprime la Corte ad es. nella sent. cost. n. 33/2021)²⁰⁸: ciò accade in quanto il tema non è ancora *maturato* nella *coscienza sociale* (lasciando intendere che probabilmente, prima o poi, potrà esserlo... e allora la Corte non esiterà a intervenire) o perché la scienza, di fronte ad un problema tecnico particolarmente complesso, non dà risposte *univoche* allo stato delle conoscenze attuali (che potranno, in futuro, evolvere).

Resta il fatto che, se quelle indicate sono le regole, ci sono eccezioni su cui è opportuno interrogarci: proprio nelle questioni “politicamente sensibili” e/o “scientificamente condizionate” – nonostante quanto si è cercato di spiegare – accade che *ora* la Corte si pronunci con un’inammissibilità, adottando una decisione processuale, *ora* invece si esprima nel merito (con un accoglimento od un rigetto). Come e perché questo accade?

Per provare a rispondere a tale quesito, è in primo luogo però necessario allargare il raggio temporale delle pronunce costituzionali prese in esame rispetto a quelle sinora considerate: sia perché dal 2015 ad oggi (periodo su cui ho concentrato l’analisi nei paragrafi precedenti), si contano solo quattro decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa determinata da questioni “politicamente sensibili” in senso lato (le sentt. nn. 84/2016; 32-33/2021; 1/2022); sia perché è probabilmente più utile guardare anche le altre pronunce in cui emergono tali questioni problematiche o controverse, al fine di capire cosa ha determinato la Corte a *non* autolimitarsi adottando quindi decisioni di merito (tanto di accoglimento quanto di rigetto).

In secondo luogo, poi, è opportuno trattare separatamente le tre diverse ipotesi sopra accennate: 1) casi relativi a questioni “politicamente sensibili” perché non ancora mature nella “coscienza sociale”; 2) casi relativi a questioni “scientificamente condizionate”; 3) casi in cui entrambe le dimensioni coesistono.

Vedremo subito infra (e, per taluni profili di approfondimento, anche nell’ultimo Capitolo) cosa debba intendersi per “coscienza sociale matura” e “questione politicamente sensibile”.

5.1. *Questioni “politicamente sensibili” perché non ancora mature nella “coscienza sociale”*

Posto che ogni questione che arriva dinanzi alla Corte costituzionale (al netto di quelle che hanno scarso o nullo “tono costituzionale”) può essere, almeno in potenza ed in astratto, “politicamente sensibile”, è opportuno precisare e giustificare il senso di questa espressione. Si

quando il giudice delle leggi non può giudicare, magari per un vizio procedurale dell’atto introduttivo, ma nella motivazione lascia intendere come avrebbe giudicato... *se avesse potuto* [...]: in tutti questi casi, nel gergo degli assistenti di studio, si parla di “inammissibilità vestita”. Se la Corte avesse potuto decidere, lo avrebbe fatto nel senso della *fondatezza* (in argomento, v. anche R. PINARDI, *La questione è fondata, anzi inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2081 ss.).

²⁰⁸ Corte cost. n. 33/2021, punto n. 5.9 *Cons. dir.* Vedi *infra* per ulteriori approfondimenti della sentenza in commento.

tratta, in questa mia proposta classificatoria, di questioni quasi sempre percepite come assiologicamente «divisive» dall'opinione pubblica (e già questo parrebbe dimostrare che non siano “mature”, e quindi condivise, nella coscienza sociale). Al fondo di tali questioni si pongono scelte «di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che [le] connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di costituzionalità», in cui «la linea di composizione tra gli opposti interessi attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (tutte espressioni contenute nella sent. cost. n. 84/2016).

Ciò di cui intendo occuparmi, in questo paragrafo, sono quindi le questioni in cui è proprio il loro essere particolarmente “sensibili” ad aver determinato un tendenziale atteggiamento di *self-restraint* da parte del giudice costituzionale (anche se, ad essere precisi, non è la questione in sé ad essere “sensibile”, quanto piuttosto le forze politiche o le componenti sociali ad essere “sensibili” alla questione e fortemente divise su di essa). In questi casi, salvo ipotesi di manifesta irragionevolezza della norma impugnata, la Corte – quando non “salva” la disciplina con una sentenza di infondatezza – si pronuncia con un’inammissibilità anche nel caso in cui ravvisi profili di incostituzionalità, indirizzando sovente un monito al legislatore affinché colmi il *vulnus* denunciato trovando una sintesi tra i valori in conflitto (sintesi che può trovarsi, però, solo se esiste una coscienza sociale sufficientemente matura sul punto).

In questi termini, per “politicamente sensibili” intendiamo pertanto tutte quelle questioni in cui l'intervento richiesto alla Corte implicherebbe *novità* per le quali non esiste ancora un sufficiente grado di maturazione nella “coscienza sociale”, la quale sembrerebbe dunque essere evocata come metro (non *para-metro*) di riferimento, ancorché pre-giuridico. Con ogni evidenza, si tratta di questioni che lambiscono il piano dell'etica o della morale, in cui sembra sì ravvisarsi una tensione con alcuni principi costituzionali (su tutti: la dignità umana, la libertà di autodeterminazione individuale e il principio di uguaglianza), ma l'innovazione giuridica auspicata sembra non essere diffusamente condivisa sul piano politico-sociale (la c.d. coscienza sociale). Attenzione: da un punto di vista della teoria generale costituzionale, una legge che violi un principio fissato nella Carta costituzionale – indipendentemente dal più o meno diffuso *consenso sociale* sulla stessa – va sempre e comunque dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi, che quindi *non* può sottrarsi a questo suo dovere. Dunque, quando con sicurezza la Carta è violata, la “coscienza sociale” non può mai emergere quale limite all'intervento della Consulta; al più, la coscienza sociale può incidere, in chiave diacronica, sul modo in cui i giudici costituzionali interpretano il parametro costituzionale.

Ciò detto, cosa debba intendersi per “coscienza sociale” è un tema che meriterebbe uno specifico approfondimento, impossibile in questa sede (salvo un doveroso cenno al Cap. IV, §2)²⁰⁹. Quel che mi interessa osservare, adesso, è l'angolazione processuale di tale fenomeno, e cioè come la “coscienza sociale” sia utilizzata quale argomento decisivo soprattutto nelle decisioni processuali di rigetto in alcuni ambiti particolari. Ciò si verifica quasi sempre in

²⁰⁹ Per un approfondimento monografico, si rimanda al recente volume di D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena 2021.

richieste di interventi additivi da parte del giudice *a quo*, alle quali la Corte risponde con un'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa, essendo l'intervento richiesto non costituzionalmente imposto: è il legislatore, con le sue "antenne"²¹⁰, a dover registrare un eventuale mutamento nella coscienza sociale.

Questo accade, come si diceva, non solo (e più frequentemente) in ambiti materiali in cui la questione è politicamente sensibile e, insieme, scientificamente controversa, ma anche in ambiti scevri da considerazioni tecnico-scientifiche: ad esempio, per vari aspetti, in tema di diritto di famiglia, dove è chiara l'evoluzione nel tempo del concetto stesso di "famiglia" rispetto alla Costituzione del 1948 e dei vari interventi legislativi nel frattempo succedutisi.

È opportuno fornire qualche esempio.

In tema di attribuzione del cognome ai figli²¹¹, un caso davvero «paradigmatico»²¹² ai fini della nostra analisi, si registra un'evoluzione giurisprudenziale che sembra andar di pari passo all'evoluzione della coscienza sociale:

1. Ord. n. 176/1988. Qui la Corte si esprime con una *manifesta inammissibilità*, ma valuta (timidamente) un intervento legislativo «possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale»²¹³;
2. Ord. n. 586 del 1988. Siamo di fronte ancora a una *manifesta inammissibilità*, ma l'intervento legislativo è già (senza mezzi termini) definito «opportuno»²¹⁴;
3. Sent. n. 61 del 2006. La Consulta si pronuncia sempre con *inammissibilità*, non più "manifesta", questa volta dichiarata con sentenza. Si tratta di una

²¹⁰ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 7: «... vi è la identificazione di una direzione nella quale si muove la coscienza sociale diffusa. Detto meglio: la Corte identifica il verso dei mutamenti della coscienza sociale, ma non si pone alla loro guida, limitandosi a riconoscerne l'emersione. Al tempo stesso, ribadisce che la traduzione in nuove regole di questi mutamenti spetta innanzitutto al legislatore democraticamente legittimato: è questi che ha le "antenne" per captare i mutamenti e tradurli in nuove regole giuridiche. Così, del resto, dovrebbe funzionare la democrazia rappresentativa»; ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 94: «la Costituzione non è un *living document* cui far dire quel che oggi si vorrebbe dicesse. E, tra Corte e legislatore, le "antenne" per intercettare i mutamenti della "coscienza sociale" le ha il secondo».

²¹¹ Sia consentito rinviare a L. SANTORO, *L'attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori (Considerazioni controcorrente a partire dalla ord. cost. n. 18/2021)*, in *Consulta Online*, n. 2/2021, 467-485, da cui mutuo la "cronistoria" giurisprudenziale della vicenda e a cui rimando per maggiori indicazioni bibliografiche.

²¹² Così definito da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 3.

²¹³ Ancorché la Corte ritenga «possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi», essa dichiara la q.l.c. manifestamente inammissibile perché «è una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*».

²¹⁴ Con l'ord. in questione la Consulta ritiene che gli argomenti addotti dai ricorrenti, del tutto analoghi, fossero «già stati giudicati privi di consistenza da questa Corte in riferimento ad analoga questione sollevata da altro giudice e decisa con l'ordinanza n. 176 del 1988», sulla base di «una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio», precisando che «le altre argomentazioni del giudice remittente si svolgono sul piano della politica legislativa, prospettando l'opportunità di introdurre un diverso sistema di determinazione del nome».

*incostituzionalità prospettata ma non dichiarata*²¹⁵. L'intervento legislativo ora è considerato "necessario"²¹⁶;

4. Sent. n. 286 del 2016. In questo caso viene "finalmente" dichiarata l'*incostituzionalità parziale* delle norme che regolano il meccanismo determinante l'automatica attribuzione del cognome paterno ai figli, nella parte in cui non consentono ai coniugi, *di comune accordo*, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, *anche* il cognome materno. L'intervento del legislatore è avvertito, adesso, come espressamente «indifferibile»²¹⁷. È da notare che questa pronuncia interviene dopo la riforma della filiazione del 2012 (l. n. 219/2012, per le implicazioni della quale v. *infra*) – che peraltro, pur potendo, nulla ha

²¹⁵ Qui non c'è un espresso riferimento alla coscienza sociale, ma la Corte afferma che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna». Ciononostante, la Corte valuta doveroso continuare ad attenersi ad un rigoroso *self-restraint*, in quanto «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte». Fra i molti commenti alla pronuncia, si segnalano G. DOSI, *Doppio cognome, no alla via giudiziaria*, in *Diritto e giustizia*, n. 10/2006, 14; I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in www.forumcostituzionale.it; E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2006, 552.

²¹⁶ La "necessità" dell'intervento legislativo si deduce chiaramente da queste parole della Corte: «tenuto conto del vuoto di regole che determinerebbe una caducazione della disciplina denunciata, non è ipotizzabile, come adombrato nella ordinanza di rimessione, nemmeno una pronuncia che, accogliendo la questione di costituzionalità, demandi ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia». L'"inammissibilità" della q.l.c., invece, si arguisce da queste altre parole: «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede *una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte*. Ed infatti, nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum* – limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà – viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà – con la conseguente necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo – ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta».

²¹⁷ Qui la Corte abbandona finalmente il *self-restraint* che fino a quel momento (per quasi 30 anni) l'aveva contraddistinta, pronunciandosi "solo", però, con una sentenza di incostituzionalità parziale, lasciando intendere di "non poter fare di più", in ragione del rigoroso rispetto del *petitum* del rimettente cui la Consulta sente di doversi attenere: «con la presente decisione, questa Corte è, peraltro, chiamata a risolvere la questione formulata dal rimettente e riferita alla norma sull'attribuzione del cognome paterno nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre. L'accertamento della illegittimità è, pertanto, limitato alla sola parte di essa in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno». La Corte sente però l'esigenza di precisare che «in assenza dell'accordo dei genitori, residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità». Fra i moltissimi commenti, si segnalano soprattutto B. AGOSTINELLI, *Il cognome materno tra parità dei coniugi e identità personale del figlio*, in www.rivistaoidu.net, n. 1/2017; E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Fam. dir.*, n. 3/2017, 218; C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6/2017, 823; A. FUSCO, *"Chi fuor li maggior tui?": la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, in *Osservatorioaic.it*, n. 3/2017; A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, in *Diritti comparati*, n. 1/2017, 90 ss.

disciplinato in tema di cognome dei figli²¹⁸ – e soprattutto dopo un’importantissima pronuncia della Corte EDU del 2014 in materia di attribuzione del cognome materno²¹⁹;

5. Ord. n. 18 del 2021, in cui la Corte sembra aver “perso la pazienza”, sollevando pertanto la q.l.c. di fronte a se stessa²²⁰;
6. Sent. n. 131 del 2022, in cui la Corte, decidendo sulla questione autorimessa, *chiude* la “saga”, o telenovela, affermando finalmente l’incompatibilità della tradizionale regola dell’automatica trasmissione del solo cognome paterno con il

²¹⁸ Come rileva la stessa Corte cost. n. 286/2016: «Neppure il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), con cui il legislatore ha posto le basi per la completa equiparazione della disciplina dello status di figlio legittimo, figlio naturale e figlio adottato, riconoscendo l’unicità dello status di figlio, ha scalfito la norma oggi censurata. Pur essendo stata modificata la disciplina del cambiamento di cognome – con l’abrogazione degli artt. 84, 85, 86, 87 e 88 del d.P.R. n. 396 del 2000 e l’introduzione del nuovo testo dell’art. 89, ad opera del d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’art. 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127) – le modifiche non hanno attinto la disciplina dell’attribuzione “originaria” del cognome, effettuata al momento della nascita». Anzi, l’art. 27, comma 1, lett. b) del succitato D.lgs. n. 154/2013, modificando il terzo comma dell’art. 262 c.c., ha stabilito *solo* che «il figlio può mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi», ma... *nulla di più*. V’è da chiedersi, a questo punto, se possa ancora accusarsi il legislatore di “inerzia”, non dovendosi piuttosto interpretare tale silenzio come volontà (negativa) di *non* disciplinare diversamente la materia dell’attribuzione del cognome ai figli.

²¹⁹ Corte EDU 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, secondo cui l’impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell’art. 14 (divieto di discriminazione) e insieme dell’art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU. V’è chi ha notato che, in ogni caso, a leggere la sent. n. 286/2016, per la Corte si tratta di un «precedente che [...] sa di non poter tenere in debito conto ma che usa come semplice argomento di giudizio, *ad adiuvandum*, e non come elemento di un parametro autonomo, il 117, I co. Cost., nell’interpretazione data dalla Corte nelle decisioni nn. 348 e 349 del 2007, così come le era stato richiesto dal giudice *a quo*». Così A. FUSCO, *op. cit.*, 5. Questo conferma, appunto, che il *diritto a trasmettere il cognome ai figli* è, al più, *astrattamente riconosciuto* sul piano internazionale, ma non ancora *attribuito in concreto* sul piano interno: è necessario, al riguardo, un espresso intervento legislativo. Sul caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, v. almeno G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. cost.*, n. 1/2014, 739; S. NICCOLAI, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, 453-456; A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 2014; E. MALFATTI, *Illegittimità dell’automatismo, nell’attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2017.

²²⁰ Qui il riferimento alla coscienza sociale in evoluzione è da ritenersi implicito, in quanto la Corte si limita a prendere atto che, rispetto all’ultima pronuncia (n. 286/2016) «gli inviti ad una sollecita rimodulazione della disciplina – in grado di coniugare il trattamento paritario delle posizioni soggettive dei genitori con il diritto all’identità personale del figlio – sinora non hanno avuto séguito». Per approfondimenti su questa pronuncia, rimando ancora una volta al mio L. SANTORO, *L’attribuzione del cognome ai figli*, cit., nonché ai contributi di E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?*, in *Osservatorio Rivista AIC*, n. 4/2020, 276 ss.; C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare “l’anche” nell’attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it* (21 aprile 2021), n. 11/2021, 57 ss.; G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione” della Corte costituzionale*, *ivi*, 161 ss.; E. MALFATTI, *Ri-costruire la ‘regola’ del cognome: una long story a puntate (e anche un po’ a sorpresa)*, in *Nomos*, n. 1/2021, 1 ss. Da ultimo, v. la monografia di C. INGENITO, *Cognome e Costituzione. Percorsi evolutivi delle identità della famiglia*, Torino 2023.

principio di parità tra uomo e donna²²¹ (e *aprendo*, per converso, un'altra saga, investendo cioè il legislatore del compito di predisporre regole che impediscano una moltiplicazione incontrollata dei cognomi – visto che il cognome è elemento di identità della persona – e che assicurino lo stesso cognome ai fratelli/sorelle).

7. Una “coda” in tema di attribuzione del cognome – ma in un contesto legislativo diverso – si è avuta poi con la sent. n. 135 del 2023, in cui la Corte, basandosi sui suoi recenti precedenti, ha stabilito che l'adottato maggiorenne può aggiungere (anziché anteporre) il cognome dell'adottante al proprio.

La vicenda del patronimico, ai fini della nostra indagine, è rilevante per almeno tre motivi:

1. è indicativa del fatto che esistono questioni “politicamente sensibili” non necessariamente condizionate da dati tecnico-scientifici, in cui la coscienza sociale emerge come elemento che può portare a respingere – ma in seguito anche ad accogliere – una determinata q.l.c.;
2. mostra plasticamente come una questione che “oggi” non è ancora matura e condivisa nella dimensione della coscienza sociale, un domani potrebbe esserlo: ciò dimostra ancora una volta che la Costituzione non è un “atto” puntuale nel tempo ma un “processo” storico di invernamento ed evoluzione dei valori costituzionali²²²;
3. la discrezionalità del legislatore non è un limite assoluto all'intervento della Corte: se il legislatore rimane inerte e sordo ai moniti della Consulta, questa è, per ciò solo – dopo un congruo lasso di tempo – legittimata ad intervenire, secondo un *iter* che può essere efficacemente definito di *incostituzionalità progressiva*²²³.

²²¹ V. L. BARTOLUCCI, *La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in *Consulta Online*, n. 3/2022, 941 ss. M. BIANCA, *La decisione della Corte costituzionale sul cognome del figlio e il diritto di famiglia mobile. Riflessioni sulla funzione della Corte costituzionale nel sistema di effettività dei diritti*, in *www.giustiziasieme.it*, 13 luglio 2022; N. CANZIAN, *L'ultimo capitolo della saga del doppio cognome. Nota alla sentenza n. 131 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2022, 1 ss. E. FRONTONI, *La Corte scrive la nuova disciplina del cognome dei figli*, in *Osservatorio Rivista AIC*, n. 5/2022, 162 ss. E. MALFATTI, *Istanze di attribuzione del cognome materno e nuova regola del doppio cognome: note a margine della sentenza n. 131 del 2022*, in *Giur. cost.*, n. 3/2022, 204 ss. C. MASCIOTTA, *L'eguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome: una nuova regola iuris dettata dal giudice costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, 252 ss.; M. PICCHI, *La pronuncia della Corte costituzionale sul cognome dei figli: una nuova occasione di dialogo col legislatore*, *ivi*, 274 ss.

²²² Il riferimento è ad A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3/1998, 343 ss.

²²³ Così la definisce S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 279; cfr. anche A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 224, i quali però precisano che «non pare ammissibile, invece, invocare *sic et simpliciter* un mutamento della coscienza sociale quale decorso del tempo che giustifichi l'incostituzionalità sopravvenuta, da alcuni – in questo caso – definita “progressiva”. Infatti la Corte, per esempio in materia di adulterio della donna, prima lo ammise (64/1961) e poi, invece, lo ritenne incostituzionale per tutti (126/1968), a ben vedere non usando quale metro di giudizio, in questo secondo caso – come pure a molti è parso –, la “coscienza sociale”, ma finalmente ed esclusivamente (a differenza della prima volta) il vero parametro costituzionale: nella fattispecie, l'art. 3». Sul punto, v. pure. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 60.

Questo richiamo alla coscienza sociale ha caratteristiche ricorrenti. Fin dagli albori dell'attività della Consulta, il riferimento alla coscienza sociale «non è sporadico nella giurisprudenza costituzionale. Seppur con qualche oscillazione, il ricorso ad esso è costante»²²⁴. Se ne hanno tracce, per la prima volta²²⁵, già nella sent. n. 64/1961 relativa alla rilevanza penale dell'adulterio della moglie (fatto salvo in quella pronuncia²²⁶ e poi caducato nella successiva sent. n. 126/1968)²²⁷ in relazione al diverso trattamento penale riservato all'adulterio del marito (penalmente illecito solo se accompagnato da concubinato), sebbene espressamente declinato come «coscienza del popolo» (sent. n. 64/1961) o come «coscienza collettiva» (sent. n. 126/1968).

Gli ambiti materiali in cui ricorre più frequentemente il richiamo alla coscienza sociale, poi, afferiscono principalmente al diritto penale e ai diritti civili.

In riferimento all'ambito penale, la Corte “cancella” reati (non potendo, ovviamente, introdurne di nuovi): la condotta prima percepita come espressiva di un disvalore penale e pertanto prima considerata “ripugnante” dalla coscienza sociale, viene ora riconosciuta come compatibile con i valori dell'ordinamento.

In riferimento all'ambito dei diritti civili, invece, la Corte riconosce *tout court* “nuovi” diritti o li attribuisce a categorie di soggetti originariamente escluse dal legislatore: la coscienza sociale, per la Corte, è “matura” a sufficienza per accogliere quelle innovazioni che il legislatore

²²⁴ V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto*, cit., 378.

²²⁵ Per la prima volta, s'intende, nei *Considerato in diritto* delle sentenze della Corte. Invero, non mancano pronunce più risalenti in cui un riferimento alla coscienza sociale emergeva nelle argomentazioni dei soggetti coinvolti in vario modo nel giudizio, le cui argomentazioni sono riportate, com'è noto, nella parte del *Ritenuto in fatto*: ad es., v. l'intervento del P.d.c (e cioè dell'Avvocato generale dello Stato che lo rappresenta) nella sent. 125/1957, dove si legge che «la diversità di tutela penale tra la religione cattolica e gli altri culti [...] egualmente si giustificerebbe, perché fondata su considerazioni di politica criminale relative alla *coscienza etica della Nazione italiana* nella quasi totalità di religione cattolica» (mio il corsivo).

²²⁶ Corte cost. n. 64/1961, punto n. 4 *Cons dir.*, dove si legge che «Indubbiamente, secondo una pura valutazione morale, alla quale, a parte le leggi, è auspicabile che idealmente si ispiri la vita della famiglia, il principio della fedeltà coniugale è unico, e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo. Tuttavia, l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella *vita sociale*. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento. [...] Con l'affermazione della esigenza dell'unità familiare, in fondo, il legislatore costituente riafferma un orientamento già manifesto nel primo comma dello stesso art. 29, allorché dichiara la famiglia società naturale fondata sul matrimonio: dove la qualifica di "naturale", se non ha un preciso contenuto giuridico, ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella *coscienza del popolo*».

²²⁷ Corte cost. n. 126/1968, punto n. 3 *Cons dir.*, dove si rileva che, successivamente alla sent. n. 64/1961, diversi Tribunali «hanno riproposto la questione ulteriormente argomentando e sostenendo che, negli ultimi anni, è sostanzialmente mutata in materia la coscienza collettiva. Di conseguenza sarebbe necessario accertare se - nell'attuale momento storico sociale - continui a sussistere oppur no quella diversità obbiettiva di situazione che nella precedente sentenza la Corte ritenne di riscontrare sì da giustificare il differente trattamento, fatto dal legislatore penale all'adulterio della moglie rispetto a quello del marito. La Corte ritiene che la questione meriti di essere riesaminata».

non ha recepito (o non ha avuto il “coraggio” politico – o anche solo la volontà politica – di recepire).

In relazione al primo ambito, ad esempio, oltre alla già citata incostituzionalità del solo adulterio femminile (sent. n. 126/1968), la Corte è intervenuta dichiarando l'incostituzionalità della rilevanza penale del concubinato (è una delle questioni affrontate nella sent. n. 147/1969), dell'incitamento a pratiche contro la procreazione (sent. n. 49/1971), dell'oltraggio a pubblico ufficiale (sent. n. 341/1994), della mendicizia (sent. n. 519/1995), dell'offesa alla religione di Stato (sent. n. 329/1997).

In relazione ai diritti civili, poi, oltre alla già citata “saga” della trasmissione del cognome ai figli, la Corte è intervenuta principalmente in settori afferenti al diritto di famiglia, ambito all'interno del quale probabilmente, più di ogni altro, si è fatta sentire la rapida evoluzione nel tempo della coscienza sociale. Dal modello familiare delineato dalla Costituzione rispetto al previgente regime fascista nonché, poi, dell'evoluzione del diritto di famiglia progressivamente affermatasi in età repubblicana²²⁸. A parte il ricordato caso dell'incostituzionalità delle norme che prevedevano l'adulterio femminile come causa di separazione personale dei coniugi (sent. n. 127/1968), penso alla reversibilità della pensione in caso di vedovanza della sola donna, della quale si presumeva (al contrario di quanto previsto per l'uomo) lo stato di bisogno (sentt. n. 6-9/1980) e al divieto assoluto di indagini sulla ricerca della paternità (sent. n. 494/2002)²²⁹. Più recentemente, si segnala inoltre una pronuncia in tema di rapporti patrimoniali fra i coniugi e diritto agli alimenti (sent. n. 191/2015)²³⁰.

Tuttavia, è bene notare che l'argomento della “coscienza sociale” (peraltro presente anche altrove) è stato utilizzato in via *esclusiva* anche per evitare di pronunciarsi su richieste innovative che la Corte respinge perché ritiene non ancora mature: lo strumento utilizzato è spesso una pronuncia di infondatezza: *ex multis*, sulla rilevanza penale dell'accumulo di sostanze stupefacenti (sent. n. 170/1982) e sui termini di proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità (sent. n. 134/1985 e n. 158/1991). Di recente, meritano di essere

²²⁸ Dove si segnalano, com'è noto, almeno tre tappe fondamentali: la riforma del diritto di famiglia del 1975 (con l. n. 151), la riforma dello *status filiationis* del 2012 (con l. n. 219) e l'introduzione della disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto nel 2016 (con l. n. 76). Rispetto a queste innovazioni legislative – in cui il legislatore si mostra attento all'evoluzione della coscienza sociale – la Corte ha agito non solo come elemento attivo dell'evolvere della coscienza sociale, anticipando in qualche modo le innovazioni legislative; ma le ha anche utilizzate come nuovo parametro di giudizio per rimuovere tutte le aree della legislazione non innovate e pertanto risultanti anacronistiche in seguito alla nuova disciplina.

²²⁹ Corte cost. n. 494/2002, punto n. 6.1. *Cons. dir.*: «Come misura di ordine pubblico familiare, la discriminazione dei figli di genitori incestuosi varrebbe a tutela della concezione costituzionale stessa della famiglia, esigente che fatti tanto gravi come quelli di endogamia, dalla “coscienza sociale” considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali e, a certe condizioni, puniti come reato, restino fuori dell'ordine giuridico e non possano determinare l'attribuzione di *status filiationis*». Da notare come il lemma “coscienza sociale” sia qui formulato fra virgolette nel testo della sentenza: ciò a riprova, forse, di come la Corte utilizzi allusivamente il riferimento a questo concetto dando per acclarato il suo contenuto... ancorché mai espressamente definito.

²³⁰ Corte cost. n. 191/2015, punto n. 3.3. *Cons. dir.*: «Nell'attribuire rilievo alla titolarità del diritto agli alimenti, in senso ostativo alla liquidazione della pensione, quando ne sia beneficiaria la donna separata e nel caso di obbligo posto a carico del marito di lei, le norme impugnate riflettono una non più accettabile concezione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, da ritenersi superata nel costume e nella coscienza sociale diffusa. Essa è caratterizzata dalla dipendenza economica della moglie separata dal marito, cui è riconosciuto, in via prioritaria, il ruolo di provvedere al suo sostentamento».

segnalate quelle in materia di prostituzione (sent. n. 141/2019) e quella in tema di istruzione (sent. n. 1/2022)²³¹, il dispositivo della quale è, però, di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa.

Infine, giova notare come l'utilizzo della coscienza sociale sia un argomento piuttosto debole se parametrato ai motivi di inammissibilità per discrezionalità legislativa nei casi esaminati nei precedenti paragrafi, dove quest'ultima era determinata non solo dall'assenza di un'unica soluzione costituzionalmente imposta, ma anche da una riserva di legge nella materia di riferimento (ad es. sanzionatoria, processuale, tributaria). Per converso, non credo possa parlarsi di una "riserva di interpretazione della coscienza sociale" a vantaggio esclusivo del legislatore. Se è certamente vero che la forma tipica, primaria, con cui il popolo esercita la sovranità che la Costituzione gli attribuisce (art. 1 Cost.) è la legge del Parlamento, è d'altra parte vero che è "la Repubblica" – e non "il Parlamento" – a *riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo* (art. 2 Cost.). Così come è sempre "la Repubblica" a *rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana* (art. 3 Cost.). Non solo non esiste quindi una riserva di legge nel perseguimento di questi obiettivi, ma la Costituzione legittima tutti i soggetti istituzionali – Corte costituzionale inclusa – alla realizzazione degli stessi. Il Giudice delle Leggi, dunque, può – e deve – tener conto della coscienza sociale, seppur in via sussidiaria rispetto al Parlamento, e sempre a condizione che la coscienza sociale sia espressione di un' *evoluzione* – e non di un' *involutione* – sociale. Cosa, poi, sia concretamente e nello specifico "evoluzione" e cosa invece "involutione", non è qui possibile dire (ed in fondo non tocca a chi scrive)²³². In sintesi – e in astratto – si può parlare di "involutione" quando ci si muove palesemente verso la concreta negazione dell'identità costituzionale.

Ad ogni modo, mette conto sottolineare come il riferimento alla coscienza sociale possa essere in concreto ambivalente: può servire sia come *argomento* utile per non accogliere l'innovazione richiesta dal giudice *a quo* (con un rigetto, sia processuale che di merito, della q.l.c.), ma anche per assecondarla (con una decisione di accoglimento). In fin dei conti, è sempre la Corte a stabilire se e quando un'innovazione normativa risulta essere "matura" per la coscienza sociale. Se da un lato questo è "ragionevole", poiché si condivide l'assunto per cui «non ogni mutamento in atto nella realtà sociale può essere di per se stesso assecondato»²³³,

²³¹ Qui la Corte si è occupata della rilevanza della distinzione tra alunni convittori e alunne convittrici ai fini dell'individuazione dei posti di organico per le attività convittuali da affidare a educatori di sesso maschile e femminile, dichiarando inammissibile l'intervento manipolativo richiesto dal giudice a quo poiché «la verifica della perdurante rispondenza della finalità presidiata [dalla norma impugnata] agli orientamenti e ai valori radicati nella coscienza sociale richiederebbe una rimediazione della disciplina delle istituzioni educative nella sua globalità, che spetta alla discrezionalità del legislatore. Ad esso solo compete di rimodulare il sistema normativo in esame, apprezzando, "quale interprete della volontà della collettività" (sentenza n. 84 del 2016), la persistente opportunità del filtro selettivo prescritto dalla disposizione in scrutinio attraverso una rivalutazione delle ragioni che sorreggono la distinta configurazione delle istituzioni convittuali per allieve e per allievi».

²³² Si può, però, dire che – ove per assurdo la coscienza sociale italiana *involvesse*, come per esempio era durante il fascismo, in senso "razzista" – la Corte dovrebbe sanzionare in tutte le forme possibili tale approccio, illegittimo non foss'altro per la violazione dell'art. 3 Cost. Ciò conferma che la coscienza sociale non è, e non potrà mai essere, in sé, un *parametro* costituzionale.

²³³ V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto*, cit., 384.

dall'altro lato è quantomeno problematico, non essendo sempre di agevole comprensione quali siano, in definitiva, i criteri di "misurazione" dell'evoluzione della coscienza sociale.

Così, se è la Corte a stabilire di volta in volta in volta se e quando una questione è sufficientemente "matura" nella coscienza sociale per poter essere accolta, si potrebbe arguire che – effettivamente – la Corte possa "decidere di non decidere" casi che risultino particolarmente scomodi, "trincerandosi" nel rispetto della discrezionalità legislativa²³⁴.

Tuttavia, a mio sommo avviso, non è esattamente così.

Non solo per l'argomento (che può sembrare) "formalistico" per cui non si può in nessun caso affermare che la Corte abbia il potere di "non decidere", come invece può fare la Suprema Corte USA. Ma anche per un argomento "sostanziale": quando la Corte, *oggi* (a differenza di quanto può dirsi in relazione al passato recente in cui non si era ancora dotata di strumenti decisori che le consentissero di superare le "rime obbligate"), dichiara l'inammissibilità per discrezionalità legislativa in caso di questioni "eticamente sensibili", lo fa semplicemente perché non ci sono ragioni sufficienti a motivare un accoglimento.

In altri termini, a ben vedere, quando la Corte sembra "decidere di non decidere" casi eticamente sensibili, pronunciandosi oggi con una decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa, semplicemente ciò che fa è *mascherare* una decisione di *infondatezza* dietro questa *inammissibilità*: infatti, se la questione non è ancora matura nella coscienza sociale, significa che, a ben vedere, la scelta del legislatore (che della coscienza sociale si è fatto interprete), può essere fatta salva, e questo è l'effetto tipico proprio della decisione di infondatezza. Diversamente, se la Corte rilevasse un mutamento chiaro della coscienza sociale (si pensi ad es. alla giurisprudenza relativa ai rapporti familiari e alla posizione sociale della donna), non esiterebbe ad accogliere la q.l.c. Verrebbe da dire: *tertium non datur*. Almeno così era, del resto, prima della "invenzione" della tecnica dell'inammissibilità negli anni '80 determinata dalla necessità di smaltire l'arretrato: allora la Corte *rigettava* le questioni riservate alla discrezionalità del legislatore proprio con un dispositivo di *infondatezza*²³⁵. Ritornare oggi all'infondatezza (in luogo dell'inammissibilità) delle questioni "politiche" potrebbe avere anche effetti pratici non trascurabili, di cui diremo a breve. Su questo concetto, v. ancora *infra* (§ 5.4).

Ad ogni modo, tralasciando per un momento ciò che vorremmo la Consulta *facesse*, e ritornando alla descrizione di quello che ad oggi *fa*, dobbiamo comunque rilevare come la Corte continui ancora, nei casi politicamente più "sensibili" a pronunciarsi con un'inammissibilità per

²³⁴ Cfr. A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore*, cit., 127: «L'attuale situazione, in effetti, è assolutamente singolare. Da un lato, la Corte dichiara di riconoscere e voler rispettare il principio di *discrezionalità del legislatore*, legato alla pluralità delle scelte normative possibili che solo quest'ultimo può adottare per rimediare al *vulnus* costituzionale, e dall'altro però – insisto: *contemporaneamente* – non esita pure a pronunciarsi ogni tanto con sentenze di accoglimento additive "senza spartito", a "rime possibili" o "a versi sciolti", ossia indicando la "norma" che pone rimedio al *vulnus*, ancorché riconosca che si tratti solo di una delle soluzioni possibili. Da questa ondivaga giurisprudenza sembrano emergere almeno tre cose: a) è la Corte, e solo la Corte, che decide non solo quando esiste la *discrezionalità del legislatore*, ma anche *quando* essa va rispettata e quando, invece, ignorata per-mettendo di far decidere a lei stessa *quale* sia la norma mancante [...]».

²³⁵ Ritorna così l'equivalenza sostanziale fra inammissibilità e "infondatezza assoluta" teorizzata da A. Cerri e di cui si è dato conto nel § 1: A. CERRI, *Inammissibilità "assoluta" e infondatezza*, cit., 1222.

discrezionalità legislativa, con ciò mirando probabilmente a due obiettivi: 1) lasciare al legislatore la “patata bollente” nel disciplinare quella materia particolarmente delicata (con l’obiettivo di evitare l’adozione di decisioni che potrebbero far sembrare la Corte eccessivamente “attivista” e poco equilibrata, minando così la propria legittimazione nel sistema); 2) evitare di salvare “pienamente” una norma che pur presenta dei profili di incostituzionalità (mediante una decisione di infondatezza).

La Corte oggi interviene, dunque, quando più nessuno – neppure il legislatore – potrebbe più sostenere che una data questione non sia effettivamente “matura” nella coscienza sociale e quando, di conseguenza, la legittimazione della Corte (almeno quella implicita, politico-democratica) non possa in concreto essere messa in discussione.

5.2. *Questioni “scientificamente condizionate” in quanto dipendenti dall’evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche*

Nella ricostruzione fin qui proposta, ho tentato di individuare concretamente cosa debba intendersi per questioni «di natura politica» (distinguendo questa dalle *political questions* in senso proprio). In tali questioni la Corte sostanzialmente decide di *non accogliere* la questione sottoposta al suo esame: o perché *decide* che la questione di cui trattasi non ha tono costituzionale, per cui può continuare ad applicarsi al giudizio la norma indubbiata (l’intervento demolitorio della Corte, dunque, *non è necessario*); o perché *decide* che l’innovazione richiesta non è ancora “matura” nella coscienza sociale, nei sensi di cui si è detto nel paragrafo precedente (l’intervento della Corte, dunque, non è *tout court* impossibile: è solo *premature*). Infatti, se è vero che «l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia»²³⁶, si deve concludere che – in tutti i casi in cui la Corte si pronuncia con un’inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa – la legalità costituzionale non è mai veramente messa in discussione: in questo senso, l’intervento demolitorio della Corte è – almeno per il momento – “non necessario”.

Quanto detto finora in relazione alle questioni “politicamente sensibili” può verificarsi anche nelle questioni “scientificamente condizionate” e/o “controverse” che, in quanto tali, limitano la discrezionalità del legislatore²³⁷. Si tratta di questioni la cui risoluzione è, da un lato, fortemente condizionata dal possesso di conoscenze tecnico-scientifiche specialistiche; dall’altro, di questioni scientificamente controverse in cui a volte neppure la scienza è in grado di dare risposte univoche. Anche qui, la Corte – per motivi diversi – tendenzialmente *non può* decidere. Anzi, sarebbe meglio dire: *non sa* decidere. In altri termini, come già detto *supra*, non

²³⁶ Corte cost. n. 242/2019, punto n. 4 *Cons. dir.*

²³⁷ Cfr. C. PANZERA, *Legislature, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito «circuito di produzione normativa?»)*, in *Diritto e società*, n. 3/2004, 344, il quale rileva come la discrezionalità legislativa sia intrinsecamente limitata dalle «conoscenze tecnico-scientifiche specialistiche di cui il legislatore si serve per ancorare la propria discrezionalità a dati maggiormente oggettivi». Cfr. G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina 2008.

esiste una soluzione *scientificamente* imposta, l'individuazione della quale attiene a una dimensione pre-giuridica. È per questi motivi che la Corte tende a chiudersi ad ogni possibile intervento, pronunciandosi così con decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa. D'altro canto, la Corte può intervenire qualora fosse evidente che la disciplina – ancorché scientificamente condizionata – sia manifestamente irragionevole oppure quando ciò sia imposto dal c.d. “principio di precauzione”.

Ora, se è vero che una sovrapposizione fra questioni “scientificamente condizionate” ed “eticamente sensibili” può verificarsi, esistono anche casi in cui l'incertezza scientifica è l'unico ed effettivo ostacolo a una pronuncia nel merito da parte della Consulta, al di là di ogni considerazione etica. Tant'è che è stata elaborata dalla dottrina la categoria della «riserva di scienza»²³⁸, accanto a quella della «ragionevolezza scientifica»²³⁹.

Se la “ragionevolezza scientifica” è sostanzialmente una declinazione particolare del più generale concetto di “ragionevolezza”, la “riserva di scienza” è un concetto più ampio e richiama in causa le nozioni di “discrezionalità pura” e (implicitamente) di “discrezionalità tecnica” di cui si è detto nei paragrafi precedenti, come fra poco, più avanti, spero si chiarirà meglio.

Il concetto è chiaramente desumibile da un principio perentoriamente affermato nella sent. n. 282/2002 (relativa al c.d. caso Di Bella, paradigmatico del filone ora in esame): «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»²⁴⁰. L'affermazione si riferiva ad una norma contenuta in una legge della Regione Marche che sospendeva la terapia del c.d. elettroshock e altri trattamenti di psicoturgia, pretendendo di fatto di indicare all'operatore sanitario quali fossero gli interventi clinici più adatti allo scopo nel caso concreto. Tale norma è stata dichiarata incostituzionale sia perché adottata senza che il Ministero della salute avesse «definito le situazioni cliniche per le quali dette terapie risultino sperimentalmente efficaci e non dannose per i pazienti, [...] [determinando] i protocolli specifici per la loro applicazione»²⁴¹ (sintomo di irragionevolezza), ma soprattutto perché «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di *pura discrezionalità politica* dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati»²⁴² (mio il

²³⁸ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 6; su tutti, v. il lavoro monografico di D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa 2019. Usano – accanto a quello di “riserva di legge” e di “riserva di giurisdizione” – quello di “riserva di scienza” anche S. CECCANTI, *Scienza e politica dopo la pandemia: “chi” decide “cosa”*, in *federalismi.it*, n. 3/2022, 1 ss. e A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore*, cit., 111, nt. 17.

²³⁹ S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, 817-841.; ID., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2015, 2, 295 ss.

²⁴⁰ Corte cost. n. 282/2002, punto n. 4 *Cons. dir.*

²⁴¹ *Ivi*, punto 2 *Cons. dir.*

²⁴² *Ivi*, punto 5 *Cons. dir.*

corsivo). Questo significa, a ben vedere, che la “scienza” si pone come limite esterno non solo alla discrezionalità politico-legislativa, ma anche alla discrezionalità giurisdizionale (e amministrativa). In questo senso si può parlare di “riserva di scienza”, locuzione apprezzabile «per l'immediata capacità di evocare il significato minimo comune alle riserve “maggiori” note alla dottrina costituzionalistica (di legge, di giurisdizione, di amministrazione)»²⁴³.

Questo dato ci consente di inquadrare meglio i casi in cui la Corte si pronuncia con un'inammissibilità per discrezionalità legislativa, integrando quanto già detto nel § 3.5: se le materie in cui ricorre più frequentemente una più significativa autolimitazione della Corte sono quelle in cui si riscontra una riserva di legge (in tema di sanzioni, conformazione istituti processuali, ecc.), un meccanismo analogo accade con la suddetta “riserva di scienza”. In questa prospettiva può essere letta, ad es., la sent. n. 84/2016 (su cui mi soffermerò diffusamente nel prossimo paragrafo): la Corte non dichiara inammissibile la q.l.c. per «carezza di informazioni necessarie» (come avviene per le *political questions* nordamericane), informazioni che potrebbero essere acquisite tramite un'adeguata istruttoria processuale²⁴⁴. La Corte qui si arresta perché è la sede legislativa quella in cui valutare il bilanciamento tra interessi contrapposti alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche, ancorché limitate o controverse. In altri termini, se il legislatore può scegliere a “chi” dar ascolto nella pluralità di voci scientifiche discordanti, nessuna della quale condivisa dalla maggioranza della comunità scientifica, alla Corte sembra preclusa questa possibilità: Palazzo della Consulta può pronunciarsi solo se la scelta legislativa è manifestamente irragionevole (anche perché – ma non solo – non ha tenuto debitamente conto del dato scientifico). Ironicamente potremmo dire che, così, la Corte si atteggia – mutuando la nota espressione kelseniana – si atteggia a legislatore *scientifico* negativo.

Nel settore delle materie scientificamente condizionate, dunque, non esiste una discrezionalità *pura* del legislatore: questi può certo operare un bilanciamento fra i diversi valori in gioco, ma sempre alla luce (e nel rispetto) delle conoscenze scientifiche. Può stabilire forme e modalità operative con cui regolare il fatto scientifico, (già) individuato dalla comunità scientifica: esiste quindi, al più, una *discrezionalità tecnica* del legislatore, ma questi è rigidamente vincolato alle conoscenze specialistiche del settore tecnico-scientifico di riferimento. Di conseguenza, potremmo avere un sindacato della Corte: *estrinseco*, sul bilanciamento dei valori in gioco operato dal legislatore e/o *intrinseco*, relativo al fondamento scientifico e/o alla coerenza tra mezzi e fini della disciplina adottata²⁴⁵.

²⁴³ D. SERVETTI, *op. cit.*, 208, in cui l'A. precisa che tale evocatività restituisce «il senso della rimessione a un determinato soggetto e/o atto della competenza a trattare una certa materia o un certo oggetto, con sottrazione parziale o totale di tale competenza ad altri soggetti e/o atti; sottrazione che è pienamente tale se assume le forme di un divieto (sanzionato) di interferenza totale o parziale (quanto e come derogabile è poi ulteriore questione). Questo significato minimo comune è di per sé sufficiente a spiegare il ricorso all'immagine della “riserva di scienza” per rappresentare il divieto che la Corte fa al legislatore di intervenire nel merito delle terapie senza la previa acquisizione di conoscenza scientifiche ed evidenze sperimentali mediante l'opera di istituzioni e organismi cui tali competenze sono riservate».

²⁴⁴ Cfr. V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 393 ss.; A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”*: materie con rilevanza tecnico-scientifica, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2019, 143 ss.

²⁴⁵ Un meccanismo simile si ha nel diritto amministrativo, in cui il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica (dell'amministrazione) non ha carattere sostitutivo ma solo di “attendibilità tecnica”. In

La “riserva di scienza” non equivale però a piatta subordinazione alla scienza, perché il Giudice delle Leggi può trovarsi dinanzi a situazioni piuttosto diversificate. La prima distinzione da tenere in conto è riferibile al grado di (relativa) certezza scientifica del fatto posto alla base della norma oggetto di sindacato di costituzionalità, posto che, ormai, «le massime di esperienza, le nozioni di senso comune, la “normalità” dei fatti di natura, l’*id quod plerumque accidit* non possono più riempire le aree di contenimento in cui sfuma il ragionamento giuridico in senso stretto [...] ponendo il giudice in una posizione di “dipendenza necessaria” dai risultati della scienza»²⁴⁶. Per questo si è parlato di «diritto capovolto»²⁴⁷: nel rapporto fra scienza e decisione politica, è spesso la prima a dettare i contenuti alla seconda. Sebbene – giova precisarlo – il legislatore abbia “l’ultima parola” sul *se, quando e come* regolare le diverse opzioni offerte dalla scienza²⁴⁸, deve trattarsi di «riserva di scienza, non delega alla scienza»²⁴⁹.

Ora, posto che esista un grado di sufficiente consenso “fra gli esperti” nel settore scientifico di riferimento, la Corte ha quattro opzioni:

proposito, v. Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990: «l’unico limite in cui si sostanzia l’intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico e opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l’Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all’esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall’Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell’Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della scienza, della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto».

²⁴⁶ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino 2005, 1-2.

²⁴⁷ Cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018. L’A., in relazione al rischio di un eccessivo sbilanciamento nei rapporti fra scienza e diritto (a favore della seconda), si chiede (184) «quale sia il migliore atteggiamento che la giurisprudenza costituzionale può avere nei confronti delle valutazioni tecnico-scientifiche. Il pericolo della deferenza può condurre fatalmente ad una inevitabile compressione dello spazio di apprezzamento del legislatore e del giudice, correndo persino il rischio di smarrire le ragioni del diritto con l’affermazione, forse senza possibilità di successivi ripensamenti, della subalternità alla scienza. Neppure è possibile, d’altra parte, rimanere ciechi di fronte al ruolo che la scienza e la tecnologia hanno assunto nelle società contemporanee». L’A. conclude il suo ragionamento riprendendo la posizione di G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.*, n. 2/2004, 432, il quale afferma che la Corte «verrebbe meno alla sua missione, se piegasse il giudizio in termini di valori costituzionali ad una “oggettività scientifica”, che deve concorrere a formare il giudizio medesimo, ma non lo può determinare in modo necessario, secondo un meccanismo del tutto incompatibile con la forza generativa ed espansiva dei principi».

²⁴⁸ Cfr. S. CECCANTI, *Scienza e politica dopo la pandemia*, cit., 3: «È quindi in ultima analisi la politica che decide, ma dentro un sistema di vincoli non rigidi nel tempo e nello spazio posti anche dal sapere scientifico».

²⁴⁹ A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”*, cit., 153: «la Corte raramente esalta il dato scientifico ma tende a considerarlo come uno degli elementi che costituiscono la base su cui il legislatore dovrà poi legiferare. [...] In tutte le sentenze che hanno ad avuto ad oggetto norme sulla procreazione medicalmente assistita, la Corte ha affermato la necessità di prendere in considerazione «le plurime esigenze costituzionali» [il riferimento è a Corte cost. n. 162/2014], dando ampio respiro, valore e dignità ad ogni esigenza costituzionale che viene, volta per volta, in riferimento, senza rischiare di assolutizzare il dato tecnico. La posizione della Corte costituzionale pare condivisibile in quanto una giurisprudenza di questo tipo attribuisce al diritto, nei confronti della scienza, un complesso ruolo di mediazione tra le diverse istanze che emergono dalla pluralità di valori costituzionalmente tutelati, che non possono in nessun caso essere isolate o prevalere singolarmente. In estrema sintesi, si può affermare che, in tal modo, la riserva di scienza non può mai sconfinare in forme di deleghe in bianco alla scienza».

1. basa la sua decisione sulle più aggiornate conoscenze della scienza e della tecnica: avremo quindi, almeno sotto questo aspetto, una pronuncia costituzionale di *infondatezza* (si è parlato, in questo caso, di presunzione di «ragionevolezza»²⁵⁰ o «adeguatezza»²⁵¹ scientifica)²⁵²;
2. basa la sua decisione avendo in tutto o in parte ignorato, (senza “dolo”) il dato scientifico: esistendo una “riserva di scienza”, la conseguenza sarà una probabile *incostituzionalità* della norma impugnata, per difetto di *ragionevolezza scientifica* (sotto forma di eccesso di potere legislativo, la cui figura sintomatica è qui il difetto di adeguata istruttoria legislativa)²⁵³;
3. tiene conto del dato scientifico, ma in maniera errata e/o arbitraria: anche qui, come sopra, avremo una probabile *incostituzionalità* determinata da irragionevolezza scientifica (sempre per eccesso di potere legislativo, la cui figura sintomatica sarebbe, in questo caso, la manifesta illogicità o ingiustizia della legge)²⁵⁴;
4. ha tenuto conto delle certezze scientifiche al momento dell’adozione della norma poi oggetto di sindacato di costituzionalità, ma nel frattempo il dato normativo è stato

²⁵⁰ Cfr. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 824: «Sembra possibile tracciare, all’interno della giurisprudenza costituzionale, la tendenza consolidata ad una *presunzione* di ragionevolezza scientifica delle scelte legislative, in tutti quei casi nei quali i dati scientifici non raggiungano un grado convincente (pervasivo) di certezza scientifica rispetto alle conoscenze empiriche sulle quali sono fondati. Tuttavia, tale presunzione non può essere considerata assoluta. Deve infatti essere comunque assicurato un livello minimo di ragionevolezza scientifica, il quale deve caratterizzare il contenuto delle scelte legislative tanto rispetto all’attendibilità scientifica degli elementi di fatto quanto alla loro congruenza con gli obiettivi legislativi». Cfr. anche A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere ‘privilegiato’ delle valutazioni legislative*, in *Giur. cost.*, n. 1/1986, 956 ss.; R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 6; U. ADAMO, *Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge*, in *Consultaonline.it*, n. 1/2018, 300.

²⁵¹ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 157: «L’attenta considerazione delle istanze scientifiche da parte del legislatore fa derivare una presunzione di adeguatezza della legge che, beninteso, non è assoluta, ma relativa, potendo, in determinate circostanze, essere oggetto di una diversa valutazione da parte del giudice costituzionale».

²⁵² Infondate sono state dichiarate, *ex multis*, le questioni decise con sentt. nn. 59/1960, 826/1988, 112/1990 e 420/1994 (in materia di telecomunicazioni e regimi concessori per lo svolgimento di attività radiotelevisive); 80/1971 e 228/1987 (in tema di rendita di inabilità permanente); 99/1979, 1/1982 e 188/1982 (in tema di reati connessi all’alterazione di sostanze alimentari); la celebre 161/1985 (in tema di rettificazione e attribuzione di sesso); 85/2013 (sul c.d. “caso ILVA”). Per una disamina più approfondita, v. G. D’AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 236 ss. Di recente, si segnalano soprattutto la n. 5/2018 (in tema di vaccinazioni obbligatorie) e le sentt. nn. 14-15/2023 (sempre in tema di obbligo vaccinale, questa volta per determinate categorie di soggetti, per la prevenzione dell’infezione da SARS-Cov-2). Nella sent. n. 14/2023, la Corte era chiamata a vagliare se «il legislatore [avesse] esercitato la propria discrezionalità [...] operando un bilanciamento tra le suddette dimensioni del diritto alla salute non irragionevole e non sproporzionato rispetto alla finalità perseguita. [...] Tale sindacato, dunque, essendo riferito alle scelte del legislatore, deve muoversi lungo due direttrici principali: la *valutazione della situazione di fatto*, cioè, nel caso in esame, della pandemia e l’*adeguata considerazione delle risultanze scientifiche disponibili* in merito all’efficacia e alla sicurezza dei vaccini» (punto 6 *Cons. dir.*). «Questa Corte accerta, innanzitutto, se il legislatore, nell’esercizio del suo potere discrezionale, si sia tenuto all’interno di un’*area di attendibilità scientifica*, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali *definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte*» (punto 8.2 *Cons. dir.*). [miei i corsivi].

²⁵³ Trattasi di ipotesi, invero, sempre meno frequenti dopo che la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità di norme prive di un fondamento scientifico. Ciò è avvenuto soprattutto a partire dalla celebre sent. n. 282/2002 (sulla sospensione della pratica terapeutica dell’elettroshock); v. pure la n. 338/2003 (sempre in tema di terapie elettroconvulsivanti e interventi di psicoturgia) e la n. 116/2006 (in tema di organismi geneticamente modificati).

²⁵⁴ In questa categoria sono da ricomprendere, ad esempio, le sentt. nn. 151/2009 e 162/2014 in tema di PMA, entrambe approfondite nel § immediatamente seguente.

superato dalle nuove acquisizioni della scienza e della tecnica: in questo caso probabilmente si avrà una *incostituzionalità sopravvenuta* della norma impugnata, nel frattempo divenuta *anacronistica*²⁵⁵.

Nel caso in cui, invece, la scienza non sembra offrire solide certezze, la Corte ha due opzioni. Si esprimerà:

1. con un'*infondatezza*, spesso accompagnata da un *invito* al legislatore a intervenire tempestivamente per adeguare la normativa al mutato contesto scientifico. Ciò perché il progresso scientifico è in atto, ma non è ancora univocamente «riconosciuto» dalla comunità scientifica²⁵⁶: qui l'anacronismo legislativo è solo potenziale, non si è *ancora* realizzato (ma, probabilmente, si realizzerà presto)²⁵⁷; o
2. con un'*inammissibilità*, “non sapendo” decidere perché neppure la scienza “sa” dare risposte univoche, nonostante il progresso scientifico in atto, relativamente maturo. L'incertezza sugli effetti (tecnici e politici) concreti delle acquisizioni scientifiche già intervenute inducono la Corte a “temere” l'innovazione, sospendendo il giudizio²⁵⁸.

A differenza delle questioni «di natura politica» caratterizzate prevalentemente da problemi di natura etica, nelle questioni a contenuto esclusivamente o prevalentemente

²⁵⁵ Com'è facilmente intuibile, è la categoria in cui la Corte più comodamente giunge all'incostituzionalità della norma indubbiata: vi si possono ricomprendere le sentt. nn. 225-226/1974; 420/1994; 466/2002 (in tema di telecomunicazioni, oggetto di rapido sviluppo tecnologico); 132/1985 (relativa al trasporto aereo); 198/1996 (in tema di termini delle notificazioni, rese più agevoli anche da strumenti tecnologici); 96/1981 (sul reato di plagio). Si noti peraltro che può pure verificarsi il caso in cui ad essere anacronistico sia diventato solo lo *strumento* previsto, mentre lo *scopo* della norma sia ancora attuale.

²⁵⁶ G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 202-203.

²⁵⁷ Qui la Corte «ha fatto derivare dalla constatazione della “immaturità” del dato scientifico un rinvio al legislatore affinché questi, eventualmente, provveda a sanare la potenziale “incoerenza” della norma impugnata con il contesto scientifico. Viene fuori, pertanto, l'immagine di un giudice delle leggi che è intervenuto ed interviene solo quando il contrasto con il progresso della scienza e della tecnica è talmente evidente da rendere palesemente irragionevole la norma impugnata»: così G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 203. Esempi riconducibili a questa categoria sono le sentt. nn. 21/1964: (in materia di divieto penale di panificazione in ore notturne, dove si legge che «Si potrebbe anche discutere se, dopo tanti anni, [...] se gli organi addetti alla vigilanza sull'igiene degli alimenti possano, sulla base delle nuove acquisizioni della scienza e della tecnica, disporre di mezzi di controllo sulla confezione del pane e sulla buona condizione igienica degli ingredienti, efficienti in pieno anche se la panificazione avvenga in ore notturne. Ma queste nuove possibilità, che il legislatore - e solo il legislatore - potrebbe valutare per eventuali modificazioni della disciplina vigente, non si presentano tali da togliere, rispetto alla situazione generale, quella base di ragionevolezza, su cui resta fondata la norma»); 248/1986 (in materia di collocamento al lavoro). Merita una particolare segnalazione la sent. cost. n. 114 del 1998 (in tema di distinzione tra “abitudine” e “cronica intossicazione” (da) ubriachezza e sostanze stupefacenti), in cui la Corte afferma, premesso che «il sindacato sulla costituzionalità delle leggi [...] possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici», che «perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice» (Corte cost. n. 114 del 1998, punto n. 4 *Cons. dir.*). In questa categoria dovrebbe farsi rientrare la sent. cost. n. 84/2016, che però reca un dispositivo di inammissibilità: v. § immediatamente seguente.

²⁵⁸ In questa categoria rientrerebbe Corte cost. n. 84/2016, su cui però v. § seguente (trattandosi però di una questione tanto scientificamente controversa quanto eticamente sensibile).

scientifico la Corte ha molte più possibilità di intervento. Ciò anche alla luce delle possibilità, per i giudici costituzionali, di audire «esperti di chiara fama» o i cc.dd. *amici curiae* prima di adottare la decisione finale, soprattutto in seguito alla recente riforma della *Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*²⁵⁹. La relativa “facilità” di giudizio è determinata dal fatto che, banalmente, la scienza offre un grado di certezza e una quantità di riferimenti oggettivi innegabilmente maggiori. Inoltre, se in relazione alle questioni tecnico-scientifiche i giudici costituzionali possono “esternalizzare” parte della decisione (e dunque della responsabilità “politica” che ne deriva), o quantomeno i presupposti di essa (determinati dai competenti organismi tecnico-scientifici), nelle questioni “etiche” ciò tendenzialmente non avviene, nonostante il peso dei Comitati di bioetica. Del resto, se è ipotizzabile – come pure è avvenuto – una consulenza tecnico-scientifica sia nel giudizio *a quo* che nella fase istruttoria del sindacato di costituzionalità²⁶⁰, è più difficile (sebbene possibile) immaginare una consulenza filosofica, sociologica o antropologica da affidare a un “perito” esterno da parte dei giudici di Palazzo della Consulta).

5.3. *Questioni “politicamente sensibili” e insieme “scientificamente condizionate”*

L’ambito materiale in cui le questioni eticamente sensibili e scientificamente condizionate tendono a cumularsi può ricondursi pressoché integralmente al settore della *bioetica* (*rectius*: del biodiritto)²⁶¹. In questo settore è più forte l’influenza di approcci (gius-

²⁵⁹ Sulla riforma, adottata l’8 gennaio 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2020, n. 17, non è possibile diffondersi compiutamente in questa sede. Si segnalano però, fra i tanti, i contributi di M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, 5 ss.; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, *ivi*, 77 ss.; A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio Rivista AIC*, 2/2020; G.P. DOLSO, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, 398 ss.; ID., *I poteri istruttori della Corte costituzionale: profili ricostruttivi e prospettive applicative*, in *federalismi.it*, n. 1/2023, 1 ss.; L. MADAU, *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle Norme Integrative di cui alla delibera dell’8 gennaio 2020 alla prova dell’applicazione pratica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, 162 ss.; v. spec. M. D’AMICO - C. NARDOCCI (a cura di), *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative. Atti del Seminario di Milano, 12 novembre 2021*, Napoli 2023. In generale, sui poteri istruttori della Corte costituzionale si segnalano le monografie di T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997 e di M. D’AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018. V. anche i contributi di V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, 1113 ss.; ID., *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, *cit.*, 393 ss.; da ultimo, v. G.P. DOLSO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, *cit.* e L. DI MAJO, *Gli esperti nei processi decisionali di legislatore e Corte costituzionale. Contributo allo studio dei rapporti tra scienza, politica e diritto*, Napoli 2023.

²⁶⁰ V. spec. l’ordinanza «di convocazione di esperti» del 25-27 febbraio 2020 (di cui è dato conto in Corte cost. n. 164/2020), con cui la Corte procede per la prima volta ad audire gli “esperti di chiara fama” in un giudizio in materia di pubblico impiego. Sull’argomento, cfr. G.P. DOLSO *op. ult. cit.*, 12 ss.

²⁶¹ V. CORTE COSTITUZIONALE, Servizio Studi (a cura di A. Carrato), *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, marzo 2021, 5: «La bioetica deve intendersi

)naturalistici che vedono nella “natura” un limite che sarebbe moralmente opportuno non valicare, anche nel caso in cui ciò fosse tecnicamente possibile: soprattutto in tema di *inizio* e di *fine vita*.

Non è certamente questa la sede per affrontare compiutamente simili questioni da un punto di vista bioetico. Ciò che mi interessa qui prendere in esame, seppur brevemente, è il rapporto fra questo tipo di questioni e la giustizia costituzionale, e il rapporto fra quest’ultima e la discrezionalità del legislatore. In particolare, seguendo il filone di ricerca aperto con i precedenti paragrafi, proverò a vedere come gli argomenti della “scienza” e della “coscienza sociale” sono stati utilizzati *contestualmente* in alcune pronunce di questo tipo, tenendo conto del fatto che questioni di questo genere sono più complesse delle altre, perché “a doppio ostacolo”. Infatti, se anche la scienza riesce a dare risposte relativamente certe, non è detto che queste siano poi eticamente condivisibili. La domanda da cui muovo è sempre la stessa: nei casi in cui la Corte si è attenuta ad un rigoroso *self-restraint*, ha davvero “deciso” di non decidere? Cosa ha reso possibile, per converso, pronunce nel merito (tanto di rigetto quanto di accoglimento) in simili ambiti?

La giurisprudenza costituzionale, come si è detto, offre diversi esempi di materie contemporaneamente “eticamente sensibili” e “scientificamente condizionate”²⁶². Per comprendere meglio come tali questioni siano affrontate dalla Corte, credo possa essere più utile prendere in esame un filone giurisprudenziale certamente “paradigmatico”, rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” (d’ora in poi: PMA)²⁶³.

Com’è noto, la suddetta legge è stata oggetto di numerose pronunce della Corte, che ne hanno sostanzialmente “demolito” l’impianto originario²⁶⁴. Dal momento della sua entrata in

come disciplina autonoma che assolve il compito di condurre ad una riflessione etica sulle implicazioni teorico-pratiche dello sviluppo scientifico e tecnologico rispetto alle scienze della salute e della vita dell’uomo. Per rispondere all’interrogativo se tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche tecnicamente accettabile, socialmente ammissibile e giuridicamente lecito, è insorta l’esigenza di dare ingresso ad un nuovo ambito di cognizione del sapere umano che ha assunto la denominazione di biodiritto. Esso ha ad oggetto la sistematizzazione degli aspetti giuridico-normativi che tendono a disciplinare il complesso delle relazioni intersoggettive connesse alle problematiche biomediche, con conseguente attribuzione di giuridicità all’opzione bioetica e biopolitica prescelta». In generale, sulla specificità del “biodiritto”, v. S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, volume che fa parte del S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano 2010; A. D’ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI, (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino 2012, 37; G. BALDINI, *Persona e famiglia nell’era del Biodiritto*, Firenze 2015.

²⁶² In queste pronunce la Corte evoca, infatti, non solo la necessaria considerazione delle conoscenze scientifiche ma anche l’«evoluzione che queste hanno indotto nella coscienza sociale»: così G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, 224, il quale ricomprende in questa categoria le sentt. nn. 172/1983, 215/1987, 307/1990, 118/1996, 170-270/1999, 50-266/2006.

²⁶³ Si sarebbero potuti prendere in considerazione anche altri ambiti parimenti significativi, come la giurisprudenza in tema di aborto o di fine vita. Tuttavia, la scelta di concentrare l’analisi sulla giurisprudenza relativa alla PMA offre l’indubbio vantaggio di prendere in esame un apparato di pronunce molto più vasto sia in termini quantitativi che in termini qualitativi (in relazione ai diversi dispositivi delle suddette sentenze), anche alla luce del fatto che – in tali ambiti “delicati” – la Corte tende ad utilizzare quasi sempre gli stessi schemi argomentativi e criteri di giudizio, che vedremo di seguito. D’altro canto, poi, la recente giurisprudenza in tema di fine vita sarà oggetto di approfondita analisi nel Cap. successivo, seppur per profili parzialmente differenti (con particolare riguardo, cioè, alle “nuove” tecniche decisorie).

²⁶⁴ Fra i tanti, in questo senso, v. A. D’ALOIA, *L’(ex) 40*, in www.confrontocostituzionali.eu, 2015: «Un altro pezzo della legge 40 che è crollato. Siamo di fronte ad un muro (normativo) ormai pieno di buchi, e – per

vigore, infatti, la legge è stata oggetto di ben 23 pronunce della Consulta (alcune a dispositivo multiplo), il cui esito è stato:

1. di ammissibilità di quesiti referendari abrogativi di tutta o di parte della legge medesima, subito dopo la sua entrata in vigore (sentt. nn. 46-47-48-49/2005)²⁶⁵;
2. di restituzione degli atti al giudice *a quo* (ord. n. 150/2012, per *jus superveniens*);
3. di manifesta inammissibilità (ordd. nn. 369/2006, 151/2009, 97/2010; 54/2016);
4. di inammissibilità semplice (sent. nn. 84/2016; 237/2019; 32-33/2021; 161/2023);
5. di infondatezza (sent. nn. 229/2015; 221/2019; 161/2023);
6. una decisione manipolativa:
 - a. nella sent. n. 151/2009, che reca un dispositivo sia misto che multiplo²⁶⁶: un accoglimento parziale + un'additiva + tre manifeste inammissibilità;
 - b. nella sent. n. 162/2014, che reca un dispositivo anche qui sia misto che multiplo: tre accoglimenti parziali + una interpretativa di accoglimento;
 - c. nella sent. n. 96/2015, un'additiva;
 - d. nella sent. n. 229/2015, un accoglimento parziale (una classica "riduttiva");
7. un accoglimento "secco" (sent. n. 162/2014);
8. una inammissibilità degli interventi in giudizio: ord. n. 271/2020.

A queste 23 pronunce dovremmo aggiungere anche le sentt. nn. 272/2017 e 127/2020 (in cui le q.l.c., poi dichiarate infondate, erano relative all'art. 263 del codice civile) e 230/2020²⁶⁷, solo indirettamente connesse alla PMA. Si tratta di pronunce aventi quale oggetto primario del sindacato di costituzionalità norme relative allo stato giuridico del soggetto nato (in Italia) da "maternità surrogata", ossia a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione

rimanere in metafora – anche alcuni pilastri appaiono fortemente lesionati. Appunto, è una (ex) legge che formalmente sopravvive al progressivo sgretolamento di alcuni dei suoi contenuti fondamentali, sostituiti da soluzioni ri-scritte dalla giurisprudenza costituzionale, come punto terminale di un "lavoro di squadra" che ha coinvolto tutti gli apparati giurisdizionali, i giudici comuni innanzitutto, e (con specifico riferimento alla questione della DPI), la Corte EDU». V. anche M. FUSCO, *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa italiana sulla procreazione assistita*, in L. CHIEFFI - J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano 2015, 211 ss.; S. AGOSTA - G. D'AMICO L. D'ANDREA (a cura di), *La Procreazione Medicalmente Assistita. Bilancio di un'esperienza. Problemi e prospettive*, Napoli 2017.

²⁶⁵ Solo un quesito è stato dichiarato inammissibile (con sent. n. 45) perché avente ad oggetto l'intera legge, ritenuta (una volta adottata) costituzionalmente necessaria. Gli altri quesiti, invece, sebbene ammessi (perché relativi soltanto ad alcune disposizioni specifiche, non costituzionalmente necessitate) e regolarmente svolti il 12 e 13 giugno 2005, non hanno poi raggiunto il *quorum* minimo (avendo votato solo il 25% circa degli aventi diritto al voto).

²⁶⁶ Per la distinzione fra pronunce "miste" e "a dispositivo multiplo", v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 217: «potrebbero dirsi "miste", se *mescolano*, o "a dispositivo multiplo", quando invece si limitano a *cumulare* più effetti»; le pronunce del primo tipo, dunque, possono ad esempio contenere contemporaneamente un dispositivo di inammissibilità, di incostituzionalità o di infondatezza; le pronunce del secondo tipo, invece, possono contenere più dispositivi ma tutti dello stesso tipo e dunque con lo stesso effetto (ad es. di inammissibilità). A tal riguardo, v. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 221 ss.; F. DAL CANTO-E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino 2018, 287 ss.

²⁶⁷ Anche in questo caso le disposizioni impugnate non erano contenute nella l. 40/2004 ma nella legge n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) e del d.P.R. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile). La questione, in questo caso, è stata dichiarata inammissibile per rispetto della discrezionalità del legislatore.

medicalmente assistita di tipo eterologo praticate all'estero nell'ambito di un rapporto procreativo di una coppia omosessuale²⁶⁸.

La pluralità e la diversità delle pronunce relative alla medesima legge sono probabilmente già di per sé indicative della quasi inesistenza di *limiti assoluti* – punti fermi davvero invalicabili – posti dal Giudice delle leggi in relazione alle questioni eticamente sensibili o scientificamente condizionate: anche nelle decisioni in cui tali problemi non affiorano direttamente, sono inevitabili ricadute sul piano etico-scientifico derivanti dall'impostazione stessa della legge.

Al netto di tutti i motivi che hanno portato ora all'inammissibilità, ora all'accoglimento o al rigetto delle questioni, mi interessa qui prendere in esame solo quelle in cui emerge primariamente e in materia determinante l'argomento etico-scientifico correlato alla discrezionalità del legislatore, nella sede del giudizio incidentale di costituzionalità.

Fra le pronunce di accoglimento si prendano in esame, in questo senso, le sentt. nn. 151/2009 e 162/2014, ai nostri fini sufficienti per comprendere come e in quali casi la *scienza* e la *coscienza sociale* non hanno precluso un esame nel merito delle questioni.

Con la prima, la Corte colpisce con illegittimità costituzionale l'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, a norma del quale «*Le tecniche di produzione degli embrioni [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre*», limitatamente alle parole «*un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre*». Qui l'argomento tecnico-scientifico predomina su quello etico, solo incidentalmente e marginalmente considerato²⁶⁹. La Corte, secondo i canoni tipici del giudizio di “ragionevolezza scientifica” di cui si è detto nel paragrafo precedente, ritiene irragionevole la rigidità della norma che vincola il medico tanto ad operare un unico e contemporaneo impianto, quanto a non superare il limite massimo di tre embrioni impiantabili: sottrae così «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»²⁷⁰. La Corte, richiamando la propria giurisprudenza, ribadisce i «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle

²⁶⁸ ...eludendo così i requisiti d'accesso alla PMA posti dalla legge italiana e dall'ordinamento che non consente, attualmente, l'instaurarsi di un rapporto di filiazione pieno nei confronti di due genitori dello stesso sesso: alle tecniche di PMA possono accedere solo «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5, L. 40/2004) – scelta definita «non irragionevole» dalla Corte costituzionale con sent. n. 221/2019 – e che la c.d. adozione piena è consentita solo a coniugi uniti in matrimonio (art. 6, l. 183/1984) sebbene, sul punto, la Corte abbia ammonito il legislatore ad intervenire con sentt. nn. 32-33/2021, come vedremo *infra* nello svolgimento di questo paragrafo.

²⁶⁹ Nelle motivazioni della sentenza (punto 3 *Rit. fat.*) viene dato conto dei rilievi mossi dal rimettente, secondo il quale «la assoluta libertà di produzione sovrannumeraria di embrioni determinerebbe, a sua volta, una situazione che [...] rischia di essere *pur sempre* foriera di problematiche non scevre da *implicazioni di natura etica, giuridica, ed anche gestionale ed economica*». Miei i corsivi.

²⁷⁰ Corte cost. n. 151/2009, punto n. 6.1. *Cons. dir.*

quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»²⁷¹.

La seconda delle pronunce in commento, la n. 162/2014, dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa (di cui all'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004). In questa pronuncia, l'aspetto scientifico e quello etico sono determinanti per l'accoglimento della q.l.c. In primo luogo, in relazione all'aspetto scientifico, la Corte ribadisce che un intervento sul merito delle scelte terapeutiche «non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore» (richiamando i precedenti sopra citati: sentt. cost. nn. 282/2002, 8/2011 e 151/2009). In secondo luogo, poi, la Corte dichiara l'irragionevolezza intrinseca della disposizione censurata rispetto allo scopo della legge: è irragionevole vietare alle coppie sterili l'accesso alla PMA, dovendo queste necessariamente ricorrere alla fecondazione eterologa per realizzare il loro progetto procreativo, posto che le finalità della legge medesima (art. 1 l. 40/2004) consistono nel «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana». Ma ciò che più interessa qui è vedere come l'argomento etico sia utilizzato sul presupposto di una raggiunta maturazione della coscienza sociale sul tema. Infatti, sebbene «le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene “primariamente alla valutazione del legislatore”»²⁷², la Corte ribadisce che «resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»²⁷³. Ma ciò che preme sottolineare, ai nostri fini, è che la Corte giustifica il proprio intervento demolitorio sul presupposto che «il divieto in esame non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3»²⁷⁴ e che tale tecnica fosse già praticata anteriormente all'entrata in vigore della legge²⁷⁵, a testimonianza di come non fosse affatto radicata una coscienza sociale sul tema.

Alla Corte, quindi, non è affatto precluso il sindacato su temi “eticamente sensibili”: può interrogare la coscienza sociale e accertare che una determinata norma di legge – espressiva di un principio marcatamente “ideologico” (frutto di pura discrezionalità politica) – può essere sindacata se in contrasto con valori costituzionali, a maggior ragione se nella coscienza sociale medesima esistano sufficienti indici in senso contrario²⁷⁶. Ciò che la Corte non può fare, invece,

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Corte cost. n. 162/2014, punto n. 5. *Cons. dir.*

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ Infatti, precisa *ibidem* la Corte che «Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, «lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi» e, nell'anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura)».

²⁷⁶ Tuttavia, è bene precisare che, con questa decisione, la Corte non ha generalizzato l'accesso alla PMA di tipo eterologo, precisando che i requisiti soggettivi per l'accesso rimangono quelli previsti dall'art. 5 della l. 40/2004: «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Questo modo di “demolire costruendo”, fissando precisi “paletti” nella ricostruzione giurisprudenziale

è pronunciarsi con interventi additivi che richiedono l'adozione di soluzioni non univocamente imposte dalla Costituzione (e non ancora maturate nella coscienza sociale).

Abbiamo visto che la Corte, quando può, si esprime nel merito. Vediamo ora i casi in cui la Corte si pronuncia con un'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, affermando di *non poter* decidere.

Infatti, al di là di tutti gli altri casi di accoglimento²⁷⁷ riferibili alla legge n. 40 del 2004 – e ovviamente al di là dei casi in cui l'inammissibilità è dichiarata in riferimento a tutti gli altri requisiti processuali relativi soprattutto alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della q.l.c. – è forse utile ora concentrarsi sui casi in cui la “scienza” e la “coscienza sociale” sono state un ostacolo a una pronuncia nel merito da parte della Corte, sotto “l'ombrello” del necessario rispetto della discrezionalità legislativa. Il riferimento primario è alle sentt. nn. 84/2016, 230/2020 e 32-33/2021.

Nella sent. n. 84/2016, molto criticata dalla dottrina²⁷⁸, la Corte ha dichiarato inammissibile la richiesta di un intervento additivo volto rimuovere o temperare l'assolutezza del divieto di ricerca scientifica (clinica o sperimentale) sugli embrioni cc.dd. “soprannumerari”, in quanto non impiantati e non impiantabili perché affetti da anomalie genetiche, destinati pertanto a un' indefinita ibernazione e alla conseguente autoconsunzione²⁷⁹.

del tessuto normativo inciso, è tipico delle pronunce della Corte in temi eticamente sensibili: lo vedremo nel Cap. successivo in relazione al c.d. “caso Cappato”.

²⁷⁷ Oltre alle già menzionate sentt. nn. 151/2009 e 162/2014, si segnalano le sentt. nn. 96-229/2015 (con cui è stato superato il limite dell'impossibilità della diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili).

²⁷⁸ Si segnalano, fra i molti, B. BRANCATI, *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in *Consulta Online*, n. 2/2016, 305, che ne evidenzia la «mancanza di chiarezza dal punto di vista terminologico e definitorio»; C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 162, il quale nota come «la Corte pare rinunciare a priori non solo ad individuare, ma addirittura a ricercare nelle pieghe della Costituzione e della propria giurisprudenza i termini del bilanciamento fra interessi della ricerca e conservazione degli embrioni non impiantabili, riparandosi dietro il facile schermo della novità e del carattere controverso della questione»; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *ivi*, 176, per la quale il problema «non è tanto quello della incoerenza di questa decisione con i suoi precedenti, quanto quello della incongruenza con il corretto sviluppo del ragionamento giuridico»; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, *ivi*, 245, che ne denuncia lo «stile pilatesco»; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili*, *cit.*, 263, il quale definisce la pronuncia «pavida ma non incomprensibile».

²⁷⁹ In realtà deve precisarsi che le questioni di costituzionalità poste dal giudice *a quo* erano due: oltre a quella approfondita nel testo (relativa all'art. 13, commi 1-3, l. 40/2004), il giudice *a quo* aveva posto in dubbio la legittimità costituzionale dell'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo (art. 6 l. 40/2004). Anche a questa seconda richiesta la Corte ha risposto con un'inammissibilità, motivata però non già dal necessario rispetto della discrezionalità legislativa, bensì da un “comune” difetto di rilevanza in concreto, in quanto la questione era meramente ipotetica e non attuale (segnatamente, come si legge in Corte cost. n. 84/2016, punto n. 6.1 *Cons. dir.*, «la ricorrente, dopo avere, in un primo momento, dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione (tra i dieci prodotti) sicuramente non affetto da patologie, ha poi comunque accettato di portare a termine – e ciò ha fatto, sia pur con esito non positivo – il trattamento di PMA. Il dubbio di legittimità costituzionale del divieto di revoca del consenso all'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo risulta così privo, appunto, di rilevanza nel giudizio a quo. Né a diverso avviso si può pervenire, argomentando (come fa il rimettente) che “I ricorrenti intendono ripetere il ciclo di PMA, onde impellente è la risoluzione di ogni questione relativa alla manifestazione della volontà”, posto che tale intento, pro futuro, non vale a rendere “attuale” la questione della

Dinanzi alle (pur percorribili) strade dell'accoglimento²⁸⁰ o del rigetto nel merito²⁸¹ della q.l.c., la Corte ha invece preferito dichiarare un'inammissibilità per discrezionalità del legislatore. A ciò concorrono – congiuntamente – ostacoli tanto di ordine etico quanto di ordine scientifico. In relazione al primo aspetto, la Corte rileva che a fronte «di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, [...] così ampiamente *divisiva sul piano etico e scientifico* [...], la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella *coscienza sociale*. [...] È [...] una scelta di così *elevata discrezionalità*, per i *profili assiologici* che la connotano, da sottrarsi, *per ciò stesso*, al sindacato di questa Corte»²⁸². Ciò che sembra maggiormente criticabile, a mio avviso, è il «per ciò stesso»: la giurisprudenza della Corte, infatti, aveva fino a quel momento dimostrato che l'elevata discrezionalità che connota in maniera significativa diverse opzioni assiologiche non può considerarsi di per sé preclusiva a un sindacato della Corte. Ed è stato questo,

revoca del consenso nell'ambito del giudizio principale, una volta che, nel contesto del ciclo di PMA del quale ivi si discute, l'interessata ha poi di fatto, comunque, consentito al trasferimento in utero dell'unico embrione (tra quelli prodotti) non affetto da patologia»).

²⁸⁰ La Corte, infatti, avrebbe potuto (e, per me, “dovuto”) percorrere la via dell'illegittimità costituzionale (anche con una sentenza manipolativa o interpretativa) per rimuovere l'assolutezza del divieto in questione. Ogni divieto assoluto, infatti, è potenzialmente irragionevole nella misura in cui delinea un bilanciamento totalmente sproporzionato dei valori in questo caso in conflitto: la tutela dell'embrione da un lato – che già dalla sent. n. 151/2009 non è più considerabile come assoluta – e la ricerca medica e scientifica dall'altro, unitamente alla libertà di autodeterminazione individuale (posto che erano stati gli stessi soggetti ricorsi alle tecniche di PMA a voler donare gli embrioni soprannumerari inutilizzabili alla ricerca scientifica). In questo senso, cfr. C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., 168, per il quale una diversa impostazione della questione «avrebbe potuto condurre ad una diversa tipologia di decisione (additiva o perlomeno additiva di principio) o avrebbe, quantomeno, permesso di lanciare un monito al legislatore; monito che avrebbe poi aperto la strada a future possibili decisioni meno segnate da un atteggiamento *self-restraint*»; in senso parzialmente diverso, A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili*, cit., 265, pur lamentando il «mancato ricorso a una possibile additiva di principio», nota come la Corte «non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo successivo favorevole alla ricerca scientifica» (268).

²⁸¹ La Corte avrebbe potuto, per converso, ricorrere a una pronuncia di infondatezza con cui riteneva costituzionalmente legittima l'assolutezza del divieto in questione, anche in considerazione della giurisprudenza della Corte EDU, con speciale riferimento al caso *Parrillo c. Italia* (deciso con sentenza dalla *Grande Camera* il 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11). Nelle conclusioni di tale decisione (al Cap. VI, § 43, pp. 75-76), si legge infatti che «La vita del nascituro umano non è essenzialmente diversa dalla vita di un essere nato. In tutte le circostanze l'embrione umano deve essere trattato con il rispetto dovuto alla dignità umana. Le applicazioni della ricerca scientifica concernenti il genoma umano, in particolare nel campo della genetica, non prevalgono sul rispetto della dignità umana. Il progresso scientifico non deve essere costruito sul disprezzo per l'ontologica natura umana. L'obiettivo scientifico di salvare vite umane non giustifica mezzi che sostanzialmente sopprimono tali vite. L'inizio e la fine della vita umana non sono questioni di politica soggette alla discrezionalità degli Stati membri del Consiglio d'Europa. L'“adeguatezza” della tutela fornita all'embrione dagli Stati parti della Convenzione è soggetta all'attento esame della Corte, in quanto gli Stati godono di un esiguo margine di discrezionalità riguardo alle fondamentali questioni connesse all'esistenza e all'identità dell'essere umano. In Europa la Convenzione ha stabilito un limite invalicabile alle nostre possibilità di fare esperimenti con la vita umana. Perciò la produzione, o l'utilizzazione, di embrioni umani viventi per preparare cellule staminali embrionali o produrre embrioni umani clonati, e successivamente sopprimerli al fine di produrre cellule staminali embrionali, sono incompatibili con la Convenzione. Nello spazio giuridico europeo la ricerca scientifica sull'embrione umano e sulle linee cellulari staminali embrionali è consentito sono nei due casi eccezionali precedentemente citati».

²⁸² Corte cost. n. 84/2016, punto n. 11 *Cons. dir.*

probabilmente, ad aver condotto la dottrina ad accusare la Consulta di “decidere di non decidere”²⁸³. Ed è per questo, a mio avviso, che forse sarebbe stata più utile (ai fini della legittimazione della Corte, s’intende) una pronuncia di infondatezza, posto che la Corte ammonisce chiaramente ed espressamente il legislatore ad intervenire lasciando presagire eventuali future incostituzionalità. In ogni caso, comunque, questo utilizzo pilatesco dell’argomento della coscienza sociale sarebbe stato altresì evitabile, valorizzando maggiormente ciò che sembra davvero ostativo a una pronuncia nel merito: le differenti opzioni tecnico-normative con cui bilanciare i diversi valori in conflitto, nessuna delle quali *scientificamente* obbligate²⁸⁴.

Anche dalle sentt. nn. 230/2020 e 32-33/2021 si traggono simili considerazioni. Nella prima di queste pronunce, la n. 230/2020, la Corte demanda alla discrezionalità politica del legislatore il riconoscimento dell’omogenitorialità²⁸⁵. In sintesi, la norma derivante dal combinato disposto delle disposizioni censurate impediva alla c.d. “madre intenzionale”²⁸⁶ di

²⁸³ Cfr. ad es. A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili*, cit., 253: «come in quasi tutte le questioni di bioetica, ci troviamo di fronte a una classica *political question*, dunque a un caso, per la sua delicatezza e complessità, molto controverso nell’opinione pubblica e oggetto di scontro politico, se non addirittura ideologico (non senza venature religiose). Si tratta perciò di una problematica – per quanto non elusa dalla scienza e di sicura rilevanza costituzionale – da cui tradizionalmente, quando possono, i tribunali costituzionali cercano di sfuggire come dalla peste, anche per sottrarsi a critiche certe, quale che sia la decisione presa, visto che inevitabilmente essa scontenta una delle due parti in irriducibile conflitto fra loro. In questi casi, quindi, *decidere di non decidere* “sembra” la decisione migliore e l’atteggiamento delle Corti tende a diventare facilmente “pilatesco”».

²⁸⁴ *Ibidem* si legge infatti che «*Per di più*, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo da parte di questa Corte (come quello che si richiede dal Tribunale a quo), stante il carattere non “a rima obbligata” di un tale intervento. Il differente bilanciamento dei valori in conflitto, che attraverso l’incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata, non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di *molteplici opzioni intermedie*, che resterebbero, anch’esse, inevitabilmente riservate al legislatore. Unicamente al legislatore, infatti, compete la *valutazione di opportunità* (sulla base anche delle “*evidenze scientifiche*” e del loro raggiunto *grado di condivisione* a livello sovranazionale)» in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da *quali* malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui» (miei i corsivi). Sebbene dunque la Corte indichi al legislatore i punti più delicati su cui porre attenzione in sede di una futura ed eventuale (ed implicitamente necessaria) rimeditazione legislativa della disciplina in questione, non si spinge a “minacciare” espressamente una futura incostituzionalità, (come farà poi in futuro – e lo vedremo *infra* – quando avviserà il legislatore che una sua ulteriore inerzia «non sarà più tollerabile» (sent. n. 32/2021).

²⁸⁵ Più precisamente, la questione di legittimità costituzionale riguardava l’art. 1, comma 20, della l. n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), «nella parte in cui limita la tutela [...] delle coppie di donne omosessuali unite civilmente ai “soli diritti [...] e doveri nascenti dall’unione civile», e dell’art. 29, comma 2, del d.P.R. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’art. 2, comma 12, della l. n. 127/1997), come modificato dall’art. 1, comma 1, lettera c), del d.P.R. n. 26/2015 (Regolamento recante attuazione dell’articolo 5, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in materia di filiazione), nella parte in cui non consentono la formazione di un atto di nascita in cui vengano indicati come genitori due donne tra loro unite civilmente e che abbiano fatto ricorso (all'estero) alla procreazione medicalmente assistita.

²⁸⁶ Cioè la donna che, insieme alla futura madre biologica, condivide con quest’ultima il progetto genitoriale derivante dal ricorso alle tecniche di PMA.

essere riconosciuta come genitrice di un bambino (concepito all'estero per eludere i requisiti posti dalla legge italiana ma poi) nato in Italia in seno a una coppia formata da due donne unite civilmente. La Corte precisa che se è vero che «il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata»²⁸⁷, precisando poi che l'obiettivo perseguito dal giudice *a quo* «quanto al riconoscimento del diritto ad essere genitori di entrambe le donne unite civilmente [...] non è [...] raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione di segno opposto [...]. Esso è, viceversa, perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i *contenuti etici ed assiologici* che la connotano, non è costituzionalmente imposta»²⁸⁸, richiamandosi poi al passaggio contenuto nella sent. n. 84/2016 e poco sopra qui riportato²⁸⁹. Anche in questo caso, ciò che sembra essere ostativo a una pronuncia nel merito non è tanto l'impossibilità di un sindacato sul bilanciamento *etico* dei valori in conflitto. Ciò che sembra dirimente è che, in questo caso, da un lato non vengono in rilievo diritti fondamentali²⁹⁰ e, dall'altro lato, per un diverso e parallelo profilo, che «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma *le forme per attuarla* attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»²⁹¹ (mio il corsivo). Sembrerebbe, dunque, un problema di mera “discrezionalità tecnica”.

Il problema dei bambini nati in Italia da fecondazione eterologa praticata all'estero nell'ambito di una coppia omosessuale è stato oggetto anche delle sentt. nn. 32-33/2021. Anche in queste pronunce si registra un'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, ma con un deciso cambio di passo rispetto al passato. Le due pronunce sono infatti accompagnate da un forte *monito* al legislatore affinché intervenga a disciplinare la materia, nonché da un perentorio avviso che l'autolimitazione della Corte è solo «allo stato», nella «ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore» (sent. n. 33/2021)²⁹² e che «non sarebbe più tollerabile il

²⁸⁷ Corte cost. n. 230/2020, punto n. 7 *Cons. dir.*

²⁸⁸ *Ivi*, punto n. 8 *Cons. dir.*

²⁸⁹ E cioè Corte cost. n. 84/2016, punto n. 11 *Cons. dir.*, che per comodità qui si riporta: il «legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

²⁹⁰ Si legge infatti in Corte cost. n. 230/2020, punto n. 6 *Cons. dir.* che «l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.».

²⁹¹ Corte cost. n. 230/2020, punto n. 9.1 *Cons. dir.*

²⁹² Corte cost. n. 33/2021, punto n. 5.9 *Cons. dir.*: «Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, *in prima battuta*, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, *questa Corte non può, allo*

protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore» (sent. n. 32/2021)²⁹³. In queste pronunce emerge chiaramente come, dinanzi a quelli che vengono individuati quali diritti fondamentali (in questo caso, del minore), neppure l'inesistenza di un'unica soluzione costituzionalmente imposta e la significativa portata assiologica delle scelte di fondo potrebbero costituire in futuro un limite a "invadere" il campo della discrezionalità del legislatore. Se questi rimarrà inerte, la Corte senz'altro interverrà, probabilmente anche al di là delle (o indipendentemente dalle) istanze maggiormente diffuse nella coscienza sociale.

Inoltre, è doveroso notare che le ultime tre pronunce sono particolarmente significative perché si collocano in una particolare stagione di attivismo della Consulta la quale, come vedremo nel prossimo Capitolo, ha inventato nuove tecniche per superare le "rime obbligate": tecniche che, a ben vedere, avrebbero forse potuto trovare applicazione anche qui.

A conclusione di questa ricostruzione sui motivi che portano la Corte ad accogliere o, invece, a dichiarare inammissibile, una q.l.c. eticamente sensibile e scientificamente controversa (prendendo a riferimento il settore della PMA), sembra potersi concludere che la Corte *può* giudicare su questioni: a) eticamente sensibili e b) scientificamente condizionate, denunciando:

a₁) l'irragionevole bilanciamento dei valori in conflitto in caso di automatismi legislativi o divieti assoluti e

b₁) la "irragionevolezza scientifica" della legge in caso di adozione di scelte scientificamente infondate o previsioni che privano l'operatore sanitario della possibilità di effettuare una scelta sulla base delle specificità del caso concreto. Se esistono sicuri e dimostrabili fondamenti etici o scientifici, quindi, la Corte *può* intervenire (sempre secondo i canoni del giudizio di ragionevolezza).

Ciò che la Corte *non può* fare, invece, è intervenire quando tali fondamenti non esistono (o non sono ancora definiti, perché controversi o non ancora "maturi" nella coscienza sociale). Ma in questo caso – se il bilanciamento effettuato dal legislatore non è irragionevole – la questione dovrebbe forse essere dichiarata, più che inammissibile, infondata: è questo il riflesso di quel criterio di «"preferenza" a vantaggio del legislatore»²⁹⁴ (che purtroppo, a conti fatti,

stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai *indifferibile* individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore» (miei i corsivi).

²⁹³ Corte cost. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.4. *Cons. dir.*: «Al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter *ora* porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore [...]. Un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato. Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà *al più presto* colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori. [...] Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla *prioritaria* valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che *non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa*, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia» (miei i corsivi).

²⁹⁴ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta Online*, n. 3/2023, 821.

rischia di tradursi nel ben più problematico principio del “privilegio del legislatore”²⁹⁵, combinato con quello di “presunzione di ragionevolezza scientifica” di cui sopra si è detto. In altri termini – e forse banalmente – la Corte non può fare ciò che invece è consentito al legislatore: quest’ultimo può “decidere” che la coscienza sociale è sufficientemente matura per introdurre nell’ordinamento una soluzione normativa innovativa; la Corte, invece, no. Per questo motivo, se il legislatore “decide” di innovare l’ordinamento in conseguenza di una coscienza sociale che egli ritiene “matura”, effettuando un bilanciamento degli interessi confliggenti che può ritenersi costituzionalmente ragionevole (e che pertanto tenga anche conto anche delle più recenti acquisizioni scientifiche), la Corte dovrebbe forse – a rigor di logica – sentenziare che la legge scrutinata non è incostituzionale.

Del resto, ciò è quanto sembra emergere dalle sentenze di *infondatezza*.

Fra queste decisioni, meritano di essere segnalate soprattutto la sent. n. 272/2017, con cui la Corte ha confermato la legittimità del divieto della c.d. maternità surrogata e le sentt. nn. 221/2019 e 127/2020 che sostanzialmente confermano il divieto di accesso, da parte di coppie omosessuali in Italia, alle tecniche di PMA.

Il tratto comune di queste pronunce è il *ragionevole bilanciamento* che il legislatore, a giudizio della Consulta, ha operato fra i contrapposti valori in gioco, sul presupposto che non tutto ciò che è scientificamente possibile assurge alla dignità di interesse meritevole di tutela (e men che mai, dunque, di rango costituzionale).

Nella sent. n. 272/2017, un’interpretativa di rigetto²⁹⁶, oggetto del bilanciamento erano i due contrapposti interessi della verità dello *status filiationis* e l’interesse del minore. Il giudice *a quo* lamentava l’irragionevolezza di un automatismo legislativo fondato solo sul primo polo del suddetto bilanciamento: l’esigenza di verità (che si rifà al noto brocardo *mater semper certa est*, il quale evidentemente entra in crisi con il ricorso alle tecniche di maternità surrogata). E

²⁹⁵ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 131 s. descrivono il “privilegio del legislatore” come situazione per effetto della quale «pur viziata, la legge si presume valida fino a quando non venga dichiarata illegittima dalla Corte» e, così stando le cose, «in Italia l’opposto principio di “supremazia costituzionale” appare quindi intrinsecamente indebolito, perché subordinato diacronicamente alla produzione dei cogenti, e talvolta purtroppo... irreversibili, effetti giuridici della legge viziata d’illegittimità» (*infra* bibl.). Il c.d. privilegio del legislatore, quindi, come nota B. CARAVITA, *Corte “giudice a quo” e introduzione al giudizio sulle leggi*, I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova 1985, 156, è figlio di un’«insanabile contraddizione logica di una Costituzione (o di un atto superiore) che si automutila di fronte agli atti inferiori». Si tratta di una contraddizione, un’incongruenza, che «potrebbe essere, almeno in parte, sanabile immaginando invece una sincronia fra invalidità e inefficacia, cosa possibile solo attraverso l’introduzione (non solo, ma “anche”) di un giudizio preventivo di costituzionalità, giudizio che del resto e non a caso è presente in molti Paesi»: così ancora A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 189, i quali riprendono un’impostazione di A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 45 ss. Al riguardo, v. anche ID., *In difesa del principio di “supremazia costituzionale” (riflessioni su una ricostruzione della teoria della validità, a 20 anni di distanza)*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la “svolta”*, a cura di R. BALDUZZI, MASSIMO CAVINO E J. LUTHER, Torino 2011, 378, dove si ribadisce come il principio di supremazia costituzionale è vero «solo nella misura in cui risulta effettivo ed immediato, altrimenti nasconde il ricordato e ben noto “privilegio del legislatore”, su cui si può certo discutere ma che significa in pratica, sul piano logico-giuridico, negare la primazia gerarchica della Costituzione rispetto alla legge e, sul piano politico-istituzionale, dare priorità all’indirizzo politico contingente sul disegno strategico della Costituzione».

²⁹⁶ Come nota F. ANGELINI, *Bilanciare insieme. Verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, 167.

questo – si noti bene – nonostante la Corte avesse in passato sia sanzionato l'irragionevolezza di alcuni automatismi legislativi (v. le già menzionate sentt. nn. 151/2009 e 162/2014), sia affermato la tendenziale prevalenza del “superiore” interesse del minore su tutti gli altri valori in conflitto²⁹⁷. Qui, ricorrendo a un'interpretazione conforme della norma indubbiata, la Corte giunge ad affermare, sostanzialmente, che i due valori in conflitto in realtà non si contrappongono, ma il primo (interesse alla verità) è strumentale alla tutela del secondo (interesse del minore)²⁹⁸.

Anche nella sent. n. 221/2019 emerge un modo di argomentare simile: qui la Corte afferma che il divieto per le coppie omosessuali di poter accedere alle tecniche di PMA, posto dal legislatore (artt. 5 e 12 l. 40/2004), è costituzionalmente legittimo, in quanto «non irragionevole»²⁹⁹. Anche qui, l'infondatezza della q.l.c. passa per il riconoscimento dell'inesistenza di un asserito diritto fondamentale (in questo caso, il diritto alla genitorialità, che i ricorrenti avrebbero voluto veder riconosciuto da parte della Corte)³⁰⁰ e della “corretta” interpretazione che il legislatore ha operato della coscienza sociale in relazione a simili «delicati interrogativi di ordine etico»³⁰¹.

²⁹⁷ È bene precisare, tuttavia, che «Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore. Si è già visto come la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. [...] Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale» (così Corte cost. n. 272/2017, punto n. 4.3 *Cons. dir.*).

²⁹⁸ È questa la lettura che ne ha dato F. ANGELINI, *op. ult. cit.*, 170. In senso contrario si veda però G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumdeiquadernicostituzionali.it*, (9.3.2018), 6.

²⁹⁹ Corte cost. n. 221/2019, punto n. 9 *Cons. dir.*

³⁰⁰ *Ivi*, punto n. 10 *Cons. dir.*: «La possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone, in effetti, un *interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un “diritto a procreare”* (o “alla genitorialità”, che dir si voglia), comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. Più in particolare, si tratta di stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato. Le soluzioni adottate, in proposito, dalla legge n. 40 del 2004 sono, come è noto, di segno restrittivo. [...] La legge configura, infatti, [le tecniche considerate] come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile: *escludendo chiaramente*, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “*desiderio di genitorialità*” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati» (mio il corsivo).

³⁰¹ *Ivi*, punto 13.1 *Cons. dir.*: «la Costituzione, pur considerandone favorevolmente la formazione, “non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» e che, d'altra parte, «[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti” (sentenza n. 162 del 2014). Essa dev'essere, infatti, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella *cultura sociale*, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, *delicati interrogativi di ordine etico*. In accordo con quanto si è posto in evidenza in principio, il compito di

Per concludere, anche nella sent. n. 127/2020 si riproduce un analogo *iter* argomentativo. In questa pronuncia la Corte ha stabilito che, in caso di riconoscimento consapevolmente falso del figlio da parte di uno dei genitori (di una coppia omosessuale che ha fatto ricorso alle tecniche di PMA), non si esclude che il medesimo autore del riconoscimento possa poi "pentirsi" impugnando lo stesso, facendo valere la verità biologica su quella "affettiva". Non è pertanto costituzionalmente illegittima, perché non irragionevole³⁰², la norma che consente tale impugnazione, sebbene il giudice debba poi tener conto – oltre che della verità dello *status filiationis* – del valore che esprime il diritto del figlio all'identità personale, il quale risulta «correlato non soltanto alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia»³⁰³.

Di rilevante interesse, poi, è la recente sent. n. 161/2023, che reca insieme un dispositivo di infondatezza e di inammissibilità³⁰⁴. In questa pronuncia, la Corte conferma la non illegittimità costituzionale del divieto di revoca del consenso (paterno) dopo la fecondazione dell'ovulo³⁰⁵: il (futuro) genitore non può revocare l'originario consenso, neppure se nel frattempo è intervenuta una crisi del rapporto di coppia³⁰⁶. Sebbene la questione venga

ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza».

³⁰² I profili di irragionevolezza denunciati dal rimettente erano due: primariamente, si denunciava «l'irragionevole disparità di trattamento tra chi avesse consapevolmente effettuato il riconoscimento non veritiero e chi avesse prestato il consenso alla fecondazione assistita eterologa, poiché, se nel primo caso, l'art. 263 cod. civ. consente all'autore del riconoscimento di proporre l'impugnazione per difetto di veridicità, l'art. 9, comma 1, della l. n. 40/2004 preclude tale possibilità a chi abbia prestato consenso al concepimento mediante fecondazione medicalmente assistita. L'irragionevolezza della disposizione censurata sarebbe consistita, inoltre, per il rimettente, nel permettere, a chi avesse consapevolmente scelto di instaurare un rapporto di filiazione, di sacrificare l'interesse del soggetto riconosciuto come figlio, sulla base di una nuova riconsiderazione dei propri personali interessi.

³⁰³ Corte cost. n. 127/2020, punto n. 4.3 *Cons. dir.*

³⁰⁴ L'inammissibilità, però, è dichiarata «per omessa motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale» relativi agli artt. 13, primo comma, e 32, secondo comma, Cost.; v. Corte cost. n. 161/2023, punto n. 8 *Cons. dir.*

³⁰⁵ Tale divieto è espressamente previsto dall'art. 6, comma 3, ultimo periodo, l. 40/2004, a tenore del quale «La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

³⁰⁶ La possibilità materiale di una dissociazione temporale fra il momento di manifestazione del consenso e il trasferimento in utero, che nei fatti e nella prassi può avvenire anche a notevole distanza di tempo, si è determinata a causa delle pronunce della Corte costituzionale che nel corso del tempo sono intervenute (e la cui evoluzione è descritta a tal fine anche nella stessa sentenza de qua). Infatti, mentre il trasferimento in utero dell'embrione fecondato era – secondo l'impianto originario della legge – destinato «ad avvenire nel breve spazio di pochissimi giorni dalla fecondazione, cioè dal momento in cui il consenso prestato dalla coppia diveniva irrevocabile, è oggi possibile che la richiesta dell'impianto degli embrioni crioconservati venga manifestata dalla donna (in virtù del proprio stato psicofisico) non solo a distanza di molto tempo da quel momento, ma anche in presenza di condizioni soggettive assai diverse da quelle che necessariamente dovevano esistere in concomitanza all'accesso alle tecniche in discorso»: così Corte cost. n. 161/2023, punto n. 9.2 *Cons. dir.*

espressamente definita «delicata»³⁰⁷, anche perché relativa a quelle che la stessa Corte, in passato, aveva definito «scelte tragiche»³⁰⁸, la Corte dichiara infondata la q.l.c. «in quanto il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, insito nella norma censurata, non supera la soglia della irragionevolezza»³⁰⁹. Anche in questo caso, la Corte fa salva una scelta legislativa basata sull'illuminato assunto per cui *non tutto ciò che è scientificamente possibile è per ciò solo eticamente opportuno*: in particolare per la libertà di autodeterminazione dell'uomo, «destinato a divenire padre di un bambino nonostante siano venute meno le condizioni in cui aveva condiviso il progetto genitoriale. Ciò perché la regola giuridica in esame ha cristallizzato il consenso prestato prima che si disgregasse l'unità familiare, *benché, in fatto (a differenza della procreazione naturale), sia ancora possibile evitare l'impianto dell'embrione a suo tempo fecondato e crioconservato*»³¹⁰ (mio il corsivo). La Corte rinvia invece al legislatore ogni scelta di politica legislativa con cui riconsiderare un diverso bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, non esistendo un'unica soluzione costituzionalmente imposta³¹¹.

5.4. Conclusioni provvisorie.

A conclusione di questa riflessione generale sul rapporto fra i concetti di *inammissibilità e discrezionalità del legislatore*, i fattori che – sulla base della giurisprudenza costituzionale – sembrano costituire un limite invalicabile al potere decisionale della Corte costituzionale, inducendola all'adozione di decisioni di “inammissibilità”, sono almeno tre:

- I. il mancato *tono costituzionale* degli interessi in gioco;
- II. richieste di interventi “di sistema”;
- III. inesistenza di “precisi punti di riferimento”, in particolare:

³⁰⁷ E la Corte, *ibidem*, spiega anche il perché: «... la delicata questione che il giudice rimettente pone a questa Corte. Delicata perché, consentendo l'impianto dell'embrione (o degli embrioni) anche in una situazione in cui, per il decorso del tempo, è venuto meno l'originario progetto di coppia, la norma che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo si è venuta a collocare al limite di quelle che sono state definite «scelte tragiche» (in relazione ad altri contesti: sentenze n. 14 del 2023 e n. 118 del 1996; in senso analogo sentenza n. 84 del 2016), in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie. Tali sono: la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre; la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non divenire padre; la dignità dell'embrione; i diritti del nato a seguito della PMA».

³⁰⁸ Vedi nota immediatamente precedente. In generale, sulle cc.dd. «scelte tragiche», v. per tutti G. CALABRESI - P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Milano 2006.

³⁰⁹ Corte cost. n. 161/2023, punto n. 11.1 *Cons. dir.*

³¹⁰ *Ivi*, punto 14 *Cons. dir.*

³¹¹ *Ivi*, punto 15 *Cons. dir.*: «Tuttavia, resta fermo che, nel nostro ordinamento, la ricerca, nel rispetto della dignità umana, di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco in questioni che toccano «temi eticamente sensibili» (sentenza n. 162 del 2014) non può che spettare «primariamente alla valutazione del legislatore», «alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale» (sentenza n. 221 del 2019), ferma restando la sindacabilità da parte di questa Corte delle scelte operate, al fine di verificare che con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole (sentenza n. 162 del 2014)».

- a. nel sistema normativo, soprattutto in presenza di un'esplicita *riserva di legge* sulla materia;
- b. nella coscienza sociale (questioni *eticamente sensibili*), e cioè quando questa non è sufficientemente matura, radicata e diffusa;
- c. nella scienza (questioni *scientificamente controverse*), e cioè quando esiste quella che abbiamo definito *riserva di scienza (id est: la presunzione di una ragionevolezza scientifica della legge)*.

L'analisi condotta induce a ritenere che siano proprio “questi” i criteri-guida di auto-limitazione e, dunque i confini entro cui si muove il Giudice delle leggi. Nel Cap. III vedremo se e come tradurre tali criteri in concrete proposte di riforma volte a rendere più prevedibili le decisioni della Corte.

Ad ogni modo, sia consentito rilevare che tali criteri determinano, ancora oggi, una probabile decisione di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore; tuttavia, essi operano, beninteso, *semperché e fintantoché* non vengano in rilievo diritti fondamentali. In questo ultimo caso, come vedremo nel Capitolo successivo, il problema si fa drammaticamente più complesso: è ciò che ha indotto la Corte a “inventare” le recenti, discusse, tecniche decisorie.

Per il momento, ciò che sembra assodato è che alla Corte sarebbe precluso dire cosa è nel frattempo divenuto maturo nella coscienza sociale: potrebbe farlo, almeno in teoria, solo il legislatore; la Corte può solo dire cosa *non è più* maturo nella coscienza sociale e quindi rimuovere l'anacronismo legislativo (a questo proposito, però, v. le conclusioni generali formulate più approfonditamente al Cap. IV). Parallelamente, la Corte non può formulare o imporre una procedura o un determinato trattamento tecnico-scientifico; può solo rilevare, a posteriori, l'irragionevolezza delle scelte già compiute dal legislatore (in virtù di una necessaria presunzione di “ragionevolezza scientifica” della legge).

Va ancora sottolineato che in relazione alle questioni etiche (o agli aspetti etici delle questioni scientifiche), in quanto tali più direttamente connesse al tema dell'evoluzione della coscienza sociale, la Corte ha un potere creativo innegabilmente maggiore. Se nel campo scientifico le innovazioni sono etero-determinate (e la Corte deve solo stabilire se il legislatore ne ha preso atto e come), nel campo etico è il giudice stesso a prendere atto della norma etica. La ragionevolezza scientifica è presunta in quanto sottratta al campo di accertamento del legislatore, che semplicemente ne prende atto e formula le proprie valutazioni circa la meritevolezza di tutela di un diritto e le forme di detta tutela: la discrezionalità del legislatore *nasce* già limitata. La “ragionevolezza etica”, invece, che vede il legislatore come interprete principale, non dipende da dati oggettivi fattuali esterni. Ciò fa sì che si espanda la discrezionalità legislativa “pura” ma, per converso, che si riespanda conseguentemente il sindacato di ragionevolezza della Corte se e nella misura in cui sono coinvolti diritti fondamentali in conflitto, rispetto ai quali il legislatore ha operato un irragionevole bilanciamento.

L'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, in questi casi, tende ad essere residuale e – a mio avviso – la Corte dovrebbe ricorrervi sempre meno, a beneficio della sua legittimazione (fuggendo le accuse di eccessivo *self-restraint*): essa potrebbe (e sarebbe, forse, anzi, auspicabile) semplicemente decidere nel merito, dichiarando, se del caso, la questione *infondata* e non *inammissibile*. La Corte sembra infatti concepire l'inammissibilità per discrezionalità legislativa, in questi casi, come una sorta di tappa intermedia fra il rigetto e l'accoglimento della questione: da un lato essa *non può* accogliere la q.l.c. (perché ciò significherebbe compiere un sindacato – in teoria precluso – sulle scelte discrezionali del Parlamento), soprattutto di fronte a richieste di interventi additivi. Dall'altro *non vuole* neanche pronunciare – si badi bene – un'infondatezza della q.l.c. “salvando” la norma indubbiata. Allora – restando, per così dire, in mezzo al guado – ricorre a un'inammissibilità della q.l.c., che però sembra essere piuttosto, come si ricordava, un'*infondatezza mascherata*: a questo punto, forse, sarebbe auspicabilmente più lineare una decisione di infondatezza, come pure è stato sottolineato in dottrina³¹². Del resto, deve considerarsi che la “tecnica” dell'inammissibilità, come abbiamo visto, è nata nella stagione dello smaltimento dell'arretrato, ormai – circa dal 2010 in poi – superata e probabilmente difficilmente ipotizzabile ancora in futuro³¹³.

Per di più, il “vantaggio” (seppur in termini generali) di adottare una decisione di infondatezza in luogo di una di inammissibilità (sempreché, ovviamente, ne ricorrano i presupposti), credo possa favorire maggiormente un più ampio controllo di costituzionalità. Una questione dichiarata *infondata*, infatti, può essere riproposta con maggior facilità rispetto a una questione dichiarata *inammissibile* per rispetto della discrezionalità legislativa. Il senso dell'inammissibilità, almeno per come questa tipologia decisoria si è storicamente affermata (v. §§ 1-2 di questo Capitolo), era proprio quello di evitare – “una volta per tutte” – che determinate questioni di costituzionalità fossero sottoposte alla Corte: l'obiettivo era proprio quello di scoraggiare simili iniziative del giudice *a quo* (e, contestualmente e opportunisticamente, smaltire l'arretrato che nel frattempo si era accumulato), in ottica eminentemente deflattiva. Una q.l.c. dichiarata inammissibile, secondo quella logica, lo sarebbe sempre stata *in quanto tale*: e ciò perché – sempre in quella logica – la discrezionalità del legislatore era effettivamente un limite *assoluto* all'intervento della Corte (e l'art. 28 l. n. 87/1953 aveva ancora la sua piena

³¹² Cfr. G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 179-183., dove l'A. rileva «l'inopportunità – oltre che l'intrinseca “pericolosità” per la legittimazione della Corte – del ricorso a forme di decisione, dietro le quali, in realtà, si nascondono delle “non decisioni” sul merito della questione; il riferimento è, in tutta evidenza, a quelle pronunzie della Corte costituzionale [...] di inammissibilità, [con le quali] evitare di assumere una chiara posizione sul merito di una controversa questione di legittimità costituzionale. [...] A ben vedere, però, la “non-decisione” opera in maniera più subdola, in quanto il reale intento della Corte non è dichiarato e si può soltanto tentare di dedurlo dalla lettura della motivazione; per queste ragioni chi scrive ritiene assolutamente deleterio per la legittimazione della Corte nel sistema, il ricorso a queste pseudo-decisioni, che non contribuiscono certamente né alla soluzione del problema posto dal rimettente, né a chiarire quali siano gli esatti confini del ruolo del giudice, del legislatore e della Corte costituzionale».

³¹³ È forse anche per questo che, nella stagione del “riaccentramento” della giustizia costituzionale, la Corte appare più “attivista” entrando nel merito delle questioni. Come vedremo, si tratta di una stagione in cui la Corte si è dotata di maggiori strumenti non solo decisori ma anche di strutture serventi (servizi studi, assistenti di studio, ecc.) più efficienti, che le consentano di decidere un quantitativo di casi sempre maggiore. Elementi che contribuiscono, nei fatti, a rendere sempre meno frequenti le ipotesi di inammissibilità per discrezionalità legislativa in materie particolarmente «delicate».

efficacia precettiva...). Se oggi (s'intende dal 2016 in poi, con il superamento delle "rime obbligate": v. Cap. successivo) la discrezionalità del legislatore non è più un limite assoluto, allora – forse – l'inammissibilità per discrezionalità legislativa ha una giustificazione teorica sempre più debole da sostenere.

Propendere per una decisione di infondatezza, invece, consentirebbe una maggiore facilità di accesso alla Corte, nel senso che – com'è noto – una q.l.c. dichiarata infondata *ora* può non esserlo *dopo*; viceversa, una q.l.c. dichiarata inammissibile per discrezionalità del legislatore, tendenzialmente lo sarà "sempre" (o dovrebbe esserlo, almeno in teoria), quantomeno nel breve periodo (nulla vieta, infatti, che una questione dichiarata inammissibile ora possa essere invece scrutinata dopo qualche anno, in conseguenza dell'evoluzione della coscienza sociale e/o degli eventuali moniti rimasti inascoltati dal legislatore). Del resto, propendere per un "ritorno" all'infondatezza (in luogo dell'inammissibilità), sarebbe coerente con la stagione del "riaccentramento" che attualmente vive la giustizia costituzionale italiana e faciliterebbe il compito di *rendere giustizia costituzionale* in un numero sempre maggiore di casi concreti.

Ad ogni modo, quale che sia (e quale che debba essere) il "confine" della tecnica dell'inammissibilità, resta da ribadire ancora un dato importante. *Oggi*, infatti, non possiamo non rilevare che se questa risulta più "tollerabile" dinanzi a questioni di scarso tono costituzionale, lo è forse meno in questioni significativamente "delicate", di sicuro rilievo costituzionale³¹⁴. Anche perché, a ben vedere, la Corte dispone di strumenti processuali potenzialmente idonei a superare ogni tipo di difficoltà "incidentale": da un lato la creazione di nuove tecniche decisorie (il c.d. *rinvio a nuova udienza* e il superamento delle "rime obbligate" in favore di soluzioni costituzionalmente adeguate: v. la Sez. I del Capitolo successivo). Dall'altro, poi, l'introduzione di nuovi strumenti cognitivi con la già ricordata modifica delle *Norme integrative* del gennaio 2020 (che hanno introdotto istituti come l'audizione di «esperti di chiara fama» e l'*amicus curiae*, oltre i "soliti" poteri istruttori già nella disponibilità della Consulta).

Ci sarebbe da chiedersi, a questo punto, come si giustifica la coesistenza, ancora oggi, di pronunce di inammissibilità con le nuove tecniche decisorie: forniremo una risposta nel prossimo Capitolo, dopo aver analizzato le caratteristiche di tali nuove tecniche e avendo così una visione complessiva. Per il momento, ci basti rilevare che l'unica funzione delle pronunce di inammissibilità nelle materie politicamente ed eticamente sensibili sembra quella di "segnalare" al legislatore che non si è ancora compiuto – n.b.: non un mutamento *nell'opinione pubblica* (mutevole, manipolabile e sfuggente), ma – un'evoluzione stabile e profonda della *coscienza sociale*: se prima il legislatore poteva "far finta" di non vedere il mutamento in atto, adesso "non ha più scuse". Per questo la Corte può, a tale scopo, formulare un monito ad intervenire. A ben vedere, per raggiungere lo scopo di rendere edotto il legislatore di un mutamento in atto nella coscienza collettiva, il fatto stesso che si sia arrivati alle soglie del sindacato di costituzionalità è già di per sé indicativo di un mutamento in atto: esiste un caso

³¹⁴ E infatti la Corte, ad es. nelle sentt. nn. 32-33/2021, parla di inerzia legislativa che se prolungata, «non sarà più tollerabile» e che la Corte si è solo per il momento, «allo stato», fermata dinanzi a un possibile (e certamente probabile in futuro) sindacato nel merito.

della vita in cui un giudice *a quo* ha ritenuto che, concretamente, l'assetto normativo vigente è (o rischia di essere) incostituzionale, e si rivolge alla Corte per soddisfare l'aspirazione alla giustizia che si assume frustrata nel caso concreto. Ma non è detto che tali aspirazioni possano essere soddisfatte nella sede del giudizio di costituzionalità delle leggi.

Metaforicamente parlando, si può affermare che la Corte interviene solo nelle "zone calde" del diritto costituzionale. Da un lato la Corte non interviene nelle "zone fredde", ossia quelle non hanno, o non hanno ancora, "tono costituzionale" (e dunque, sostanzialmente, in assenza di diritti fondamentali). Dall'altro lato, per converso, la Corte non può neppure intervenire, per restare alla metafora, nelle "zone incandescenti", tali perché relative a questioni non ancora *mature* e chiaramente *definite* nella coscienza sociale: diversamente, la Corte rischierebbe di "scottarsi" (in termini di legittimazione nel sistema). Quando alla Corte viene posta una questione "incandescente", deve prima "raffreddarla" con un monito al legislatore o con una tecnica decisoria analoga e idonea allo scopo: decorso un certo periodo di tempo, la questione si sarà raffreddata o perché il legislatore è intervenuto o perché, semplicemente, il decorso del tempo avrà prodotto naturalmente i suoi effetti.

Per questi motivi, in definitiva, credo si possano effettivamente inquadrare le questioni eticamente sensibili o scientificamente condizionate non tanto come "*political question*", quanto come *questioni pre- o meta-giuridiche*. Parimenti, per le ragioni suesposte, non credo si possa nemmeno propriamente parlare di "tecniche di selezione di casi", con un implicito riferimento all'esperienza costituzionale nordamericana (dove la selezione dei casi effettivamente esiste e ricomprende la *political question doctrine* fra le dottrine della *non-justiciability*)³¹⁵.

Come si diceva, se l'esistenza di un parametro (giuridico) è ciò che distingue il giudizio di merito da quello di legittimità: quindi, il legislatore – fatto salvo l'ovvio rispetto della Costituzione – può adottare una decisione prescindendo da un parametro (decisione sul merito

³¹⁵ Cfr. P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino 2000, *passim*, ma v. spec. 257: «La combinazione tra i moniti e le successive, eventuali, decisioni di accoglimento porta [...] un ulteriore elemento a favore della tesi che le decisioni di inammissibilità di cui stiamo parlando siano in realtà, non dichiarazioni di carenza di giurisdizione della Corte, ma soluzioni adottate discrezionalmente per (temporanea) carenza di strumenti di intervento». V. anche G. BRANCA, *Qui adnotabit adnotatores?*, in *Foro.it*, n. 5/1970, 19; C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale, esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1982, 167; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Milano 1984, 118 e 266; A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, 143. Più prudente è il giudizio di G.P. DOLSO, *Giudici e Corte*, cit., 329-332: «è incontestabile che le pronunce di inammissibilità, determinando l'arresto del processo alle soglie del merito della questione, consentono alla Corte di liberarsi rapidamente della questione [...]. Questo tipo di operazione può assumere un duplice connotato: può sottendere valutazioni relative all'opportunità di decidere, o meglio di non decidere, una determinata questione, e sarebbe quindi espressione di *policy-making* della Corte, o potrebbe essere letta come un modo per assicurare, a prescindere dalle implicazioni "sostanziali" della questione, che ne potrebbero consigliare, allo stato, la decisione, la funzionalità dell'organo: risultato che si ottiene monitorando in qualche modo l'accesso alla Corte [...]. Dall'analisi che si è condotta pare potersi desumere che la Corte non sembra utilizzare, per lo meno schematicamente, gli strumenti processuali di cui dispone (e di cui si è dotata) per non affrontare nel merito le questioni proposte. Molto difficile è portare esempi sicuri in cui la Corte abbia dichiarato una questione non scrutinabile nel merito in quanto abbia ritenuto inopportuno deciderla, per il tasso di politicità che essa comportava».

politico); il giudice mai (salvo che non sia espressamente previsto dall'ordinamento: es. la giurisdizione di merito del giudice amministrativo).

Anche per questo motivo la *querelle* sulla discrezionalità del giudice (e in particolare del giudice costituzionale) è, forse, un falso problema. Il giudice (anche quello costituzionale) può fare “tutto quello che vuole” purché la sua decisione abbia adeguata motivazione e contenga un parametro di giudizio etero-determinato (nel caso del giudice comune, essenzialmente – ma non esclusivamente: si pensi al giudizio incidentale di costituzionalità – determinato dal legislatore), oltre al dovuto rispetto delle regole processuali. Il legislatore può fare “tutto quello che vuole”, purché nel rispetto – anche qui – di un limite etero-normativo: la Costituzione (e i criteri di proporzionalità e ragionevolezza ad essa immanenti). Pertanto, la Corte, in assenza di un chiaro parametro costituzionale di riferimento, ha due possibilità:

- 1) richiedere l'intervento del legislatore (tendenzialmente con una pronuncia di inammissibilità con monito, o con la tecnica della doppia pronuncia con rinvio a nuova udienza, ecc.);
- 2) “inventare” il parametro (nel senso proprio di *invenire*, e cioè ricercandolo nell'ordinamento: superando le “rime obbligate” se esistono nell'ordinamento «precisi punti di riferimento»³¹⁶ che rendono possibili soluzioni costituzionalmente adeguate, ancorché non obbligate); avendo anche la possibilità di “scoprire” il parametro nel caso di questioni scientificamente condizionate, ricorrendo in maniera più ampia ai propri poteri istruttori, invero finora poco utilizzati³¹⁷.

In conclusione, quindi, non è sempre vero che la Corte italiana “decide di non decidere” quando dichiara l'inammissibilità per discrezionalità del legislatore in casi “scomodi”. Semmai, decide di lasciare una possibilità al legislatore: se quest'ultimo la “sprecherà”, accetterà implicitamente che sia la Corte a decidere una futura ed eventuale analoga questione di costituzionalità, sussistendone le condizioni.

³¹⁶ Soprattutto dinanzi a possibili violazioni di diritti fondamentali, infatti, «non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a rime obbligate per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione, ancorché si versi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore», poiché l'ammissibilità delle questioni risulta «condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore». Per queste ragioni, e al fine di «non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento, la valutazione della Corte deve essere condotta attraverso *precisi punti di riferimento e soluzioni già esistenti*» (mio corsivo): così Corte cost. n. 62/2022, che richiama espressamente le precedenti sentt. nn. 28/2022 e 63/2021. L'esame di questa tipologia di pronunce sarà oggetto del successivo Capitolo.

³¹⁷ V. G.P. DOLSO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 36: «in generale si può constatare che la giurisprudenza non si è mossa in sintonia con le aspettative della dottrina. In particolare, l'insistenza della dottrina su iniziative istruttorie aventi ad oggetto profili tecnico-scientifici delle questioni *sub judice* è stata largamente disattesa. Nemmeno il tentativo di rendere tale via più agevolmente praticabile con la possibilità di sentire esperti di chiara fama ha condotto a questo risultato. Non è facile comprendere la riluttanza della Corte nel senso indicato. Di certo la possibilità, o probabilità, che su ogni tematica a sfondo scientifico, si possano delineare una pluralità di opinioni, talvolta tutt'altro che convergenti, appare come una spiegazione plausibile della ritrosia della Corte a procedere in questo senso. Il coinvolgimento di esperti, invero, e la loro previa individuazione, potrebbero in definitiva mettere una seria ipoteca su quella che sarà la decisione finale, essendo pacifico che le opinioni dei “tecnici”, anche su questioni strettamente scientifiche, sovente si presentano tutt'altro che univoche, talvolta denotando diametrali contrapposizioni».

Di fatto, sappiamo bene che invece, spesso, è proprio il legislatore che “decide di non decidere”, nella speranza che lo faccia la Corte!

CAPITOLO II

VECCHIE E NUOVE TECNICHE DI *JUDICIAL ACTIVISM*: OLTRE LE “RIME OBBLIGATE”

SEZIONE I
LA GIURISPRUDENZA

1. Cenni sulle “tradizionali” tecniche del *judicial activism*, o dell’attivismo giudiziario

L’atteggiamento della Corte costituzionale dinanzi alle questioni «di natura politica», come abbiamo visto nel Capitolo precedente, non è sempre di assoluta deferenza: il necessario rispetto della discrezionalità legislativa è un limite relativo, nonostante la lettera dell’art. 28 l. n. 87/1953 sembri suggerire il contrario. Così, l’art. 28 potrebbe/dovrebbe essere riletto nel senso che il sindacato della Corte «esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento, *sempreché l’uso di tale potere non sia irragionevole, arbitrario e in ogni caso lesivo di diritti fondamentali della persona*» (ovviamente in corsivo è la “mia” aggiunta interpretativa). Mi sembra questa la reale portata della disposizione in commento, alla luce della sua concreta applicazione nella giurisprudenza costituzionale.

Se nel Capitolo precedente abbiamo preso in esame le ragioni e gli ambiti materiali in cui sembrerebbe più ampia l’autolimitazione della Corte, in questo Capitolo prenderemo invece in esame le più recenti tendenze del c.d. *judicial activism*, o “attivismo giudiziario”, verificando le ragioni e le modalità del progressivo superamento dei limiti (etero- o auto-imposti) del sindacato di costituzionalità, con particolare riguardo al momento storico attuale in cui è venuto meno anche il limite delle cc.dd. *rime obbligate*. Per far ciò è forse però opportuno ripercorrere – seppur in maniera estremamente sintetica – l’evoluzione delle tecniche decisorie che hanno consentito un simile approdo. Al fine di evitare il più possibile inutili ripetizioni di argomenti ai più già ben noti, ritengo forse più utile porre l’accento sulle chiavi di lettura con cui intendo guardare tale evoluzione.

In primo luogo, mi sembra di poter affermare che la Corte è “costretta” a inventare (il termine, com’è noto, deriva da *invenire*)³¹⁸ una “nuova” tecnica decisoria non per mero arbitrio o in virtù di una non meglio precisata “volontà politica”, ma solo perché gli strumenti che la Corte medesima ha in un dato momento a disposizione non sono più idonei a *rendere giustizia costituzionale* nel caso concreto (*necessità* dell’invenzione). In secondo luogo, la Corte non “inventa” mai – n.b.: *totalmente ed ex nihilo* – le tecniche di volta in volta necessarie, ma queste, semmai, sono frutto di una *inedita* applicazione o sviluppo di poteri e strumenti decisorie che essa *già* possiede (sebbene frutto di precedenti della stessa Corte) e/o dalla combinazione di tecniche decisorie esistenti³¹⁹: una *superfetazione logico-giuridica* dell’invenzione. Insomma, mi pare si tratti quasi sempre di un *primo* utilizzo di poteri *impliciti* e/o un *nuovo* utilizzo di *vecchi* strumenti. La Corte non si auto-attribuisce nuovi poteri, non *crea* nuove tecniche decisorie, ma per così dire le *scopre*. Solo in questa benevola prospettiva, come vedremo, forse

³¹⁸ Cfr. P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma 2017, 81, il quale sottolinea il «significato che hanno i vocaboli originari latini *invenire* e *inventio*, i quali mettono a fuoco un’attività consistente nel *cercare* e nel *trovare*».

³¹⁹ Cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 289 ss., spec. 291, il quale parla però di vera e propria «*creazione* di quei poteri la cui mancanza [la Corte] si era in origine lamentata, con l’avvento delle sentenze *manipolative* e del giudizio sulle omissioni del legislatore, fino ad arrivare oggi a quella che a tutti gli effetti appare una “meta-tecnica”: la *combinazione* fra le tecniche decisorie».

sarà possibile leggere anche il superamento delle cc.dd. *rime obbligate*, oggetto principale del presente Capitolo.

Procedendo però con ordine, e per punti, le fasi di questa evoluzione (o involuzione?)³²⁰ vedono:

1. il superamento del modello originario voluto dal Costituente, che prevedeva la rigida alternativa fra decisioni di accoglimento e di rigetto³²¹. Tale alternativa mostrò fin da subito la sua inadeguatezza a fronteggiare la complessità delle situazioni giunte al vaglio della Corte. Soprattutto in relazione alla necessaria operazione di “bonifica” della legislazione previgente, in larga parte contraria ai valori del nuovo ordinamento costituzionale, la Corte si trovò fin da subito a operare una funzione di supplenza rispetto tanto al legislatore quanto alla magistratura. Infatti, il problema pratico che sovente si poneva era relativo al rischio di creare vuoti nell’ordinamento: le leggi da dichiarare incostituzionali non potevano semplicemente e seccamente essere caducate, perché così facendo la Corte avrebbe rischiato di produrre dei vuoti di tutela paradossalmente più incostituzionali della norma da caducare. Da questo problema pratico gemmano le cc.dd. decisioni *interpretative*³²², dapprima di

³²⁰ Usa il doppio e opposto termine A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023, 103 ss.; una altrettanto recente ricostruzione dell’evoluzione delle tecniche decisorie nel contesto del rapporto fra Corte costituzionale e Parlamento si trova in M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953* [versione provvisoria della relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, 26-27 maggio 2023 (Como) - *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*], https://gruppodipisa.it/images/convegni/2023_Convegno_Como/Marco_Ruotolo_-_Le_tecniche_decisorie.pdf, 1 ss. Per una più approfondita analisi delle tecniche decisorie in parola, si rinvia alla manualistica più aggiornata: spec. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2022, 186-230, cui si rimanda anche per le ampie indicazioni bibliografiche; E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2021, 135-149.

³²¹ Com’è noto, il modello originario voluto dal Costituente vedeva l’alternativa secca fra decisioni di accoglimento e rigetto della q.l.c. Tale modello prevedeva espressamente la sola ipotesi in cui la Corte «dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma», preoccupandosi di disciplinarne gli effetti: questa «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (art. 136 Cost.). La scelta di un sindacato accentrato (ma ad accesso incidentale e diffuso), unita alla predeterminazione rigida degli effetti delle decisioni della Corte, rappresentano il tentativo, da parte del Costituente, di arginare il più possibile la discrezionalità e la “forza politica” dell’istituenda Corte, il potenziale della quale era ignoto (anche se già intuibile). La corrispondenza fra dispositivo ed effetti della decisione serviva, inoltre, a meglio garantire il principio della certezza del diritto: «la certezza del diritto si risolveva [...] essenzialmente nella prevedibilità degli effetti della decisione costituzionale, nel presupposto che l’accoglimento ed il rigetto “semplici” sarebbero stati gli unici esteri possibili del sindacato sulle leggi» (così C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 39). Da questo problema pratico gemmano le cc.dd. decisioni *interpretative*.

³²² Fra la sterminata bibliografia, si segnalano soprattutto i più risalenti – e autorevoli – contributi: v. almeno G. AZZARITI, *Discorso inaugurale al II anno di attività della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1957, 878 ss.; L. ELIA, *Sentenze “interpretative” di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 ss.; V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 929 ss.; ID., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1 ss. fra i lavori monografici, v. A. RUGGERI, *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990.

*rigetto*³²³ e poi – di conseguenza – *di accoglimento*³²⁴;

2. la possibilità non solo di *interpretare* i testi, traendone significati normativi nuovi, ma anche – e di conseguenza³²⁵ – *manipolarli*: nascono così le decisioni *manipolative (del testo)*³²⁶, dapprima semplicemente *riduttive* (o *ablative* o di *accoglimento parziale*)³²⁷; poi anche *additive* (nel caso di omissioni legislative,

³²³ Com'è noto, basandosi sulla crisafulliana distinzione fra *disposizione* (significante, o mero enunciato linguistico) e *norma* (significato, o senso attribuito all'enunciato dall'interprete all'esito del processo ermeneutico), e sul presupposto logico per cui si ammette la possibilità di trarre più significati dal medesimo testo, la Corte "crea" la "sua" prima tecnica decisoria: la sentenza *interpretativa di rigetto*. Con il duplice obiettivo di salvare la norma indubbiata non creando vuoti di tutela, da un lato, e la "bonifica" della legislazione, dall'altro, la Corte, con questa decisione, giunge a dichiarare infondata la questione sottoposta al suo esame a patto che dalla norma indubbiata sia possibile trarre un significato conforme a Costituzione (oltre al significato, contrario a Costituzione, che dalla norma indubbiata aveva tratto il giudice *a quo*), con l'*implicito* riconoscimento che l'interpretazione data dal giudice *a quo* (e quindi, *indirettamente*, da ogni altro giudice), sia da scartare in quanto incostituzionale.

³²⁴ Le sentenze interpretative di rigetto avevano e hanno il "difetto" di non essere vincolanti *erga omnes* (e hanno quindi un valore meramente persuasivo per tutti gli altri giudici diversi da quello *a quo*) e, di conseguenza, possono non avere il seguito giurisprudenziale auspicato dalla Corte. Trattandosi infatti di sentenze formalmente di rigetto, con effetti dunque solo *inter partes*, ad essere vincolato è solo il giudice *a quo*: tutti gli altri giudici avrebbero potuto – e così è stato – non ritenersi vincolati all'interpretazione data dalla Corte costituzionale, soprattutto se l'opzione interpretativa prescelta costituiva *diritto vivente*. In altri termini, le interpretative di rigetto, per poter realmente "funzionare" sul piano ordinamentale, presupponevano la collaborazione della magistratura nell'attività interpretativa. Poiché però la magistratura nel suo complesso avvertì le sentenze interpretative «come una scorretta invasione di campo, negando per conseguenza di sentirsi vincolata», la Corte dovette inventare una "nuova" tecnica decisoria, molto simile alla precedente: la sentenza *interpretativa di accoglimento*, in cui la Corte «tende a replicare il ragionamento alla base del rigetto *anche per le pronunce di accoglimento*, condizionandone gli effetti generali all'accettazione del presupposto interpretativo. Dal punto di vista pratico, al di là delle differenze formali, si tratta di una semplice *inversione di segno*, perché alla fine conta evitare che l'interpretazione incostituzionale riceva applicazione e, consolidandosi, riduca la Carta ad un mero *flatus vocis*»: la Corte procede così a dichiarare incostituzionale proprio quella particolare interpretazione che può essere data alla disposizione. Questa volta, trattandosi di una sentenza di accoglimento, gli effetti sono vincolanti *erga omnes*. I passaggi testé riportati si trovano in C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 100 s.

³²⁵ M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 8, ritiene che le decisioni manipolative possono ritenersi "figlie" delle interpretative: «la sentenza di *accoglimento parziale*, [...] colpendo una parte della disposizione censurata, permette di ricavare dal testo un'interpretazione diversa da quella originariamente praticata; la sentenza *additiva*, con la quale si rileva l'incostituzionalità di un'omissione legislativa, essendo la previsione assente, che la Corte introduce, quella strettamente necessaria perché nel suo complesso il testo possa esprimere una norma conforme a Costituzione; la sentenza *sostitutiva*, con la quale si dichiara l'illegittimità costituzionale di un testo nella parte in cui prevede qualcosa *anziché* qualcos'altro».

³²⁶ Fra i primi commenti, si segnalano quelli di C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro It.*, 1970, V, 157 ss.; A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova 1979, 353 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981, I, 1684 ss.

³²⁷ Le quali – si sa – si limitano solamente a caducare una parte della legge, che viene dichiarata incostituzionale «*nella parte in cui dice/prevede/dispone/ecc.*» (è questa la formula usata nel dispositivo) un qualcosa che non dovrebbe esserci. Nelle sentenze *riduttive* è possibile trarre dal testo una norma diversa e conforme a Costituzione senza ricorrere a una decisione interpretativa: basta, appunto, espungere una parte del testo della disposizione. Tali decisioni «sono *apparentemente* fra le meno invasive: pur determinando spesso una manipolazione del quadro normativo, limitandosi esse *formalmente* al ruolo negativo di mera espunzione *sembrano* non incidere significativamente sul lavoro del Parlamento. In realtà, è fin troppo evidente che "togliere" costituisce soltanto la modalità più *soft* di "innovare" il contesto normativo, che comunque – dopo la manipolazione "riduttiva" della Corte – assume un significato *diverso*, ed è questo quel che alla fine conta nella tormentata dialettica Corte/Parlamento»: così A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione?*, cit., 115. Sulle sentenze di accoglimento parziale si segnalano almeno G. BRANCA, *L'illegittimità parziale nelle sentenze della Corte*

purché l'addizione fosse, come abbiamo visto, «a rime obbligate») e *sostitutive* (costituite da una componente ablatoria e una additiva)³²⁸;

3. la possibilità non solo di manipolare i *testi*, ma anche – e di conseguenza³²⁹ – gli *effetti temporali* delle decisioni, con le decisioni cc.dd. *manipolative (nel tempo)*³³⁰, tanto *per il passato* quanto *per il futuro*³³¹;
4. la possibilità non solo di intervenire con un'addizione nel caso di un'unica soluzione costituzionalmente imposta (con le additive semplici), ma anche – e di conseguenza? – intervenire laddove siano possibili plurime soluzioni tutte costituzionalmente conformi, *aggirando* (ma non ancora *superando*) le “rime obbligate”, con le note sentenze *additive di principio*³³²;

costituzionale, in AA. VV., *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze 1966, 57 ss.; P. FALZEA, *In tema di sentenze di accoglimento parziale*, in *Giur. cost.*, 1986, 2600 ss.

³²⁸ Sulle sentenze additive e sostitutive, oltre ai già summenzionati contributi di Mortati, Guarino e Silvestri, v. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio '85)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 299 ss.; C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa 1990.

³²⁹ Fra i primi ad evidenziare la complementarità fra manipolazioni del testo e nel tempo, G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 52.

³³⁰ Sulle decisioni temporalmente manipolative, v. almeno C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, (*Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988*), Milano 1989, 39 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1989, 67 ss.; M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 105 ss.; M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993. L'ultima, ed estrema, frontiera della manipolazione temporale degli effetti della sentenza si è avuta con la sent. n. 41/2021, che ha differito l'efficacia dell'accoglimento di ben 5 anni dal deposito della sentenza: in argomento, fra i molti commenti, v. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo «bilanciamento» tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 13 aprile 2021; S. BARTOLE, *A proposito di una troppo lunga e confusa sentenza*, in *Giur. Cost.*, 2021, 534 ss.; V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021, 130 ss.; R. PINARDI, *Costituzionalità «a termine» di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, 6 aprile, pp. 288 ss.; ID., *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2022, 43 ss.

³³¹ Sottolineano questa distinzione A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 220 ss., facendovi rientrare, fra le manipolative per il passato (dichiarate con una decisione di accoglimento) le sentenze di «incostituzionalità differita» e quelle di «incostituzionalità sopravvenuta»; fra le manipolative per il futuro (dichiarate con una decisione di rigetto, anche processuale), le cc.dd. «sentenze-indirizzo» o «sentenze-monito» e «le decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata». Sul tema, v. almeno M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero il «potere monitorio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, 826 ss.; F. MODUGNO, *La Corte e il Parlamento. La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale nei confronti del legislatore*, in *Parlamento*, 1988, 21 ss.; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011.

³³² A. SPADARO (*Involuzione – o evoluzione?*, cit., 118) le definisce un «ulteriore, ancor più sofisticato, *escamotage* per colmare il vuoto legislativo esistente quando non appariva praticabile una soluzione “a rime obbligate”»; A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 211, parlano addirittura di «una sorta di “uovo di Colombo”». Il pregio delle additive di principio consisteva nella possibilità di preservare la discrezionalità legislativa (perché la Corte si limitava a dichiarare un principio, senza introdurre una regola, la cui individuazione perteneva, appunto,

5. infine (...per il momento, s'intende...), la possibilità di intervenire non solo aggiungendo il principio, ma anche scegliendo una fra le possibili soluzioni-regole costituzionalmente *adeguate* (mancandone una univocamente imposta), *superando* finalmente le "rime obbligate", eventualmente anche attraverso la nuova tecnica del *rinvio dell'udienza a data fissa*, di cui si dirà *funditus* nei prossimi paragrafi.

Ho accennato *supra* che la "creazione" di nuove tecniche decisorie da parte della Corte può essere letta come un *primo* utilizzo di poteri *impliciti* e/o un *nuovo* utilizzo di *vecchi* strumenti, e che questo può essere determinato da una *necessità pratica* legata al caso concreto e giustificato da una *superfetazione logico-giuridica* delle tecniche decisorie della Corte. Si tratta adesso di analizzare le ragioni di questo fenomeno.

I fattori che hanno storicamente determinato la Corte a innovare il proprio strumentario decisorio nel corso del tempo sono principalmente due, fra loro connessi: il fattore temporale, che porta spesso a pronunce in due tempi (quasi sempre attraverso la tecnica della "doppia pronuncia")³³³ e l'atteggiamento non collaborativo o semplicemente passivo dei destinatari delle pronunce (giudici e legislatore). Nei confronti di questi ultimi, la Corte sente l'esigenza di rispettare i reciproci ruoli istituzionali e non invadere il loro proprio campo (quello della *iuris-dictio* e della *legis-latio*) ma sente anche – e in misura maggiore – l'esigenza di garantire la preminenza della Costituzione³³⁴. Come vedremo, questi fattori risultano costanti in ogni

al legislatore) e, contemporaneamente, consentire ai giudici di ricavare una regola dal principio dichiarato dalla Corte, consentendo loro di risolvere così il caso concreto e sopperendo così alla lacuna legislativa. Tuttavia, anche questa tecnica si rivelò ben presto insufficiente, in quanto presupponeva una positiva e tempestiva collaborazione del legislatore per colmare quella lacuna che la Corte aveva provvisoriamente colmato con l'additiva di principio, rischiando di pregiudicare la certezza del diritto: ogni giudice del caso concreto, infatti, avrebbe potuto ricavare una regola potenzialmente diversa per risolvere situazioni simili. Sulle *additive di principio* si segnalano soprattutto A. ANZON DEMMIG, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 4/1992, 3199 ss.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996; G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4161 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000; P. FALZEA, *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Torino 2005. Ulteriori "tipi" di additive di principio sono specificate da C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 135 ss.

³³³ Si tratta di uno schema decisorio nato con le decisioni interpretative: dapprima la Corte si pronuncia con un'interpretativa di rigetto e, se i giudici non danno il seguito interpretativo indicato dalla Corte, si pronunciano sulla stessa norma (in caso di futura ed eventuale q.l.c. diversa, ma avente ad oggetto la medesima norma) con un'interpretativa di accoglimento. Lo schema della doppia pronuncia è stato poi replicato con le cc.dd. "sentenze monito": in un primo momento la Corte rigetta la q.l.c. per rispetto della discrezionalità legislativa, rilevando profili di incostituzionalità senza però dichiararli e invitando il legislatore a rimuovere i denunciati profili di incostituzionalità; se il legislatore non dovesse intervenire e la q.l.c. sulla medesima norma dovesse essere riproposta alla Corte, essa la dichiarerà (con ogni probabilità) incostituzionale. Da ultimo, come vedremo nel § 3 di questo Capitolo, lo stesso schema è stato riproposto con la tecnica del rinvio a nuova udienza, ma con l'importante differenza per cui la Corte trattiene presso di sé la q.l.c. rendendo certo (e non meramente futuro ed eventuale, come nelle applicazioni precedenti dello schema decisorio in parola) il termine della "seconda" pronuncia entro il quale la Corte si pronuncerà in ogni caso, tenendo conto dell'intervenuto (o mancato) intervento del legislatore.

³³⁴ Cfr. C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro It.*, 1970, 190-191: «la funzione della Corte, correttiva di violazioni della Costituzione, non può incontrare ostacoli [...] per il grado dell'innovazione ad essa conseguente. Pensare altrimenti significherebbe rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivista, ligio al dogma dell'assoluta sovranità del Parlamento, superato ormai dalla sovranità della Costituzione e dal principio che ne discende del dovere della

“salto” *creativo* della Corte, fino ai più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale.

Sorvolando sui rapporti con il potere giudiziario e concentrandomi maggiormente sui rapporti con il potere legislativo, la costante presenza dei suddetti fattori probabilmente consente di poter affermare che l’atteggiamento di massima della Corte si sia mostrato in fondo costante e coerente nel tempo, sebbene i “salti” della giurisprudenza costituzionale possano, in quanto tali, sembrare suggerire il contrario.

Ci sembra che sia possibile rintracciare il primo fattore di coerenza nelle *intenzioni* della Corte: una volta ammessa la teorica possibilità di interpretare e manipolare le disposizioni in sede di giudizio di costituzionalità, e una volta postosi il problema di colmare le omissioni incostituzionali del legislatore, la preoccupazione della Corte è stata sempre quella di evitare il più possibile di “invadere” il campo della discrezionalità legislativa mediante sentenze di portata additiva. Per questo motivo – ed è questo il secondo fattore di coerenza – ogni “salto” nell’evoluzione delle tecniche decisorie è stato sempre accompagnato dalla sua *giustificazione teorica* e, dunque, dalla formulazione del suo limite. Peraltro – terzo fattore – la Corte “inventa” la nuova tecnica decisoria non *ex abrupto* ma quando quelle di cui attualmente dispone si rivelano inadeguate a *soddisfare l’esigenza di giustizia costituzionale* nel caso concreto. Il quarto fattore è la ricordata *inerzia del legislatore*: la Corte ha (magari ripetutamente) segnalato a quest’ultimo l’esigenza di intervenire per rimuovere l’incostituzionalità, rimanendo però inascoltata.

Naturalmente rimane intatta l’esigenza di rispettare i reciproci ruoli istituzionali e quindi, per la Corte, non invadere il campo di competenza del legislatore. Se “invasione” deve essere (ma vedremo fra un momento che, forse, non è propriamente così), allora questa deve essere debitamente giustificata e teleologicamente orientata alla supremazia effettiva della Costituzione. Si consideri, infatti e per esempio, la genesi delle sentenze *additive*: la loro adozione è stata possibile, sì, ma a condizione che la regola introdotta fosse l’unica costituzionalmente imposta (e cioè a “rime obbligate”). Si veda ancora, poi, l’invenzione delle *additive di principio*: si ammette la possibilità di superare il limite della discrezionalità legislativa in caso di pluralità di soluzioni normative tutte potenzialmente conformi alla Costituzione, purché però l’aggiunta del giudice costituzionale fosse solo di un *principio* generale e non di una *regola* particolare e concreta. Fino ad arrivare ad oggi in cui anche quest’ultimo limite è ormai superato e, con esso, le *rime obbligate*: la Corte può ora introdurre anche una regola particolare e concreta, ma al solito la Corte – nell’estendere i margini del suo potere – cerca di definirne anche i limiti: l’individuazione della norma concreta va sempre ricercata all’interno del sistema e ai «precisi punti di riferimento» [*ex multis*: Corte cost. nn. 236/2016, 222/2018, 40-242/2019, 63-157/2021, 28-62/2022, 40/2023] che questo offre, con l’espresso *memento* al legislatore relativo alla sua possibilità di intervenire comunque a disciplinare la materia oggetto di intervento della Corte.

Si tratta, ad ogni buon conto, di un’operazione che la Corte ha mostrato di dover compiere malvolentieri e in conseguenza di una mancata collaborazione istituzionale: se il legislatore avesse dato séguito ai moniti della Corte (rimasti inascoltati), probabilmente

legittimità costituzionale. La discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono *l’obbligo di provvedere* alla tutela di diritti posti come fondamentali».

l'evoluzione delle tecniche decisorie si sarebbe fermata alle semplici e "classiche" sentenze riduttive/additive/sostitutive "a rime obbligate". In altri termini, non avremmo probabilmente avuto le additive di principio e, meno che mai, il superamento delle *rime obbligate* e le decisioni di *rinvio a nuova udienza*.

Così come, poi, alle decisioni monitorie di inammissibilità per discrezionalità legislativa (in cui l'incostituzionalità è *accertata ma non dichiarata*) non sarebbe seguito un accoglimento se il legislatore vi avesse dato seguito in tempi opportuni³³⁵. Emerge così l'elemento probabilmente determinante nell'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte in rapporto alla discrezionalità legislativa: il tempo. Il fattore temporale rileva sotto due aspetti: la durata dell'inerzia del legislatore (elemento soggettivo) e la graduazione temporale dell'incostituzionalità (elemento oggettivo) o, in altri termini, la «dimensione temporale dell'invalidità della legge»³³⁶.

I due elementi, pur essendo con ogni evidenza intrinsecamente connessi, restano purtuttavia separati. Infatti, non sempre l'accertamento nel tempo (talvolta anche plurimo) di una perdurante inerzia legislativa determina di per sé l'incostituzionalità di una norma: questa può continuare a essere costituzionalmente "tollerabile" per un tempo indefinito, finché l'evoluzione della coscienza sociale non dimostri che la soglia della "tollerabilità" sia stata superata. Così come l'incostituzionalità di una norma può essere rilevata anche dopo un solo monito rimasto inascoltato e dopo una distanza temporale relativamente breve: incostituzionalità nel tempo e inerzia legislativa sono quindi due variabili indipendenti.

In questo senso l'incostituzionalità è una dimensione «*graduata e graduabile*»³³⁷: questa «non sempre è un dato assoluto (o c'è o non c'è), bensì può essere essa stessa un dato relativo, graduale, anche temporalmente condizionato (può esserci, di più o di meno, può non esserci ancora, può esserci se non intervengono mutamenti adeguati, e via dicendo)»³³⁸. Si coglie forse più facilmente la dimensione graduale dell'incostituzionalità se si parte da una concezione della Costituzione come «un "processo storico" e non un mero "atto" puntuale nel tempo»³³⁹.

³³⁵ Lo afferma lo stesso Presidente della Corte costituzionale nella Relazione sulla giurisprudenza del 2019 (*Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 8 s.): «Tradizionalmente la Corte si relaziona con il Parlamento su questo piano [sul piano della discrezionalità legislativa] attraverso i cosiddetti moniti, con i quali, dopo averle riscontrate nel corso di un giudizio, segnala la presenza di aree di criticità o di sospetta illegittimità costituzionale e auspica un intervento del legislatore idoneo a sanare tale situazione. Si tratta di una tecnica che sarebbe destinata a maggior impiego e successo se il Parlamento sapesse trarne spunto per avviare le dovute riforme legislative, ciò che purtroppo non sempre accade».

³³⁶ Il riferimento è al volume di M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000.

³³⁷ F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 116. In senso analogo cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 311, il quale – a proposito delle decisioni che accertano ma non dichiarano l'incostituzionalità di una legge – sottolinea come il loro impiego sia necessario «là dove occorra gradualità nel perseguire gli obiettivi costituzionali, conformemente all'ordinato sviluppo del sistema giuridico nel tempo», e che «il carattere traumatico dell'annullamento della legge si contrappone direttamente alle esigenze di gradualità di cui le decisioni in esame sono espressione».

³³⁸ Così ancora F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano 1989, 25.

³³⁹ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*,

A ben vedere, ha senso parlare di “inerzia” solo se questa è riferita ad un *dies a quo*, individuato con una sentenza monitoria, la quale *auspica* un intervento legislativo per ridisegnare in senso costituzionalmente più conforme una determinata disciplina, spingendosi spesso sino a *richiedere* perentoriamente l’intervento del legislatore nei casi cui l’incostituzionalità, pur accertata, non viene “per il momento” dichiarata, talvolta *minacciando* un probabile accoglimento futuro³⁴⁰. Questo implica che l’eventuale lacuna normativa individuata dalla Corte non è sempre necessariamente e *subito* incostituzionale: lo diventa solo se si protrae nel tempo. Ciò, beninteso, quando la Corte si trovi dinanzi a una questione la cui risoluzione presupponga la scelta fra più opzioni con cui colmare un’eventuale lacuna; nel caso di soluzioni a rime obbligate, come abbiamo visto, la Corte può *normalmente* intervenire.

Giova forse puntualizzare che ad essere incostituzionale non è mai, di per sé, l’inerzia legislativa (anche per l’ovvia considerazione per cui non avrebbe senso parlare di incostituzionalità di un *comportamento*, quantomeno nella sede del giudizio in via incidentale, che è giudizio su *norme*)³⁴¹. È incostituzionale, a ben vedere, l’assenza (o la presenza) *prolungata* di una determinata norma, a ulteriore conferma dell’importanza del fattore “tempo”. Ciò che non rende *subito* incostituzionale tale lacuna è la necessità che a colmarla sia *primariamente* – ossia *in un primo momento* – il legislatore. In quanto principio di organizzazione dei poteri statuali e contenuto tipico di un’attribuzione costituzionale (art. 70 Cost.: «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere»), la discrezionalità legislativa è un *valore* costituzionale: un *valore-principio*, poi, tradotto nella *regola* di cui all’art. 28 della l. n. 87/1953. Come vedremo nel § successivo, sarà proprio in quanto valore-principio che anche la discrezionalità è (divenuta) bilanciabile con gli altri principi costituzionali di volta in volta in gioco³⁴², con il superamento delle rime obbligate inaugurato dalle sentt. cost. nn. 236/2016, 222-233/2018 e 40/2019. In questo senso, la discrezionalità non è (più) un limite “assoluto” all’intervento della Corte³⁴³: è la naturale

in *Quad. cost.*, n. 3/1998, 343 ss.; da ultimo, v. anche ID., *Involuzione – o evoluzione?*, cit., 105: «Se è vero che la Costituzione in senso liberaldemocratico è sempre un “processo storico” e non un mero “atto” puntuale nel tempo, non deve stupire né preoccupare troppo la mutazione, nel corso dei decenni, del rapporto fra Corte e Parlamento, a vantaggio della prima».

³⁴⁰ Sulla “minaccia” di una futura incostituzionalità in caso di monito rimasto inascoltato, cfr. spec. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova 1987, 87 ss. e R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l’efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1988 ss.

³⁴¹ Com’è noto, la sede per sanzionare *comportamenti* asseritamente incostituzionali è più propriamente quella del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato.

³⁴² Cfr. L. PESOLE, *L’inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 411: «l’eventuale inerzia del legislatore potrebbe essere sanzionata con una successiva sentenza di accoglimento soltanto se la Corte si convincesse dell’opportunità di un nuovo bilanciamento dei valori in gioco (questa volta a favore della pronuncia di incostituzionalità e a scapito della discrezionalità legislativa o del principio di continuità)». In senso analogo, cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, cit., 256 ss.

³⁴³ Cfr. M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 17, il quale a proposito nota come il superamento delle rime obbligate (definito dall’A. piuttosto come “allentamento”) «sembra essere proprio conseguenza della intollerabilità del protrarsi dell’inerzia legislativa nel colmare omissioni palesemente incostituzionali, tanto più quando la gravità della inattuazione sia stata segnalata in precedente monito. E come se la “discrezionalità del legislatore” divenisse limite relativo ad una pronuncia nel merito della Corte, specie laddove la presenza del *vulnus* sia stata chiaramente indicata in precedente decisione con pressante invito a intervenire».

evoluzione dello Stato costituzionale di diritto, alla cui base v'è il superiore principio della dignità umana³⁴⁴. Come vedremo nella Sez. II di questo Capitolo, però, non senza severe (e spesso comprensibili) critiche da parte della dottrina.

In definitiva, ci sembra di poter affermare che ciò che muta fra una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa e una successiva pronuncia di accoglimento su una situazione normativa analoga è, essenzialmente, l'oggettivo scorrere del tempo. Questo rende incostituzionale ciò che prima non lo era (o lo era, per così dire, in misura minore e quindi "tollerabile"): in tal senso, l'incostituzionalità «*sopravviene* (può sopravvenire) a seguito di inerzia legislativa»³⁴⁵. Nell'operare un nuovo bilanciamento fra la garanzia della Costituzione e il rispetto della discrezionalità legislativa è la prima, *adesso*, a prevalere sulla seconda.

Il rimedio "naturale" (e dunque fisiologico)³⁴⁶ a questa inerzia è la supplenza della Corte costituzionale, quale organo di garanzia della effettività della Costituzione. L'intervento della Consulta è (ed è stato finora) sostanzialmente di natura *graduale* e insieme *sussidiaria*.

La *gradualità* dell'intervento potenzialmente demolitorio della Corte è un corollario della stessa gradualità dell'incostituzionalità di cui si è già detto poco sopra: ciò spiega probabilmente anche tutte le tecniche decisorie che si ispirano al meccanismo della "doppia pronuncia" e conferma che la decisione di addivenire a una declaratoria di incostituzionalità è ormai da intendere come un'«*extrema ratio*»³⁴⁷, quando non siano cioè possibili interventi interpretativi o manipolativi e proprio con l'obiettivo di preservare il più possibile il rapporto

³⁴⁴ Il riferimento all'evoluzione nel tempo della discrezionalità legislativa, cui alludiamo con le espressioni fra parentesi, è approfondito da M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 14, il quale nota come «il successo o l'insuccesso della singola tecnica decisoria dipenda dalla sua capacità di ottenere "seguito" e che la "invenzione", ma anche l'abbandono o la ripresa della stessa, sia legata alle condizioni storico-politiche del momento».

³⁴⁵ Così F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 159. L'A. continua notando che «ciò costituisce una riprova del fatto che la costituzionalità-incostituzionalità di una legge non è un dato istantaneo e problematico, ma è fenomeno di graduale e graduata conformità della legge alla Costituzione».

³⁴⁶ Ad essere "patologica", semmai, è l'incapacità del legislatore di intervenire prontamente a regolare la complessità sociale; viceversa, è proprio dei tribunali costituzionali contemporanei intervenire a sopperire alle lacune degli altri poteri. In questo senso, cfr. spec. A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione?*, cit., 105, per il quale «è forse troppo semplicistico parlare genericamente di una deriva *patologica* rispetto al formale e tradizionale equilibrio (astrattamente previsto) fra i poteri. [...] Questo incremento (ora reale, ora apparente) dei poteri della Corte paradossalmente può invece essere considerato [...] come una risposta forse discutibile, ma in fondo *fisiologica*, del sistema giuridico-costituzionale italiano ad alcune sue carenze strutturali».

³⁴⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *federalismi.it*, n. 4/2022 [numero speciale «Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: Scritti in onore di Paola Bilancia»], 893: «la "collaborazione" è palesemente cercata: con il legislatore, cui si rivolgono moniti o al quale si dà tempo per intervenire a "correggere" la disciplina censurata; con i giudici, ai quali si "suggeriscono" interpretazioni conformi a Costituzione delle disposizioni legislative impugnate, lasciando loro ampio spazio nella preventiva ricerca di soluzioni costituzionalmente compatibili che prevengano ed evitino il contenzioso costituzionale. A prevalere è l'idea dell'incostituzionalità come *extrema ratio*, alla quale ricorrere solo allorché non si riesca a dare al testo normativo un significato, appunto, conforme a Costituzione». È chiaro il riferimento a quanto concettualizzato da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 257, che considera la dichiarazione d'incostituzionalità come «fallimento dell'interpretazione», concetto ora ripreso in G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, II ed., Bologna 2018, 174, dove si legge che il «"fallimento dell'interpretazione" [...] si ha quando non è possibile trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso».

con i giudici e con il legislatore³⁴⁸. Del resto, la stessa attuazione dei valori costituzionali è intrinsecamente graduale e sempre *in fieri*.

Il carattere *sussidiario* dell'intervento della Corte, invece, è forse meno evidente ed intuitivo: forse perché in fondo permane ancora l'idea – come sappiamo, superata – della Corte quale mero *legislatore negativo*; essa è chiamata invece a una necessaria opera di reinterpretazione e integrazione dell'ordinamento³⁴⁹. Inoltre, “sintomi” del carattere sussidiario possono essere l'atteggiamento di «leale e dialettica collaborazione istituzionale»³⁵⁰ e il carattere non definitivo della soluzione adottata, in quanto «il Parlamento può sempre con legge ordinaria successivamente abrogare la normativa risultante dalla sentenza costituzionale, a condizione beninteso che non violi il giudicato costituzionale, ossia che individui un’“altra” norma parimenti idonea allo scopo costituzionalmente protetto»³⁵¹.

In sintesi, la Corte prova sempre a riservare prioritariamente ogni intervento sul tessuto normativo al legislatore (con auspici, moniti, richiami): se questi rimane inerte, si rende responsabile di una mancata collaborazione istituzionale che legittima la Corte ad intervenire rimuovendo l'incostituzionalità prima accertata (e non sempre subito dichiarata). Se così stanno le cose, è forse difficile parlare di una vera *invasione* di campo della Corte nei confronti del

³⁴⁸ Il concetto di incostituzionalità quale *extrema ratio* può essere predicato non solo in relazione al potere giudiziario e alle decisioni interpretative, ma anche – e forse di più – in relazione al rapporto fra Corte e legislatore. Infatti, prima di dichiarare incostituzionale un'omissione legislativa, il giudice costituzionale può adottare tutta una serie di decisioni – monitorie, additive di principio, interlocutorie – tali per cui, ormai, il loro mancato utilizzo potrebbe essere visto come una soluzione eccessivamente drastica e quindi non abbastanza “rispettosa” del legislatore. Una Corte che non adottasse più un principio gradualistico nell'avvicinarsi alla declaratoria di incostituzionalità potrebbe essere tacciata – e stavolta a ragione – di un sospetto e preoccupante atteggiamento di *judicial activism*. Cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, 178-179: «le decisioni interpretative non sono l'usurpazione del potere interpretativo dei giudici, ma l'ausilio per il “successo” delle loro interpretazioni; così come le decisioni modificative della legge non sono un modo di calpestare l'opera del legislatore, ma un modo per evitare di buttarla interamente all'aria e quindi per rispettare, finché è possibile, nell'essenziale, le scelte di politica legislativa in cui tale opera si manifesta. [...] la pluralità di strumenti decisionali costituzionali potrebbe allora collocarsi “in un crescendo”, che culmina nell'eliminazione della legge, ma attraverso passaggi intermedi».

³⁴⁹ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, 174.

³⁵⁰ Corte cost. n. 207/2018, punto n. 11 *Cons. dir.* Sulla leale collaborazione *fra poteri* (da tenere in questo caso distinta dalla leale collaborazione *fra Stato e Regioni*), v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 232 e 325; E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 266: «il principio c.d. di leale collaborazione [...] affiora qua e là, e da ultimo in modo forse più consistente, pure nella giurisprudenza sui conflitti interorganici [...]; anzi, curiosamente fa la propria comparsa proprio in tali conflitti (sent. 231/75, in cui si sostiene che i rapporti tra i soggetti implicati debbono ispirarsi ad uno spirito di “doverosa collaborazione tra organi” di poteri distinti e diversi)». Per approfondimenti, si segnalano Q. CAMERLENGO, voce *Leale collaborazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., Agg. VI, Torino 2015, 241 ss. e ID., *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*, in *Consulta Online*, n. 1/2022, spec. 9 ss. Cfr. anche R. BIFULCO, *La Cooperazione nello Stato unitario composto: le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica Federale di Germania e Spagna nell'Unione Europea*, Padova 1995; R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 1 ss.; C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino 2007. Ma v. pure, fra gli altri, S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e regioni*, Milano 2008.

³⁵¹ Così A. SPADARO (*Involuzione – o evoluzione?*, cit., 129), che a commento specifico però della tecnica del *rinvio a nuova udienza*, sottolinea: «il Giudice delle leggi non pretende che la norma da lei poi individuata, di fronte all'inerzia parlamentare, sia definitiva, potendo sempre il legislatore in seguito sostituirla a suo piacimento, o quasi (talvolta la Corte pone paletti precisi entro cui si “deve” muovere). Sono tutti argomenti seri a conferma della natura – almeno in teoria – squisitamente *sussidiaria* dell'intervento della Corte, tant'è che: a) il “fine” è nobilissimo (la difesa dell'integrità dell'ordinamento costituzionale); b) la “procedura” si ispira alla leale collaborazione con il potere legislativo (cui viene assegnato un congruo tempo per intervenire); c) l'atto sostitutivo della Corte, come tutti quelli di natura sussidiaria, non è definitivo».

legislatore. Si tratta, a mio modo di vedere, metaforicamente, di *manutenzione* di un campo in realtà da questi “abbandonato”, con lo scopo di distribuire il raccolto a chi ha *fame* di giustizia costituzionale, nell’attesa che il legittimo titolare (il legislatore) ritorni e sia in grado di esercitare le prerogative sue proprie.

2. La “novità”: la ricerca di una soluzione «costituzionalmente adeguata»

Il superamento delle cc.dd. “rime obbligate” nasce, fondamentalmente, dalla presa d’atto del fallimento pratico, in troppi casi, delle additive di principio³⁵². Come già accennato nel § precedente, queste, per poter effettivamente “funzionare” (e per tener fermo il principio del rispetto della discrezionalità legislativa), postulavano il necessario seguito del legislatore per delineare la disciplina normativa (la regola) alla luce del principio espresso dalla Corte in questo particolare tipo di decisione additiva. L’additiva di principio, in buona sostanza, nasceva come soluzione “provvisoria” nella fiduciosa – e vana – attesa di un seguito legislativo.

Così, almeno a partire dal 2016 (con la sent. n. 236), le “rime obbligate” «non rappresentano più, almeno in certe circostanze, un limite all’intervento della Corte costituzionale»³⁵³: di conseguenza, fra molteplici soluzioni tutte costituzionalmente compatibili, è la Corte stessa a individuarne *autonomamente* una, quella più «adeguata» (in quanto la «meno lontana» dalla Costituzione). È un mutamento di grande importanza poiché, come sappiamo, la Corte aveva sempre arrestato il proprio sindacato in assenza di “rime obbligate”: la scelta fra più opzioni normative era da sempre riservata alla discrezionalità legislativa e dalla Corte riconosciuta, fino a quel momento, come limite assoluto a qualsiasi tipo di intervento manipolativo. Oggi possiamo affermare che il caso deciso con la sent. n. 236/2016 non è stato un episodio isolato e che la tendenza al superamento delle rime obbligate è ormai consolidata (anche se, come abbiamo visto nel § 3.4, la Corte continua ancora a pronunciare spesso l’inammissibilità per difetto di un’unica soluzione costituzionalmente imposta o per altri motivi complessivamente riconducibili al rispetto della discrezionalità legislativa).

Le tappe più significative di questo nuovo percorso giurisprudenziale hanno avuto luogo dapprima in tema di dosimetria sanzionatoria (in questo senso, oltre alla già citata sent. n. 236/2016, si segnalano le sentt. nn. 222-233/2018; 40/2019; 185/2021; 28/2022), ma poi anche in altre materie (sentt. nn. 99-242/2019; 224-252/2020; 63/2021; 62-95-125/2022). Prenderemo adesso in esame alcune di queste pronunce (concentrandoci specificatamente sugli aspetti processuali e la elaborazione di questa nuova tecnica decisoria).

³⁵² Per esempio, nella *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2021*, 13, il Presidente G. Amato rilevava che, nei casi in cui la Corte «ravvisa le ragioni d’illegittimità nelle norme oggetto del giudizio e, tuttavia, ritiene di non potere essa stessa fornire la soluzione, in virtù degli ampi spazi riservati alla discrezionalità legislativa [...], in passato, sovente la Corte adottava una sentenza additiva di principio, rinviando alla discrezionalità del legislatore per l’attuazione di tali principi; la qual cosa, in assenza di un immediato intervento legislativo, creava difficoltà ai giudici, che non potevano più applicare la vecchia norma ma neppure attuare la nuova, non sempre facilmente ricavabile».

³⁵³ E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 347: «La prima affermazione nel senso del superamento si è avuta nel 2016, ma la sua esplicita indicazione, quale nuova linea della giurisprudenza costituzionale, è collocabile nel 2018 e 2019. Nel 2016, nel ribadire che le valutazioni discrezionali nella determinazione del trattamento punitivo non possono che spettare al legislatore, la Corte ha ritenuto che, di fronte ad una situazione di manifesta irragionevolezza, per sproporzione, di un determinato trattamento sanzionatorio, il proprio intervento è possibile, seppure a determinate condizioni. Queste consistono nella presenza nell’ordinamento di soluzioni già esistenti, idonee ad eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza (236/16). La nuova linea giurisprudenziale viene meglio puntualizzata nel 2018 (222, 233/18) e successivamente ribadita (113/20)».

La prima “crepa” nel “muro” delle rime obbligate è rinvenibile, come si accennava, nella sent. n. 236/2016.

In questa pronuncia la Corte è stata chiamata a scrutinare la norma che qualificava come reato l'*alterazione di stato di famiglia del neonato commesso mediante falso*. La fattispecie incriminatrice in questione, disciplinata dall'art. 567, secondo comma, c.p., prevedeva un minimo edittale (5 anni) ritenuto dal giudice *a quo* «irragionevolmente eccessivo e sproporzionato»³⁵⁴. Tale irragionevolezza si dava non tanto perché un così severo trattamento sanzionatorio era forse giustificabile in passato (anacronismo legislativo esistente secondo il giudice *a quo*³⁵⁵; di diverso avviso, invece, la Corte³⁵⁶), quanto piuttosto per la rilevata «manifesta irragionevolezza intrinseca della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata, sotto il profilo della proporzionalità tra severità della cornice edittale e disvalore della condotta, con ulteriore riferimento alla vanificazione, determinata dall'entità eccessiva della sanzione, della finalizzazione rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27 Cost.»³⁵⁷.

La Corte rileva, dunque, l'incostituzionalità per irragionevolezza-sproporzione della norma indubbiata. Da un lato, tuttavia, per la Corte rimangono, «nella percezione comune, la gravità della condotta punita e l'allarme sociale conseguente» e, di conseguenza, non è possibile caducare interamente la disposizione censurata: non è irragionevole, insomma, la scelta di sanzionare penalmente questa condotta in sé. Dall'altro, però, la Corte accoglie i dubbi del giudice *a quo* e ritiene intrinsecamente irragionevole la scelta di dosimetria sanzionatoria (del resto, anche il giudice *a quo* sottolinea che la condotta di alterazione di stato di cui all'art. 567, secondo comma, c.p., andrebbe semplicemente «ridimensionata»³⁵⁸ – n.b.: non “cancellata” – sotto il profilo della gravità e del disvalore penale della condotta medesima).

Il giudice *a quo*, in altri termini, appunta i propri dubbi di costituzionalità (non già sulla

³⁵⁴ Corte cost. n. 236/2016, punto n. 1 *Rit. fat.* L'irragionevolezza è determinata, secondo il giudice *a quo*, dal fatto che la disposizione censurata «sanziona con una pena eccessivamente elevata un comportamento che, oggi, avrebbe perso quei connotati di gravità e di allarme sociale che in altra epoca giustificavano un trattamento sanzionatorio particolarmente rigoroso e severo».

³⁵⁵ *Ivi*, punto n. 3 *Cons. dir.*: per il giudice *a quo* la disposizione scrutinata è «contestata alla luce di un asserito mutamento complessivo delle condizioni normative, tecniche e scientifiche, che avrebbe reso anacronistica una punizione così severa. Assume infatti il rimettente che il disvalore della condotta descritta nella disposizione censurata si sarebbe ridimensionato rispetto all'epoca in cui è entrato in vigore il codice penale. In particolare, l'anacronismo insito in una cornice edittale così severa sarebbe reso evidente sia dal rilievo per cui l'atto di nascita non è più, attualmente, l'unico strumento per accertare il reale status filiationis – vista l'accresciuta facilità dell'accertamento della paternità e della maternità naturali, determinata dai progressi tecnico-scientifici – sia dalle recenti riforme del diritto di famiglia, che consentirebbero la reclamabilità di uno stato di figlio contrario a quello attribuito dall'atto di nascita (anche) nell'ipotesi in cui il neonato sia stato iscritto come figlio di ignoti, ovvero in conformità ad altra presunzione di paternità».

³⁵⁶ *Ivi*, punto n. 4.1 *Cons. dir.*: «Non tutti gli argomenti spesi dal rimettente per sollecitare l'accoglimento delle questioni sollevate, per vero, colgono nel segno. Così è a dirsi, in particolare, di quelli relativi all'asserito anacronismo che la severità della pena prevista dalla disposizione censurata rivelerebbe. Le trasformazioni dell'assetto normativo, tecnico e scientifico, allegate dal giudice *a quo* quali prove del complessivo mutamento di contesto, di per sé stesse non hanno la capacità di alleggerire, nella percezione comune, la gravità della condotta punita e l'allarme sociale conseguente».

³⁵⁷ *Ivi*, punto n. 4.3 *Cons. dir.*

³⁵⁸ *Ivi*, punto n. 1.2 *Rit. fat.*; nel successivo punto 1.3 *Rit. fat.* si legge come il giudice *a quo* rilevi – invero in termini piuttosto generici – che «il denunciato trattamento sanzionatorio non possa considerarsi espressione di una legittima scelta normativa di politica criminale».

scelta di politica criminale relativa al *se* sanzionare penalmente una determinata condotta, bensì) sulla proporzionalità della pena (e, cioè, in definitiva, su *quanto* debba essere grave la risposta sanzionatoria), prescindendo – e forse è questa la vera novità – da un *tertium comparationis*. La Corte, infatti, afferma espressamente che il controllo di proporzionalità sulla cornice edittale prevista dalla norma censurata, richiede «non già una verifica sull’asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*». La manifesta irragionevolezza per sproporzione, piuttosto, «viene a disvelarsi “anche” alla luce del più mite trattamento riservato ad altre fattispecie, tra cui, in particolare, quella del primo comma del medesimo art. 567 cod. pen.»³⁵⁹. Un elemento di raffronto c’è, quindi, ma: 1) è contenuto in un comma diverso della stessa disposizione; 2) non è un elemento decisivo per dichiarare l’incostituzionalità (perché la norma appare già subito, *di per sé*, irragionevole perché sproporzionata).

Fino a quel momento, il riferimento a un terzo elemento di raffronto (esterno alla disposizione censurata) costituiva un elemento essenziale per il test di proporzionalità nel giudizio di ragionevolezza. Era ritenuto infatti «cruciale, nell’applicazione dei ragionamenti condotti in termini di rime obbligate, il riferimento al *tertium comparationis*, che àncora il controllo di coerenza normativa all’ordinamento vigente, impedendo che valutazioni sistemiche debordino dai contenuti legislativamente posti, allargando oltre il consentito la prospettiva del giudizio e sconfinando, dunque, dalla legittimità al merito. Anche nei casi in cui il *tertium comparationis* sia rinvenuto nella medesima disposizione che contiene anche la norma sospettata di incostituzionalità, il raffronto deve estendersi ad altri dati normativi, esterni alla disposizione; solo così si può arginare il rischio che valutazioni molto vicine alla ragionevolezza intrinseca non travalichino le linee interne dell’ordinamento positivo, in modo da pervenire ad addizioni a rime obbligate»³⁶⁰. Del resto, anche i precedenti citati dalla sent. n. 236/2016 (decisioni fra l’altro tutte dichiarative l’inammissibilità delle rispettive q.l.c. proprio per rispetto della discrezionalità legislativa in assenza di un’unica soluzione costituzionalmente imposta), sembrano andare in tal senso: siamo ancora pienamente nella stagione del rispetto delle “rime obbligate” e di un giudizio di proporzionalità solo estrinseco³⁶¹.

³⁵⁹ *Ivi*, punto n. 4.3 *Cons. dir.*

³⁶⁰ O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo 2022, 75 s.

³⁶¹ Ci si riferisce a Corte cost. 22/2007 e 23-48/2016. Nella prima di queste pronunce (Corte cost. 22/2007, punto n. 7.4 *Cons. dir.*), si legge che «questa Corte non può, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, giacché mancano nell’attuale quadro normativo in subjecta materia *precisi punti di riferimento* che possano condurre a *sostituzioni costituzionalmente obbligate*. Né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un’altra, senza l’esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta». In Corte cost. 23/2016, punti n. 2.4 e 2.5 *Cons. dir.*, si legge che «Il sindacato di legittimità costituzionale, infatti, «può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio [...]. Infatti, in materia di pene, anche nel giudizio di “ragionevolezza intrinseca”, focalizzato sul principio di proporzionalità, è fondamentale *l’individuazione di un parametro che consenta di rinvenire la soluzione costituzionalmente obbligata* [...]. In assenza di soluzioni costituzionalmente vincolate o imposte dal rispetto degli obblighi comunitari, l’intervento creativo sollecitato a

A dire il vero, nella sent. n. 236/2016, la Corte sembra prescindere da un uso “classico” del *tertium comparationis*, e cioè un elemento di raffronto *esterno* alla disposizione censurata; a ben vedere, tuttavia, un terzo elemento di raffronto esiste, ma è *interno* allo stesso articolo: «si tratta di uno scrutinio svolto entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo, che, anche per questa ragione, non conduce a sovrapporre, dall'esterno, una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ma giudica “per linee interne” la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il reato di alterazione di stato»³⁶².

La novità processuale introdotta dalla sentenza in commento (possibilità di un giudizio di ragionevolezza intrinseco delle norme censurate) è ben riassumibile in un decisivo passaggio della stessa (citato poi quale “precedente” da tutte le pronunce successive che adoperano la tecnica decisoria delle “rime adeguate”): «per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, [...] la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso *precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo*» (mio il corsivo). In questo caso specifico, poi, i “precisi punti di riferimento” sono proprio quelli previsti dalla stessa disposizione (art. 567 c.p.), ma al primo comma, dal quale viene mutuata la cornice edittale da adattare alla fattispecie prevista dal censurato secondo comma: la Corte, ritenendo equivalente il disvalore penale delle condotte previste nei suddetti due commi, le ha parificate dal punto di vista sanzionatorio.

In altre parole, se fino a quel momento la Corte aveva giustificato i propri interventi additivi sul presupposto che l'addizione introdotta fosse l'unica costituzionalmente possibile e in qualche modo latente nel sistema e rimasta inespressa (e i “precisi punti di riferimento” erano esterni e a ciò funzionali), ora la Corte giustifica il proprio intervento precisando che la manipolazione della disposizione censurata è effettuata tenendo conto di ciò che il legislatore ha *già* espresso, seppur in relazione a fattispecie diverse (ancorché, ovviamente, simili o comunque omogenee rispetto all'interesse giuridico tutelato).

Nel caso in cui dovessero mancare i «precisi punti di riferimento» di cui sopra e la soluzione richiesta non fosse l'unica costituzionalmente imposta, la Corte continuerà a dichiarare la questione inammissibile, specie se l'intervento richiesto avesse un «elevato coefficiente manipolativo» o «creativo» in materie «ad alto tasso di discrezionalità legislativa» o, a maggior ragione, se le fosse richiesto un intervento costituente una «novità di sistema»³⁶³.

Nel percorso di “superamento” o “aggiornamento” della dottrina delle “rime obbligate”,

questa Corte interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria riservate al legislatore, in spregio al principio della separazione dei poteri». Infine, in Corte cost. 148/2016, punto n. 2 *Cons. dir.*, dopo aver richiamato i precedenti del 2007 e del 2016, la Corte dichiara inammissibile la q.l.c. perché «il rimettente si è limitato a chiedere la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione sanzionatoria censurata, senza curarsi di indicare un parametro che consenta di rinvenire una soluzione costituzionalmente obbligata e senza neppure precisare quale sia il trattamento sanzionatorio che, a suo avviso, sarebbe conforme a Costituzione». Sono miei i corsivi in tutte le sentenze citate.

³⁶² *Ivi*, punto n. 4.5. *Cons. dir.*

³⁶³ Le espressioni riportate si riferiscono a molteplici pronunce della Corte, successive al 2016 (e dunque emanate nonostante la Corte abbia, da quel momento in poi, ormai “superato” le “rime obbligate”): di esse si dà conto nel § 3.4 del precedente Capitolo, cui si rimanda.

un'altra tappa fondamentale è la sent. n. 222/2018.

Se con la sent. n. 236/2016, (che per qualcuno, a dire il vero, «non può a pieno titolo considerarsi come apripista del mutato orientamento consolidatosi negli anni 2018 e 2019»³⁶⁴), la Corte aveva trovato un “appiglio” nei «precisi punti di riferimento» già rinvenibili nel sistema per ritenere rispettata la discrezionalità legislativa, con la sent. n. 222/2018 la Corte fa un deciso balzo in avanti verso il superamento/aggiornamento delle “rime obbligate”. Con questa sentenza, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della previsione di pene accessorie di durata fissa decennale per i soggetti condannati per bancarotta fraudolenta, fattispecie penale prevista dall'art. 216, ultimo comma, del r.d. n. 267/1942 (*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa*; c.d. “legge fallimentare”). La pena accessoria in questione, che nello specifico comportava l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità di esercitare uffici direttivi nelle imprese, è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui prevedeva l'applicazione della pena fissa «[...] per la durata di dieci anni [...] anziché: “[...] *fino a* dieci anni» (mio il corsivo).

L'esito cui giunge la Corte è particolarmente significativo non tanto per la tecnica decisoria adottata (è una “classica” sentenza sostitutiva, del resto analoga a quella utilizzata nella sent. n. 236/2016). L'innovazione sostanziale – e forse ancora più significativa rispetto alla pronuncia del 2016 – è che la soluzione normativa introdotta in luogo di quella dichiarata incostituzionale sembra prescindere da un “preciso” «punto di riferimento rinvenibile nel sistema». Come si vedrà, i punti di riferimento, infatti, sono almeno due: quindi non ne esiste uno solo costituzionalmente imposto.

“Un” primo punto di riferimento esiste ed è stato correttamente individuato dal remittente; «tuttavia» la situazione da quest'ultimo individuata «rischierebbe [...] di risultare distonic[a] rispetto al legittimo intento del legislatore storico di colpire in modo severo gli autori dei delitti di bancarotta fraudolenta», in quanto «finirebbe per sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo»³⁶⁵. La Corte, in altri termini – e sulla scorta di diversi precedenti, anche risalenti nel tempo – non si accontenta della soluzione individuata dal remittente (di per sé compatibile con la Costituzione), in quanto questa introdurrebbe nuovamente proprio ciò che la Corte vuole colpire: gli *automatismi sanzionatori*. La Corte, quindi, completa quanto affermato nella sent. n. 236/2016: è vero che «Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti”», richiamando qui espressamente la sent. n. 236/2016. Tuttavia – e sarebbe strano che così non fosse – è necessario che tali soluzioni “già

³⁶⁴ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. e Soc.*, n. 1/2020, 66. Per l'A., sono due gli elementi che lo portano a questa valutazione: «il punto di riferimento per la “sostituzione” (che interessa il quadro edittale dichiarato incostituzionale) è rinvenuto [...] in fattispecie posta a tutela del medesimo bene giuridico disciplinata da altro comma dello stesso articolo nel quale è contenuta la disposizione censurata (art. 567 c.p.); la disciplina oggetto di giudizio non aveva formato oggetto di precedente, specifico, monito, essendosi anzi la Corte espressa per la manifesta infondatezza di analoga questione (ord. n. 106 del 2007), considerando non illegittimo il diverso trattamento sanzionatorio previsto per le due fattispecie descritte nei due commi dell'art. 567 c.p. (sostituzione di neonato, alterazione di stato mediante falso)».

³⁶⁵ Corte cost. n. 222/2018, punto n. 8.3 *Cons. dir.*

esistenti” siano «esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate”»³⁶⁶.

Poiché in questo caso la soluzione proposta dal giudice *a quo* era sì costituzionale in astratto, ma incostituzionale in concreto (in quanto sostituiva un automatismo con un altro automatismo), oltre che contrastante con l'intento del legislatore storico (punire in maniera abbastanza severa questo tipo di condotte), la Corte deve “scartare” questa opzione normativa, *ricercandone* – n.b.: non esattamente *creandone* – autonomamente un'altra. La ricerca, condotta all'interno sistema normativo di riferimento (anzi, all'interno della stessa “legge fallimentare”), porta all'individuazione della soluzione fra quanto previsto nelle disposizioni immediatamente successive a quella impugnata. Ecco il secondo “punto di riferimento”: «l'art. 217, rubricato “Bancarotta semplice”, e l'art. 218, rubricato “Ricorso abusivo al credito” – prevedono le medesime pene accessorie indicate nell'ultimo comma dell'art. 216; ma dispongono che la loro durata sia stabilita discrezionalmente dal giudice “fino a” un massimo determinato dalla legge». La conclusione cui giunge la Corte ci sembra brillante: «La medesima logica, già presente e operante nel sistema, può agevolmente essere trasposta all'interno dell'art. 216 della legge fallimentare, attraverso la sostituzione dell'attuale previsione della durata fissa di dieci anni delle pene accessorie in esame con la previsione, modellata su quella già prevista per gli artt. 217 e 218 della medesima legge, della loro durata “fino a dieci anni”».

Si noti che uno degli argomenti che ha portato la Corte ad addivenire a una soluzione così “radicale”, decisamente innovativa, è stata l'inerzia – *melius*: la prolungata passività – del legislatore. In precedenza, infatti, la Corte aveva dichiarato inammissibile «analoga questione già sollevata dalla Corte di cassazione [...] in ragione dell'assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, in grado di prendere il posto di quella che si sarebbe dovuta dichiarare illegittima»³⁶⁷. L'eccezione di inammissibilità per discrezionalità legislativa, allora accolta, deve oggi essere respinta alla luce di una necessaria e «complessiva rimediazione dei termini della questione»³⁶⁸.

Tuttavia, la Corte ribadisce – per ben tre volte e a scanso di equivoci – mostrando una chiara sensibilità istituzionale, che il legislatore potrà sempre intervenire per una diversa riformulazione della disciplina purché, beninteso, nel rispetto della Costituzione (il ché, nel caso di specie, richiederebbe pene ragionevoli, non dunque sproporzionate rispetto alla gravità del fatto di reato, e soprattutto pene “mobili”, cioè non “fisse”, che consentano al giudice di

³⁶⁶ Corte cost. n. 222/2018, punto n. 8.1 *Cons. dir.* Non si può non rilevare l'ovvietà – e dunque l'inutilità – della precisazione fornita dalla Corte: è davvero inimmaginabile che la Corte individui una soluzione *affetta da vizi di incostituzionalità* e la introduca per sentenza! L'unica spiegazione che ci sentiamo di dare è quella per cui, forse, precisare che la soluzione individuata sia essa stessa immune da vizi di costituzionalità può solo servire a “rendere il calice meno amaro” o comunque a legittimare il più possibile l'operazione manipolativa.

³⁶⁷ Corte cost. n. 222/2018, punto n. 8 *Cons. dir.*; il riferimento *ivi* indicato è alle decisioni nn. 134 e 208 del 2012.

³⁶⁸ *Ibidem*. Continua la Corte precisando che tale *rimediazione* «da un lato, non può non tener conto della circostanza che – a tutt'oggi – il legislatore non ha provveduto a quella “riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma”, auspicata da questa Corte nella sentenza n. 134 del 2012; e che, dall'altro, non può non considerare l'evoluzione in atto nella stessa giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato sulla misura delle pene».

adattare il disvalore del caso concreto alla fattispecie generale e astratta)³⁶⁹.

Inoltre, la Corte ribadisce che la scelta di *una* fra le tante opzioni normative costituzionalmente conformi dipende, oltre che dall'inerzia del legislatore, dall'esigenza di garantire «una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, *come è stato a lungo in passato*, ad una *rigida* esigenza di “rime obbligate” nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima» (miei i corsivi)³⁷⁰: la Corte è consapevole del “cambio di passo” operato rispetto al passato, ma adesso sembra prevalere l'esigenza di garantire i diritti fondamentali rispetto a quella di preservare la discrezionalità del legislatore. Approfondiremo nel prossimo § le ragioni di questa “svolta”.

Il consolidamento di questo nuovo approccio alla discrezionalità legislativa si registra nel 2019-2020, con una serie di pronunce che sistematicamente richiamano i precedenti del 2016 e del 2018. La prima conferma di questo consolidamento è la sent. n. 40/2019, la quale aggiunge un altro tassello alla dottrina in questione (in verità, sarebbe da menzionare anche un passaggio della sent. n. 233/2018 – il cui dispositivo è però di infondatezza – in cui la Corte ribadisce comunque che, volendo, *può* intervenire anche in assenza di un'unica soluzione costituzionalmente imposta, scegliendo cioè fra più «soluzioni, anche alternative tra loro»³⁷¹).

Così la Corte, dopo aver richiamato i precedenti già sopra ricordati, nella sent. n. 40/2019 precisa che l'intervento manipolativo è determinato dalla necessità di «*evitare che l'ordinamento presenti zone franche* immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali» (mio il corsivo)³⁷², come peraltro ribadito anche altrove nella sentenza³⁷³.

Al solito, un altro elemento decisivo che giustifica l'intervento manipolativo della Corte, e che emerge chiaramente dalla sentenza ora in commento (e in diretto collegamento con la sent. n. 222/2018) è l'inerzia del legislatore. Questa è resa oggettiva dai precedenti moniti rimasti inascoltati (da ultimo, in questo specifico caso, quello contenuto nella sent. n. 179/2017): «l'intervento di questa Corte non è ulteriormente differibile, posto che è rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse “rapidamente a

³⁶⁹ Si legge infatti nei vari punti del *Cons. dir.: 1*) «Resta ferma, d'altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali» (punto 8.1); 2) «... occorre dunque vagliare se il sistema [...] in grado di offrire a questa Corte precisi punti di riferimento nell'individuazione di un trattamento sanzionatorio che possa nell'immediato sostituirsi a quello dichiarato illegittimo; e ciò sino a che il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, provveda a individuare soluzioni alternative che dovesse ritenere preferibili» (punto 8.2); 3) «[la soluzione individuata dalla Corte] – ovviamente soggetta a eventuali rivalutazioni da parte del legislatore, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità – consentirà al giudice di determinare...» (punto 8.4).

³⁷⁰ Corte cost. 222/2018, punto n. 8.1 *Cons. dir.*

³⁷¹ Corte cost. 233/2018, punto n. 3.1 *Cons. dir.*

³⁷² Corte cost. 40/2019, punto n. 4.2 *Cons. dir.*

³⁷³ *Ivi*, punto n. 4.2 *Cons. dir.:* «... deve aggiungersi che la questione in esame attiene a diritti fondamentali, che non tollerano ulteriori compromissioni, ragion per cui reiterate sono state le richieste di intervento rivolte a questa Corte dai giudici di merito e di legittimità».

soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio»³⁷⁴.

Anche in questo caso la Corte precisa che «la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»³⁷⁵.

L'indirizzo – o, se si vuole, la nuova “tecnica decisoria” – sembra a questo punto davvero consolidato. Le tre pronunce in questione (nn. 236/2016, 222/2018 e 40/2019) contengono tutti gli elementi che, ad oggi, descrivono la tecnica delle “rime adeguate”, la quale consente, cioè, alla Corte di pronunciarsi anche in assenza di un'unica soluzione costituzionalmente imposta e che talvolta, in casi particolarmente gravi – dunque non sempre e automaticamente – può saldarsi a un'altra tecnica decisoria “inventata” proprio in questo periodo dalla Corte: il rinvio dell'udienza a data fissa, inaugurato dal c.d. “caso Cappato” (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019), che analizzeremo però nel dettaglio nel § successivo.

Per il momento, concludendo l'analisi sulle decisioni a “rime adeguate”, è possibile tracciare un sintetico quadro riepilogativo delle tappe principali di questo percorso e, dunque, dei criteri che consentono alla Corte – non rimanendo più vincolata «ad una *rigida esigenza* di “rime obbligate”» (sent. n. 222/2018) – di decidere anche in assenza di un'unica soluzione costituzionalmente imposta. Tali criteri sembrano essere:

1. l'irragionevolezza delle scelte legislative: non solo *estrinseca* (com'era fino alla sent. n. 236/2016) ma ora anche *intrinseca*, purché sia possibile rinvenire «precisi punti di riferimento» o «soluzioni già rinvenibili nel sistema»;
2. i «precisi punti di riferimento» o le «soluzioni già rinvenibili nel sistema» dovrebbero normalmente essere indicati dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione (a pena di inammissibilità), ma – qualora il giudice *a quo* li individui e la Corte non li ritenga “adeguati” – questi possono anche essere individuati dalla Corte medesima, se sono ritenuti più vicini alle scelte di fondo del legislatore (e cioè alla “logica” da questi perseguita), così rispettando maggiormente la sua discrezionalità (sent. n. 222/2018), tendenzialmente quindi nel rispetto dell'originaria *ratio legis*;
3. la necessaria presenza (magari solo implicita) di *diritti fondamentali* sforniti di adeguata protezione (l'intervento della Corte, dunque, è sempre nella prospettiva dell'*ampliamento* dei diritti e delle libertà: mai in senso restrittivo);
4. l'eventuale³⁷⁶ *inerzia del legislatore*, resa oggettiva da precedenti moniti rimasti inascoltati.

In ogni caso, sempre per preservare la discrezionalità legislativa (e, con essa, il fondamentale principio della separazione dei poteri), la Corte “ci tiene” particolarmente a configurare il proprio intervento come fondamentalmente “sussidiario” e “cedevole”: lo si

³⁷⁴ *Ivi*, punto n. 4.3 *Cons. dir.*

³⁷⁵ *Ivi*, punto n. 5.3 *Cons. dir.*

³⁷⁶ Se nelle prime decisioni (236/2016, 222-233/2018 e 40/2019) l'inerzia del legislatore è stato un elemento sempre presente (e probabilmente decisivo ai fini dell'adozione di questa tecnica) dal 2020 in poi – a tecnica ormai “consolidata” – la Corte sembra decidere anche in assenza di un precedente monito rimasto inascoltato. Ciò che conta è la presenza – questa sì necessaria – di diritti fondamentali di cui si invoca (adeguata) tutela. V. subito *infra*, nel testo.

evince dalla espressa affermazione per cui «resta ferma» la *possibilità per il legislatore di poter intervenire successivamente* individuando, nell’ambito della propria discrezionalità, altre e diverse soluzioni ritenute “politicamente” più opportune (purché, s’intende, rispettose dei principi costituzionali).

L’auspicio che qui noi formuliamo è che tale *descrizione* dello stato di fatto valga – e continui a valere – anche come *prescrizione* per il futuro, e cioè come complesso di criteri-guida cui la Corte “deve” attenersi nelle decisioni a “rime adeguate”. Ne trarrebbe così vantaggio non solo la prevedibilità delle decisioni e la certezza del diritto, ma anche l’attività degli operatori pratici del diritto (giudici e avvocati su tutti), che così potrebbero meglio formulare/sollecitare richieste di interventi manipolativi alla Corte nella speranza che questi possano superare la soglia dell’ammissibilità. In questo senso, potrebbero essere gli stessi giudici *a quo* (ed eventualmente anche le parti processuali che a questi si rivolgono si sede di eccezione di costituzionalità) ad indicare: i «precisi punti di riferimento» idonei a sostituirsi alla norma che si ritiene incostituzionale, anche in considerazione della *ratio legis* originaria; i precedenti moniti rimasti inascoltati (dimostrando così l’inerzia del legislatore); la presenza di diritti fondamentali (e le fonti, anche giurisprudenziali, che li qualificano come tali).

A conclusione di questo *excursus* sull’evoluzione della tecnica decisoria fin qui analizzata, è forse il caso di sottolineare che, non casualmente, tale tecnica si sia affermata in ambito penale e, in particolare, sulle scelte legislative di dosimetria sanzionatoria. In questo settore, infatti, sono necessariamente presenti due elementi: la costante e necessaria incisione di diritti fondamentali (su tutti, ovviamente, la libertà personale) e il carattere non costituzionalmente obbligatorio della sanzione penale (in uno con il carattere strutturalmente frammentario del diritto penale quale *extrema ratio*), in una stagione di politica legislativa esposta (più del solito) al c.d. populismo penale³⁷⁷. In detta materia, dunque, la Corte ha ribadito la tecnica in parola con le sent. nn. 99/2019, 252-224/2020, 63/2021 e 28/2022.

Tuttavia, la tecnica si è estesa dalla materia penale-sanzionatoria a diversi altri settori:

1. ordinamento penitenziario (sentt. nn. 99/2019 e 74-113/2020);
2. sanzioni amministrative (sentt. nn. 185/2021, 95-246/2022 e 40/2023);
3. conformazione degli istituti processuali (sentt. nn. 252/2020 e 157/2021)³⁷⁸;

³⁷⁷ Cfr. O. SPATARO, *op. cit.*, 81: «Negli ultimi anni l’attenzione della Corte costituzionale verso i canoni di ragionevolezza e proporzionalità della pena, anche grazie all’impulso promanante dalle Corti europee, si è notevolmente accresciuta. Per altro verso, si sono manifestate tendenze legislative caratterizzate dalla previsione di dosimetrie sanzionatorie fortemente marcate in senso simbolico. La concomitanza di questi due fattori ha indotto il giudice delle leggi a intraprendere un nuovo corso del sindacato sulle norme sanzionatorie, connotato da una incisività maggiore rispetto al passato». L’Autrice ribadisce più avanti questo concetto, sottolineando che (p. 95) «il settore della dosimetria delle pene è particolarmente esposto alle contingenze politico-istituzionali, di cui rispecchia immediatamente le polarizzazioni ideologiche, prestandosi non di rado, in senso deteriore, a una strumentalizzazione della severità delle sanzioni in chiave simbolico-securitaria».

³⁷⁸ Nel primo caso (Corte cost. 252/2020), trattandosi di materia processual-penalistica, l’incisione di diritti fondamentali è piuttosto evidente: la Corte qui stabilisce la necessità di convalida anche per la perquisizione autorizzata telefonicamente (non prevista dal legislatore), rispetto alla quale la Corte afferma (punto n. 4.3 *Cons. dir.*) che «lo scopo – preventivo o repressivo – della perquisizione costituisce, infatti, una variabile indifferente ai fini dell’operatività delle garanzie stabilite dagli artt. 13 e 14 Cost. a tutela dei diritti fondamentali dell’individuo». Nel secondo caso (Corte cost. 157/2021), invece, trattandosi di una materia in cui è meno evidente la presenza di un adeguato “tono costituzionale”, nei termini di cui si è visto nel Cap. II, la Corte sente un’esigenza di motivazione più approfondita; al punto n. 6.2 *Cons. dir.* si legge infatti: «Vero è che questa Corte ha più volte ribadito che le

4. previdenza e assistenza (152/2020 e 63/2021)³⁷⁹;
5. lavoro (sentt. nn. 224/2020, 59/2021 e 125/2022)³⁸⁰;
6. elezioni (sent. n. 62/2022)³⁸¹.

Come si spiega dunque la *coesistenza*, oggi, di pronunce “a rime adeguate” e contemporaneamente di “inammissibilità per discrezionalità legislativa”? Ci sembra di poter dire perché, in questo secondo caso:

1. non si è in presenza, anche solo implicita, di diritti fondamentali (assenza di tono costituzionale)³⁸²; o

scelte adottate dal legislatore nel regolare l’istituto del patrocinio a spese dello Stato sono connotate da una rilevante discrezionalità, che è doveroso preservare [...]. Tuttavia, questo non sottrae tale normazione al giudizio sulla legittimità costituzionale, [...] in quanto è necessario «evitare zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale, tanto più ove siano coinvolti i diritti fondamentali e il principio di eguaglianza, che incarna il modo di essere di tali diritti» (sentenza n. 63 del 2021). Deve poi aggiungersi che la «ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta [...] condizionata non tanto dall’esistenza di un’unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell’ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate [...]».

³⁷⁹ Anche in questa materia, da sempre riservata alla discrezionalità del legislatore, la presenza di “diritti fondamentali” è condizione necessaria e sufficiente per un sindacato nel merito. In Corte cost. 152/2020, punto n. 6 *Cons. dir.*, si legge infatti che «Questa Corte ha già avuto del resto modo di chiarire che le scelte allocative di bilancio proposte dal Governo e fatte proprie dal Parlamento, pur presentando natura altamente discrezionale entro il limite dell’equilibrio di bilancio, vedono naturalmente ridotto tale perimetro di discrezionalità dalla garanzia delle spese costituzionalmente necessarie, inerenti all’erogazione di prestazioni sociali incompressibili». In Corte cost. 63/2021, punto n. 3.1 *Cons. dir.*, si legge che «Questa Corte non mette in dubbio che le scelte adottate dal legislatore nel regolare il diritto intertemporale e il regime transitorio siano connotate da una rilevante discrezionalità, che è doveroso preservare. Tuttavia, questo non sottrae tale normazione al giudizio sulla legittimità costituzionale, ben potendo il sindacato essere svolto tenendo conto della ratio ispiratrice della disciplina. Il giudizio di questa Corte, dunque, è necessario, onde evitare zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale, tanto più ove siano coinvolti i diritti fondamentali e il principio di eguaglianza, che incarna il modo di essere di tali diritti».

³⁸⁰ La prima di queste pronunce, però, si segnala perché per la prima volta – salvo errori – la Corte si pronuncia con una decisione a “rime adeguate” prescindendo da un espresso riferimento all’esistenza di un diritto fondamentale: per questo, forse, la decisione sembra criticabile nella misura in cui si discosta – in maniera ingiustificata – dai paradigmi decisorii fino a quel momento tracciati; del resto, può ritenersi discutibile che la materia dell’«articolazione di qualifiche e modalità di avanzamento in carriera», oggetto di scrutinio, sia “effettivamente” un diritto fondamentale. Anche nella seconda pronuncia in questione (n. 59/2021) non si è dinanzi a un diritto espressamente riconosciuto come “fondamentale: al punto n. 2.3.1 *Cons. dir.*, si legge solo che «la scelta della tutela che spetta al lavoratore illegittimamente licenziato sarebbe demandata all’apprezzamento discrezionale del legislatore. Il riconoscimento della reintegrazione rappresenterebbe “solamente una delle molteplici alternative prospettabili”. [...] La molteplicità dei possibili rimedi contro i licenziamenti illegittimi e l’assenza di soluzioni costituzionalmente vincolate non escludono che le difformità tra i regimi di tutela debbano essere sorrette da giustificazioni razionali e non sottraggono le scelte adottate dal legislatore al sindacato di questa Corte».

³⁸¹ Il riferimento alla “fondamentalità” del diritto in questione (diritto di voto, qualificato anche dal remittente quale «fondamentale diritto politico»), è invece ben presente nella citata pronuncia: al punto n. 7.1 *Cons. dir.* si legge infatti che: «Al riguardo soccorre la ormai copiosa giurisprudenza di questa Corte secondo cui, di fronte alla violazione di diritti fondamentali – e questo è certamente il caso per quanto in precedenza esposto – non può essere di ostacolo all’esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l’assenza di un’unica soluzione a “rime obbligate” per ricondurre l’ordinamento al rispetto della Costituzione, ancorché si versi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore» (mio il corsivo). Significativo notare come un tale inciso – che dovrebbe essere sempre presente – è invece formulato solo a volta da parte della Consulta.

³⁸² Va ricordato invero che anche in alcuni casi di superamento delle rime obbligate (sentt. nn. 224/2020 e 59/2021) è mancato un riferimento, almeno *espresso*, a un “diritto fondamentale”.

2. non sempre si può oggettivamente affermare che il legislatore sia rimasto inerte (perché manca un monito precedente rispetto al quale riferire l'inerzia), ed è per questo che la Corte accompagna la dichiarazione di inammissibilità con un monito (es. sentt. 32-33/2021)³⁸³; o
3. non si possono rinvenire «precisi punti di riferimento» o «soluzioni già rinvenibili nel sistema»: questo è possibile sia quando non si riesce a trovare una regola specifica e concreta da adattare al caso concreto³⁸⁴ (anche alla luce delle diverse scelte normative nel frattempo succedutesi)³⁸⁵, sia quando – a maggior ragione – si chiedono alla Corte interventi eccessivamente manipolativi o addirittura creativi, financo implicanti novità di sistema³⁸⁶.

3. Gli sviluppi: la prospettazione dell'incostituzionalità nel *rinvio a nuova udienza*

La necessità, per la Corte, di pronunciarsi anche nel caso in cui manchi un'unica soluzione costituzionalmente imposta nasce fondamentalmente, come abbiamo visto, dalla presa d'atto del fallimento in concreto delle additive di principio e, più in generale, dei moniti contenuti nelle decisioni della Corte (soprattutto, finora, quelle di inammissibilità per discrezionalità legislativa). Tuttavia, la circostanza per cui la Corte possa *ora* scegliere *una* fra le soluzioni normative astrattamente possibili, può avere un costo particolarmente alto – in termini di legittimazione della Corte nel sistema – specialmente in alcuni settori di politica legislativa, tanto più “divisivi” quanto più “delicati” (nella misura in cui, rispetto ad essi, non sembra esservi un diffuso e radicato consenso in seno alla coscienza sociale). Forse è per questo motivo che, in relazione alle cc.dd. “scelte tragiche”³⁸⁷ (riferibili per lo più al campo bioetico),

³⁸³ L'inerzia del legislatore, però, come abbiamo visto, è un requisito eventuale e al più solo “rafforzativo” della decisione di adoperare la tecnica delle “rime adeguate”; è un rafforzativo particolarmente utile, tuttavia, quando si tratta di materie eticamente sensibili. Infatti, in mancanza di un precedente (e relativamente recente) monito, la Corte probabilmente pronuncerà una decisione di inammissibilità (com'è avvenuto per le sentt. nn. 32-33/2021).

³⁸⁴ Come è avvenuto, ad es., con la sent. n. 206/2019.

³⁸⁵ Come nel caso della sent. n. 100/2022, il cui dispositivo è di inammissibilità per discrezionalità legislativa: al punto n. 3 *Cons. dir.* si legge che «Nella fattispecie in esame non è anzitutto ravvisabile una conclusione costituzionalmente obbligata [...] palesandosi, piuttosto, una pluralità di criteri risolutivi che, in astratto, si possono tutti prospettare come praticabili. La scelta tra di essi, ovvero – in ipotesi – la scelta di un criterio ancora diverso, non può che spettare al legislatore, il quale, del resto, non ha mancato di cimentarsi, in passato, con le più varie soluzioni, afferenti al medesimo istituto [...] Tali soluzioni, proprio per la loro varietà, non possono essere assunte come grandezza o misura di riferimento da parte di questa Corte, neppure ai fini di una sentenza additiva volta a introdurre una soluzione costituzionalmente adeguata, ispirata – ai fini di assicurare una tutela effettiva a diritti fondamentali – alla ratio sottesa ai suddetti interventi».

³⁸⁶ I molteplici casi in cui la Corte dichiara ancora oggi l'inammissibilità per i suddetti motivi sono analizzati dettagliatamente al § 3.4 del Capitolo precedente, cui pertanto si rimanda.

³⁸⁷ Il concetto di “scelte tragiche” appare per la prima volta, nella giurisprudenza costituzionale, in Corte cost. 118/1996, punto n. 4 *Cons. dir.*, dove si legge che «[...] la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al

la Corte ha “inventato” una nuova tecnica decisoria che le consentisse di approcciarsi alla discrezionalità legislativa, in assenza di “rime obbligate”, in modo *più cauto*: da qui nasce, forse, la tecnica del rinvio a nuova udienza.

Con questa nuova tecnica, inaugurata con il celebre “caso Cappato” (ord. n. 207/2018), la Corte sembra aver trovato la soluzione ideale proprio in relazione a questo tipo di scelte, il cui elemento “tragico” è tale in almeno una duplice dimensione: 1) quella relativa al bilanciamento degli interessi sostanziali sottesi al caso concreto dai cui è originata la questione e 2) quella relativa al bilanciamento – anch’esso a suo modo “tragico” – fra discrezionalità del legislatore e garanzia dei diritti fondamentali. Il primo bilanciamento dipende, ovviamente, dal singolo caso di volta in volta all’attenzione della Corte e al sacrificio (*attenuazione*) chiesto in concreto ad un valore giuridicamente protetto rispetto ad un altro contrapposto e parimenti giuridicamente protetto (*espansione*), alla luce del *sistema dei valori costituzionali*. Il secondo bilanciamento, invece, di carattere generale e sistemico, è costante in ogni decisione e – dalla sent. n. 242/2019, conclusiva del “caso Cappato” – tende a porsi come autorevole *precedente* rispetto ai casi successivi di utilizzo di questa particolare variante di “doppia pronuncia”:

«Il rinvio disposto all’esito della precedente udienza risponde, infatti, con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della “doppia pronuncia” (sentenza di inammissibilità “con monito” seguita, in caso di mancato recepimento di quest’ultimo, da declaratoria di incostituzionalità). Decorso un congruo periodo di tempo, *l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità*»³⁸⁸.

È quella evidenziata in corsivo l’affermazione di principio più importante e veramente innovativa, foriera di notevoli implicazioni sistematiche (che non a caso, come si diceva, sarà sempre ripresa poi dalla Corte in tutte le pronunce di rinvio a nuova udienza). Da questo momento in poi, è ormai chiaro che la discrezionalità legislativa non è più un limite “assoluto” al sindacato della Corte, nella misura in cui al legislatore è riconosciuta adesso la semplice «*priorità*» (e non più quindi l’«*esclusività*») nella compiuta regolazione della materia. La tecnica del rinvio, infatti, di per sé deriva da una inedita applicazione di poteri già in dotazione

limite di quelle che sono state denominate “scelte tragiche” del diritto: *le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene* (nel nostro caso, l’eliminazione della poliomielite) *che comporta il rischio di un male* (nel nostro caso, l’infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L’elemento tragico sta in ciò, che *sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri*» (miei i corsivi). Le “scelte tragiche” riappaiono poi in Corte cost. n. 84/2016, punto n. 11 *Cons. dir.* (che abbiamo già preso in esame *supra*: v. § 5.3) e, da ultimo, in tema di vaccinazioni obbligatorie, in Corte cost. n. 14/2023, punto n. 6 *Cons. dir.* e in Corte cost. n. 161/2023, punto n. 9.2 *Cons. dir.*, in tema di revocabilità del consenso dell’uomo prestato dopo la fecondazione dell’ovulo e prima del suo impianto nelle procedure di procreazione medicalmente assistita. Sulle “scelte tragiche”, si rimanda ancora a G. CALABRESI - P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, cit.; da ultimo, v. pure i contributi di B. BRANCATI, *La selezione dei pazienti per l’ammissione alle terapie intensive. Una scelta tragica durante la pandemia di Covid-19*, in *Consulta Online*, n. 1/2023, 250 ss.; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova “scelta tragica”: l’irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *federalismi.it*, n. 23/2023, 122 ss.

³⁸⁸ Corte cost. 242/2019, punto n. 4 *Cons. dir.*

alla Corte; o almeno così è, quantomeno, secondo la Corte, la quale infatti dichiara di ricorrervi «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso»³⁸⁹. Tecnica, peraltro, non a caso espressamente ispirata al meccanismo della “doppia pronuncia”: insomma, come proveremo a spiegare meglio di seguito, sotto questo aspetto può considerarsi una novità *relativa*. Il superamento definitivo della discrezionalità legislativa quale limite invalicabile, invece, è una novità – questa sì – effettivamente rilevante.

Può essere forse interessante, anche per capire in generale “come nasce una tecnica decisoria”, esaminare il percorso logico che ha portato la Corte a “inventare” questa nuova tecnica, rispetto alla quale la Corte sembra premurarsi di giustificare come questa “non nasca dal nulla”. Come per il passato, questa tecnica risulta dalla combinazione di più tecniche decisorie già acquisite all’armamentario della Corte³⁹⁰. Il percorso logico-giustificativo può essere articolato nelle seguenti fasi:

1. *descrivere* l’inadeguatezza del metodo fino a quel momento seguito (inammissibilità per discrezionalità del legislatore accompagnata da monito, con successiva e autonoma declaratoria di incostituzionalità ma solo in caso di futura ed eventuale riproposizione di un’analoga questione in un successivo giudizio)³⁹¹, metodo che preservava in maniera assoluta la discrezionalità legislativa a scapito della necessità di tutelare i diritti fondamentali incisi nel caso concreto;
2. *evidenziare* la necessità di trovare una nuova tecnica funzionale allo scopo (cioè tutelare i diritti fondamentali evitando che la norma indubbiata trovasse *medio tempore* applicazione), nonostante il tradizionale limite della discrezionalità legislativa;
3. *individuare* lo strumento decisorio ritenuto più opportuno (rinvio a nuova udienza e monito al legislatore ad intervenire, assegnando a questo un termine entro il quale il legislatore dovrà rimuovere i profili di incostituzionalità rilevati, in mancanza dei quali la Corte provvederà autonomamente);
4. *giustificare* l’innovazione e l’auto-attribuzione: non solo di un nuovo *strumento* decisorio ma, di fatto, anche di un nuovo *potere* decisorio, e cioè quello di sindacare le scelte legislative anche in assenza di “rime obbligate”. Sino a quel momento, infatti, la tecnica delle decisioni a “rime adeguate” aveva un unico

³⁸⁹ Corte cost. 207/2018, punto n. 11 *Cons. dir.*

³⁹⁰ Si rimanda, ancora una volta, a C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, cit., 289 ss. e alla «meta-tecnica della “combinazione” fra le tecniche decisorie, già oggetto di analisi nel § 1 di questo Cap.

³⁹¹ *Ibidem*: «In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l’inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all’adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l’effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all’accertamento dell’inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti».

precedente (sent. n. 236/2016) e quest'ultima tecnica decisoria non si era ancora sufficientemente consolidata; la giustificazione della nuova tecnica ("rinvio dell'udienza") si basa così su due elementi idonei a "smorzare" l'effetto innovativo:

- un potere processuale di cui la Corte *già* dispone (ossia quello di «di gestione del processo costituzionale»), anche se la Corte stessa è consapevole che l'operazione rischia di essere carente sul piano della tenuta logica: essa infatti afferma che è necessario «far leva» su quei poteri, e *far leva* implica uno *sforzo*; la Corte, in pratica, afferma sottilmente di effettuare una *forzatura* dei poteri di gestione del processo costituzionale, poiché si tratta di un'ipotesi del tutto diversa di applicazione dell'istituto del *rinvio a nuovo ruolo*;
 - l'utilizzo di riferimenti comparatistici che consentissero una legittimazione "esterna" alla bontà dell'operato della Corte³⁹²;
5. infine, *decidere* sulla base dell'accertamento della perdurante inerzia legislativa (come «prospettato» nell'ord. n. 207/2018) e dei principi contenuti in precedenti giurisprudenziali, che ora valgono come presupposti, in base ai quali:
- la Corte, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – [...] è tenuta comunque a porvi rimedio (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015)»;
 - è necessario «evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale [...] (sentenza n. 99 del 2019)»;
 - la Corte può decidere anche oltre le "rime obbligate", «ricavando dalle

³⁹² In particolare, *ibidem* la Corte afferma che «La soluzione ora adottata si fa carico, in definitiva, di preoccupazioni analoghe a quelle che hanno ispirato la Corte Suprema canadese [...]. Lo spirito della presente decisione è, d'altra parte, simigliante a quello della recente sentenza della Corte Suprema inglese in materia di assistenza al suicidio, in cui la maggioranza dei giudici ritenne "istituzionalmente inappropriato per una corte, in questo momento, dichiarare che [la disposizione allora oggetto di scrutinio] è incompatibile con l'art. 8 [CEDU]", senza dare al Parlamento l'opportunità di considerare il problema». Ricordiamo che P. HÄBERLE [*Stato costituzionale*. (parti I, II e V), in *Enc. Giuridica Treccani* (1988-1994), vol. XXXIV, Roma, 2007, rispettz. 5, 7 e 1] considera la comparazione un «quinto metodo di interpretazione». Anche nella Relazione annuale su *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 11, la Presidente M. Cartabia afferma che «un simile modello processuale – da taluni criticato per eccessiva creatività processuale – non è affatto un caso singolare. Dal diritto comparato emerge una prassi molto diffusa volta a sviluppare tecniche processuali e decisorie idonee a favorire costruttive sinergie tra le Corti costituzionali e legislatori nel comune compito di assicurare il pieno rispetto e il pieno sviluppo dei principi costituzionali», fornendo poi, di seguito nella Relazione, esempi concreti in tal senso. Si noti, però, che in altra occasione, poco più di dieci anni prima, in M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in www.astrid-online.it, 22, la Presidente dichiarò che «l'uso indiscriminato del diritto comparato in materia di diritti fondamentali può appiattire su un presunto universalismo la ricchezza delle diverse tradizioni e delle diverse culture della famiglia umana, che si esprimono anche sul terreno dei diritti fondamentali. La naturale ambivalenza dei diritti – collocati sul crinale tra universalità e particolarità delle diverse espressioni culturali – esige molta prudenza nel determinare gli standards generali e universali dei diritti, che devono rimanere confinati agli elementi basilari imprescindibili per il rispetto della dignità umana, per non incorrere nel rischio di imporre una particolare visione culturale in nome di un distorto universalismo». Ad ogni modo, per un approfondimento sull'utilizzo dell'argomento comparatistico in questo caso specifico e, più in generale, quale «"risorsa di legittimazione" nello Stato costituzionale aperto», v. D. DE LUNGO, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale, a partire dal caso Cappato*, in *federalismi.it*, n. 17/2019, 2 ss.

coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)»³⁹³.

Un cenno ulteriore merita poi la “scelta” di *prendere tempo* mediante la tecnica del rinvio a nuova udienza. Infatti – oltre all’effetto dichiarato di voler «consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa»³⁹⁴ per una modifica legislativa volta a rimuovere i vizi di costituzionalità denunciati e valutare dunque *se e come* il legislatore darà seguito al «monito a termine»³⁹⁵ – la Corte sembra mirare anche a due ulteriori obiettivi:

1. in primo luogo (anzi, forse, soprattutto) prendere tempo può essere utile per *consolidare* nel frattempo, in altre decisioni, *il superamento delle “rime obbligate”* e rendere (*melius*: far apparire) meno drastica e innovativa la soluzione che la Corte prefigurava *già* di adottare in caso di mancato seguito legislativo³⁹⁶;
2. in secondo luogo, probabilmente (ma è l’aspetto meno rilevante), prender tempo sarebbe potuto servire anche per valutare l’impatto di una simile decisione sull’opinione pubblica, della quale in quel periodo la Corte *sembra* avere

³⁹³ I passaggi sopra citati si riferiscono tutti a quanto argomentato in Corte cost. 242/2019, punto n. 4 *Cons. dir.*

³⁹⁴ Corte cost. 207/2018, punto n. 11 *Cons. dir.*

³⁹⁵ Di «moniti a termine» parlano espressamente I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del parlamento*, in *federalismi.it*, n. 17/2021, 175 ss.; L. BARTOLUCCI, *La disciplina del “doppio cognome” dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in *Consulta Online*, n. 3/2022, 954; E. COCCHIARA, *L’evoluzione delle tecniche monitorie della Corte Costituzionale: un bilancio a settant’anni dalla legge 87 del 1953, [versione provvisoria della relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, 26-27 maggio 2023 (Como) - I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale]*, in *www.gruppodipisa.it*, 11; A. CONTI, *L’ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l’altre stelle*, in *Consulta Online*, n. 2/2023, 520.

³⁹⁶ Come si accennava, sino all’ord. n. 207/2018 vi era stato un unico precedente in cui la Corte accennava – ma non ancora affermava chiaramente ed espressamente – alla possibilità di pronunciarsi anche in assenza di un’unica soluzione costituzionalmente imposta. Se con la sent. n. 236/2016 la Corte teorizza la possibilità di appiagliare il proprio intervento manipolativo a «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (riferendosi alla possibilità implicita – ma, n.b.: non ancora espressa! – di superare le “rime obbligate”), è solo con la sent. n. 222/2018 che la Corte afferma, come abbiamo visto, che l’intervento manipolativo non è più vincolato, «come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima». Si noti che la sent. n. 222/2018 è praticamente coeva all’ord. n. 207/2018: anzi, la n. 222 è stata discussa e decisa prima (il 25 settembre) della n. 207 (il 23-24 ottobre) ma, com’è noto, la numerazione è determinata dalla data del deposito (16 novembre per la n. 207; 5 dicembre per la n. 222). I dati cronologici mi sembrano rilevanti per due motivi: sia perché deve essere stato proprio in quelle settimane che la Corte ha deciso di intraprendere la svolta “storica” del definitivo superamento delle rime “obbligate”, sia perché è molto probabile (ma è una mera congettura) che le motivazioni della n. 207 siano state condizionate dalla n. 222 (discussa prima, ma depositata dopo): è come se la Corte avesse già chiaro, con la n. 207, di dover giustificare la futura sent. di accoglimento (n. 242/2019) sulla base di un numero tale di precedenti (che in quel momento non c’erano ancora ma che sarebbero presto venuti) che le consentissero ormai di ritenere consolidato il superamento delle “rime obbligate”, così da rendere più solide le basi processuali su cui far poggiare l’accoglimento prospettato per il 2019. E così è avvenuto: nella sent. n. 242/2019 i precedenti relativi al superamento delle “rime obbligate”, espressamente menzionati al punto n. 4 *Cons. dir.*, sono ben cinque: sentt. nn. 236/2016, 222-233/2018, 40-99/2019. Insomma, una giurisprudenza che si “consolida” ... in un paio di mesi (la sent. n. 40/2019 è stata decisa il 23 gennaio e depositata l’8 marzo).

particolare considerazione³⁹⁷.

In generale, quindi, provando a ricapitolare gli elementi essenziali di tale tecnica decisoria, peraltro variamente denominata dalla dottrina nel corso del tempo³⁹⁸, possiamo considerarla come un'evoluzione delle "classiche" pronunce in due fasi tradizionalmente utilizzate dalla Corte in tutti quei casi in cui non è possibile accogliere "subito" una q.l.c. che pure presenta profili più o meno evidenti di incostituzionalità.

Nelle decisioni di incostituzionalità prospettata con rinvio a nuova udienza, la Corte si pronuncia in (almeno) due distinte fasi, con (almeno) due distinti provvedimenti: ciascuna di queste fasi sarà conclusa con un «provvedimento separato, numerato e motivato»³⁹⁹.

Nel primo di questi provvedimenti, che assumono la forma dell'ordinanza, di natura interlocutoria, la Corte (non nella forma ma) "in sostanza" esamina già il caso *nel merito* (tant'è che, nonostante la forma di "ordinanza", questa presenta un'articolazione in "Ritenuto in fatto" e "Considerato in diritto" tipica delle sentenze). Qui la Corte accerta che la q.l.c. è rilevante e non manifestamente infondata, respingendo le eccezioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa e spingendosi sino ad accertare sostanzialmente l'incostituzionalità della norma indubbiata, senza però dichiararla subito e concedendo, a tale scopo, un termine al legislatore per modificarla secondo precise direttive indicate dalla Corte medesima. Si tratta, a rigore, di una «incostituzionalità prospettata»⁴⁰⁰: la Corte, infatti, *prospetta* un futuro accoglimento in caso di mancato seguito delle indicazioni.

³⁹⁷ Come si è già rilevato *retro* (Cap. I, § 5.4), la Corte tiene e *deve* tener conto "non" tanto dell'*opinione pubblica* in sé, facilmente manipolabile e mutevole, quanto piuttosto della *coscienza sociale* quale elemento fattuale idoneo a integrare il parametro di costituzionalità di volta in volta considerato (n.b.: fermo restando che la Corte deve tenere conto della coscienza sociale, ma non ciecamente seguirla o conformarsi ad essa, poiché non si esclude che la coscienza sociale possa regredire e quindi essere meno evoluta rispetto alla Costituzione). Tuttavia, tenendo conto anche del nuovo protagonismo mediatico della Corte (con i suoi viaggi nelle scuole e nelle carceri, i suoi podcast, i comunicati stampa ecc.), v'è chi ha notato come la Corte sembri essere mossa «*politicamente*, dalla *ricerca di un consenso* intorno alle decisioni prese, dall'esigenza di costruire un'adesione da parte dell'opinione pubblica sui suoi contenuti» (cit. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 258). Del resto, nella consueta Relazione annuale su *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 12, la Presidente M. Cartabia afferma che «La nuova tecnica processuale scaturiva dalla necessità di contemperare una duplice esigenza: da un lato, rimuovere un vizio di incostituzionalità dalla disposizione dell'art. 580 cod. pen. e, dall'altro, e questo è il punto che mi preme sottolineare, lasciare in prima battuta al legislatore lo spazio per intervenire in *una materia altamente sensibile, oggetto di profondi dibattiti nell'opinione pubblica*, che esige che le dinamiche politiche e culturali trovino modo di ricomporsi anzitutto nelle sedi politiche» (mio il corsivo).

³⁹⁸ Cfr. C. PANZERA, *L'ordinanza «una e trina»*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7 giugno 2019, 1 (nt. 1), che opportunamente fornisce un primo elenco delle denominazioni ideate già a ridosso dell'ordinanza in questione: «decisione di "incostituzionalità differita" (M. Bignami), di "incostituzionalità prospettata" (G. Lattanzi), di "opportunità costituzionale" (A. Ruggeri), di "incostituzionalità sospesa e condizionata" (R. Romboli), "sospensiva dell'annullamento" (G. Sorrenti), "sospensiva di incostituzionalità accertata ma non ancora dichiarata" (C. Masciotta), "anticipatrice di incostituzionalità" (G. Repetto), di "incostituzionalità-ombra" (C. Salazar), di "incostituzionalità (parziale e sopravvenuta) accertata ma non dichiarata" (R. Pinardi), "ordinanza-delega" (C. Tripodina)». Lo stesso argomento è ripreso in ID., *Esercizio sussidiario di poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, n. 3/2020, 127 ss., ora in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, IV, Napoli 2021, 3043 ss.

³⁹⁹ E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 145. Sappiamo oggi che, in realtà, le fasi (e i provvedimenti conclusivi delle stesse) possono essere anche più di due: è quanto avvenuto in tema di ergastolo ostativo con le ordd. nn. 97/2021, 122/2022 e 227/2022, che approfondiremo *infra*.

⁴⁰⁰ Così la definisce, infatti, anche il Presidente Lattanzi nella *Relazione sulla giurisprudenza del 2019*, cit., 12.

Nonostante inizialmente in dottrina taluno avesse messo in dubbio che quella in esame potesse essere realmente una «tecnica decisoria» (come invece affermò sin da subito la Corte medesima)⁴⁰¹, considerandola più come una mera ed episodica «condotta» processuale e non già «regola»⁴⁰², oggi si può affermare, invece, che l'ordinanza di prospettazione dell'incostituzionalità con rinvio a nuova udienza non è stata un caso isolato. All'ord. n. 207/2018 (in tema di aiuto al suicidio) sono seguite infatti l'ord. n. 132/2020 (in tema di reati di stampa) e l'ord. n. 97/2021 (in tema di ergastolo ostativo), che a breve esamineremo.

Posto che la tecnica decisoria in parola si articola in (almeno) due atti distinti, uno di rinvio e l'altro di «trattazione» e decisione finale del giudizio di costituzionalità⁴⁰³, fra loro in rapporto di «consecuzione logica»⁴⁰⁴, l'analisi qui si concentrerà principalmente sull'ordinanza di rinvio, la quale costituisce la «vera» novità. Infatti, l'atto successivo alla prima ordinanza normalmente sarà:

1. o una decisione di accoglimento manipolativo (sent. n. 242/2019) o anche semplice (sent. n. 150/2021)⁴⁰⁵; o
2. un eventuale nuovo rinvio dell'udienza, con la concessione di ulteriore tempo al legislatore per intervenire nel caso in cui, ad es., il procedimento legislativo è già ben avviato e se ne prevede una conclusione in tempi ragionevolmente brevi (ord. n. 122/2022); o
3. nell'auspicato caso in cui il legislatore abbia dato seguito al monito, una restituzione degli atti al giudice *a quo* per *jus superveniens* (ord. n. 227/2022).

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² E. GROSSO, *Il «rinvio a data fissa» nell'ordinanza 207/18. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 531 ss.

⁴⁰³ Anche se, come già accennato, in sede di emanazione dell'ordinanza di rinvio emerge come il caso sia, di fatto, già stato trattato, rilevando puntualmente i profili di incostituzionalità in quel momento già presenti nella norma indubbiata e che varranno definitivamente a farla dichiarare incostituzionale se non modificati nel senso indicato dalla Corte. Si tratterebbe forse, allora, più correttamente, di una *nuova* trattazione dell'udienza. A riprova di ciò, si consideri peraltro che quando la Corte rinvia a nuovo ruolo [ad es. perché vuole attendere l'esito di una pronuncia di Corti sovranazionali in grado di incidere sulla risoluzione del caso, come nell'ord. n. 165/2004; dispone il rinvio su richiesta di una parte del giudizio principale che ha rinunciato al ricorso, per «per verificare se la rinuncia verrà accettata da controparte», come nell'ord. n. 284/2014; oppure per consentire alle parti di «depositare eventuali memorie illustrative e di discutere il merito del ricorso in una nuova udienza pubblica» come nelle ordd. nn. 242-243/2020], formalmente non «tratta» la questione *stricto sensu* nel merito. Anzi, disponendo il rinvio a nuovo ruolo, la Corte quasi sempre conclude la parte motiva dell'ordinanza con una clausola con cui afferma che «resta impregiudicata ogni altra questione».

⁴⁰⁴ Corte cost. 242/2019, punto n. 2 *Cons. dir.*: «Con l'ordinanza n. 207 del 2018, questa Corte ha già formulato una serie di rilievi e tratto una serie di conclusioni in ordine al thema decidendum. Gli uni e le altre sono, in questa sede, confermati. A essi si salda, in *consecuzione logica*, l'odierna decisione» (mio il corsivo). Analoga formula può leggersi in Corte cost. 150/2021, punto n. 2 *Cons. dir.* rispetto all'ord. n. 132/2020.

⁴⁰⁵ Se non fosse stato per questo particolare caso, sarebbe stato difficile ipotizzare che la Corte potesse, nelle ipotesi di rinvio a nuova udienza, pronunciarsi con un accoglimento «secco». Infatti, a ben vedere, la tecnica del rinvio a nuova udienza nasce come ulteriore ipotesi (rispetto a quelle già esistenti) alternativa al semplice accoglimento, ponendosi in quella categoria di decisioni in cui la Corte si premura che, con il proprio intervento, non si producano incostituzionalità maggiori: è proprio il vuoto di tutela che si creerebbe con un accoglimento secco che, in altri termini, porterebbe (e ha sempre portato) a una decisione di accoglimento manipolativo. L'esperienza, in ogni caso, ha dimostrato che non è necessariamente così. Inoltre, sarebbe poi – almeno in teoria – da escludersi, per gli stessi motivi, anche un accoglimento interpretativo, nella misura in cui il tenore letterale della norma è univoco e non consente plurime interpretazioni: se fosse possibile una decisione interpretativa, la Corte – probabilmente – la adotterebbe subito.

Si tratta, quindi, di decisioni di cui si conoscono ormai le caratteristiche e gli effetti tipici e che, in questo senso, non rappresentano di per sé una significativa novità, se non per la circostanza di costituire, appunto, la parte terminale della tecnica in parola.

Sembrano difficilmente ipotizzabili ulteriori e diversi esiti, nella “seconda” pronuncia, quali decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa o di infondatezza, a prescindere dal seguito legislativo dell’ordinanza di rinvio. Infatti, un’eventuale decisione di *inammissibilità* per discrezionalità legislativa dovrebbe essere dichiarata sin dall’inizio, con la prima ordinanza (nella quale, peraltro, la Corte si troverà a giudicare fondate o meno le probabili eccezioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore formulate dall’Avvocatura dello Stato: non avrebbe senso giudicare la stessa questione prima ammissibile e dopo inammissibile). In secondo luogo, sembra pure difficilmente ipotizzabile una decisione di *infondatezza*: in caso di mancato seguito legislativo, il rigetto nel merito della questione si sarebbe potuto/dovuto dichiarare sin dall’inizio (e sarebbe del resto illogico – in assenza di modifiche legislative – giudicare la *stessa* questione in un “primo tempo” fondata, prospettando l’incostituzionalità della norma indubbiata, per poi invece dichiarare nel “secondo tempo” la q.l.c. infondata, mentre logicamente potrebbe forse essere più facile il contrario).

In caso di avvenuto “seguito legislativo”⁴⁰⁶, invece, troverebbe applicazione la ormai costante giurisprudenza in tema di *jus superveniens*: nel caso di modifiche sostanziali (e quelle suggerite dalla Corte necessariamente lo sono, altrimenti non sarebbe messo in discussione il rispetto della discrezionalità legislativa), la Corte restituirà gli atti al giudice *a quo* affinché questi possa nuovamente valutare se, alla luce delle intervenute modifiche legislative, la norma possa essere applicata oppure se questa presenti ancora un dubbio ritenuto rilevante e non manifestamente infondato⁴⁰⁷. In caso di modifiche irrilevanti (in quanto non hanno riguardato i profili di incostituzionalità già evidenziati dalla Corte, o li hanno riguardati solo marginalmente, o li hanno riguardati ma in modo del tutto insufficiente a rimuovere l’incostituzionalità), la Corte trasferirà automaticamente il sindacato sulla norma per come modificata e, probabilmente, la dichiarerà incostituzionale⁴⁰⁸.

Circa gli effetti giuridici dell’ordinanza di rinvio (la “vera” nuova tecnica decisoria), la Corte – con il medesimo atto – consegue tre effetti⁴⁰⁹, derivanti dalla combinazione di tre distinte tecniche decisorie⁴¹⁰: un *rigetto*, in relazione alla portata “generale” della norma indubbiata (ritenuta quindi non illegittima e non caducabile interamente); un *accoglimento*, in relazione a casi particolari e relativamente gravi ed eccezionali (che emergono per lo più dal caso concreto e che, se non esclusi dal perimetro di applicazione della norma indubbiata, renderebbero questa incostituzionale); un *rinvio* dell’udienza a data fissa, del tutto peculiare

⁴⁰⁶ Per maggiori approfondimenti, anche bibliografici, in tema di seguito legislativo, si rimanda al Cap. III, §§ 4-5.

⁴⁰⁷ In quanto è solo il giudice del caso concreto che può valutare se la norma originariamente indubbiata presenti ancora profili di incostituzionalità, l’accertamento dei quali sia in grado di influire concretamente sul giudizio principale.

⁴⁰⁸ Cfr. E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 130; A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 267 s.

⁴⁰⁹ C. PANZERA, *L’ordinanza «una e trina»*, 4, la definisce, pertanto, un’ordinanza «una e trina».

⁴¹⁰ *Ivi*, 5.

rispetto alle tradizionali ipotesi di rinvio a nuovo ruolo⁴¹¹.

Questi tre effetti hanno conseguenze del tutto particolari per i giudici, per il legislatore e per la Corte medesima.

I giudici (gli “altri”, oltre al giudice *a quo*, s’intende, per il quale il processo è già sospeso) sono espressamente invitati dalla Corte a valutare se sospendere i rispettivi giudizi e sollevare q.l.c. nel caso in cui dovessero trovarsi ad applicare la norma oggetto attuale di sindacato di costituzionalità⁴¹².

Il legislatore è non più solo “invitato” o “ammonito” a intervenire: sembra piuttosto esservi “obbligato”, in una sorta di «giudizio costituzionale di ottemperanza»⁴¹³. A dire il vero, un obbligo giuridico di legiferare, in quanto tale, non c’è e non potrebbe esserci. Il legislatore può non intervenire, rimanendo inerte, ma sa che da quel mancato intervento deriverà quasi certamente l’incostituzionalità della norma indubbiata (almeno nei sensi esplicitati nell’ordinanza di rinvio). Forse è questo il senso della “leale” collaborazione con il legislatore che la Corte annuncia di (voler) realizzare: la collaborazione è “leale” nella misura in cui la Corte anticipa chiaramente la propria futura azione in caso di perdurante inerzia del legislatore, che non potrebbe lamentare né decisioni “inaspettate” (in quanto tradizionalmente riservate alla discrezionalità legislativa in assenza di un’unica soluzione costituzionalmente imposta) né “invasioni di campo” (in quanto, s’è già detto, il legislatore ha un potere «primario» – ma non più *esclusivo* – di disciplinare la materia in attuazione alla Costituzione)⁴¹⁴.

⁴¹¹ *Ivi*, 3: «il provvedimento di rinvio del giudizio, che si distanzia dal consueto esercizio di un tale potere sotto due aspetti fondamentali. Anzitutto, si tratta di un rinvio della causa *a udienza fissa* e non semplicemente a nuovo ruolo (la cui gestione passa dal Presidente al collegio). Secondariamente, tale scelta non si giustifica, come in passato, per ragioni processuali (mutamento nella composizione del collegio, remissione dalla camera di consiglio all’udienza pubblica, *ius superveniens* nei giudizi contenziosi, pendenza di identica questione pregiudiziale presso la Corte di giustizia, ecc.), ma poggia sulla duplice esigenza sostanziale di *sospendere medio tempore l’applicazione della legge* nei processi in corso e *riassumere in automatico il giudizio* una volta decorso il termine stabilito».

⁴¹² Corte cost. 207/2018, punto n. 11 *Cons. dir.*: «la Corte ritiene [...] di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova [...] udienza [...]. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l’applicazione della disposizione stessa in parte qua». In ogni caso, giova sottolineare che «nessun giudice è soggettivamente “obbligato” a sollevare una questione di legittimità costituzionale solo perché è già pendente questione analoga»: così, E. GROSSO, *op. cit.*, 555.

⁴¹³ A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”*: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?, in *Consulta Online*, n. 2/2021, 348 ss. Di “ottemperanza” aveva già parlato, in senso lato, E. CHELI, *Postfazione*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L’emergenza infinita: la decretazione d’urgenza in Italia*, Macerata 2006, 296: «la sentenza costituzionale, oltre che “giusta”, deve anche risultare “efficace” e puntare ad ottenere, pur in assenza di specifici strumenti di coazione, il livello più elevato di ottemperanza compatibile con gli equilibri dell’ordinamento e nel cui ambito è chiamata ad operare».

⁴¹⁴ Un riferimento alla mera “priorità” (non esclusività) riconosciuta al legislatore è presente in tutte le decisioni di rinvio a udienza fissa. In tema di suicidio assistito, v. Corte cost. 207/2018, punto n. 11 *Cons. dir.*: «laddove [...] la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l’incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che *anzitutto* il legislatore è abilitato a compiere...»; Corte cost. 242/2019, punto n. 4 *Cons. dir.*: «l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la *priorità*». In tema di reati di stampa, v. Corte cost. 132/2020, punto n. 8 *Cons. dir.*: «Un simile, delicato bilanciamento spetta *in primo luogo* al legislatore...». In tema di ergastolo ostativo, Corte cost. 97/2021, punto n. 11 *Cons. dir.*: «Spetta *in primo luogo* al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente

L'ordinanza di rinvio (auto-)vincola in parte anche la Corte medesima: con ogni probabilità, infatti, in mancanza di un seguito legislativo all'ordinanza di incostituzionalità prospettata, la decisione finale non potrà che essere di accoglimento, sebbene la Corte rimanga *formalmente* «padrona della causa e del suo esito»⁴¹⁵, restando il suo giudizio «del tutto impregiudicato»⁴¹⁶. Tuttavia, è ben difficile che la Corte “ritorni sui propri passi”, in quanto «resterebbe esposta al rischio concreto di una seria perdita di credibilità, per contrastare la quale dovrebbe chiarire in modo davvero esauriente come mai, dopo avere messo a fuoco il *vulnus* [...] e dopo avere modellato un inedito tipo di decisione, opti per un'ordinaria pronuncia di incostituzionalità “accertata ma non dichiarata”, pur ritenuta *apertis verbis* non adeguata ad offrire risposte soddisfacenti alle esigenze del caso»⁴¹⁷, ad esempio con una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore.

Vediamo più da vicino ora i tre casi di applicazione della tecnica decisoria qui analizzata sinora verificatisi, i quali presentano peculiarità tali da far sembrare ogni volta “arbitraria” l'applicazione di questa tecnica. È vero che ogni nuova tecnica decisoria abbisogna di un fisiologico periodo di assestamento per poterne definire compiutamente le caratteristiche e i presupposti applicativi: è la stessa Corte che inquadra questa tecnica come una «sperimentazione»⁴¹⁸. Tuttavia, un così diversificato, episodico e atipico utilizzo di questa tecnica, per come sinora manifestatosi, se mantenuto per il futuro potrebbe aumentare il rischio far percepire la Corte apparentemente troppo “disinvolta” e “attivista” in relazione al rispetto delle regole processuali, a danno non solo della prevedibilità delle sue decisioni e della certezza del diritto, ma anche della sua stessa legittimazione nel sistema.

I presupposti in base ai quali la Corte decide di adoperare la tecnica del rinvio a nuova udienza sembrano infatti ancora poco chiari. Non solo alla luce dei casi in cui tale tecnica ha trovato applicazione, ma anche, se non soprattutto, alla luce dei casi in cui tale tecnica *non* ha trovato (e invece avrebbe potuto) trovare applicazione.

Proveremo dunque adesso a ricapitolare brevemente i tratti essenziali dei casi di rinvio a nuova udienza. Prenderemo però in esame non i profili sostanziali (già oggetto di numerosi commenti e che qui ci interessano meno), ma solo alcuni profili processuali che valgono a rendere ogni caso “diverso” – anche dal punto di vista processuale – rispetto agli altri.

Il primo caso, com'è noto, è relativo alla materia del suicidio assistito ed è stato deciso dalla coppia di decisioni nn. 207/2018 e 242/2019. La peculiarità di questo caso (che vedremo

esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte».

⁴¹⁵ M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, 16.

⁴¹⁶ E. GROSSO, *op. cit.*, 559.

⁴¹⁷ In questo senso, anche C. SALAZAR, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte»*. *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 586.

⁴¹⁸ Più precisamente, la Presidente M. Cartabia, nella Relazione annuale *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 10, ha affermato che la Corte, con il “caso Cappato”, «ha sperimentato una nuova via processuale...», ricordando che «l'innovativa tecnica processuale sperimentata dalla Corte in questa occasione era esplicitamente ispirata ad alcune esperienze tratte dal diritto comparato» (miei i corsivi).

a breve emergere rispetto a quelli successivi), oltre alla novità in sé della tecnica decisoria, è relativa:

1. al tipo di dispositivo adottato: si tratta di un'*additiva di regola* particolarmente creativa⁴¹⁹, ritagliata sulle specificità del caso concreto⁴²⁰;
2. al tempo assegnato: 11 mesi;
3. all'assenza di precedenti moniti rimasti inascoltati⁴²¹;
4. all'atteggiamento assunto rispetto alla discrezionalità del legislatore (il quale aveva consapevolmente non incluso il suicidio assistito dal novero delle situazioni giuridicamente "consentite" disciplinate dalla l. n. 219 del 2017)⁴²².

⁴¹⁹ La Corte, nella Relazione sulla *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2019*, 93, lo definisce un «dispositivo manipolativo di tipo additivo, che aggiunge cioè significati normativi alla disposizione impugnata, dichiarandola incostituzionale "nella parte in cui non esclude" la punibilità di talune condotte».

⁴²⁰ La Corte dichiara infatti, nel dispositivo, «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

⁴²¹ È bene notare che moniti precedenti non potevano essercene, per due motivi. In primo luogo, l'ord. 207/2018 (e poi la sent. n. 242/2019) fondano la propria decisione sul raffronto operato con la l. n. 219/2017, rispetto alla quale l'omissione legislativa risulta incostituzionale: nell'ord. n. 207/2018, al punto n. 8 *Cons. dir.*, si legge che «la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò, segnatamente in forza della recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento): legge che si autodichiara finalizzata alla tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona». In secondo luogo, non potevano esserci moniti precedenti perché tale tecnica si sostituisce proprio alle tradizioni decisioni di inammissibilità monitorie: in altri termini, è proprio l'ord. n. 207/2018 che si sarebbe dovuta concludere con un monito al legislatore contenuto in una decisione di inammissibilità: è la stessa Corte a chiarirlo al punto n. 11 *Cons. dir.*, che «In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore [...]. Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione [...]. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti».

⁴²² Al riguardo, v. E. GROSSO, *op. cit.*, 547: «Nell'ambito dell'accesso, lungo e complesso dibattito parlamentare (durato, nelle sue diverse fasi, svariati anni), all'esito del quale è stata approvata la legge n. 219/2017, la tematica dell'aiuto al suicidio (nonché quella relativa ad altre pratiche più o meno assimilabili a forme di eutanasia) era stata oggetto non soltanto di generica discussione, ma di specifici emendamenti, che alla disciplina dei possibili confini di tali forme di accompagnamento alla morte per i malati terminali erano espressamente dedicati. E dalla discussione parlamentare svoltasi in quell'occasione, nonché dalla decisione (del relatore) di dare parere contrario all'ammissibilità (o all'approvazione) di una serie di emendamenti diretti ad introdurre forme più o meno larvate di eutanasia, si deduce che la maggioranza parlamentare trasversale formatasi a sostegno della legge introduttiva delle DAT aveva manifestato uno *specifico indirizzo politico*, che ancor più esplicitamente *escludeva* la volontà di disciplinare – nello stesso ambito – pratiche riconducibili a quelle oggi richiamate dall'art. 580 c.p.». In senso analogo, C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2019, 229: «la Corte costituzionale trova un "preciso punto di riferimento" negli artt. 1 e 2 della legge 219 del 2017; ossia proprio in quella legge, i cui lavori preparatori narrano di una precisa volontà del legislatore concreto di *non* aprire all'aiuto al suicidio e all'aiuto a morire»; l'A., *ivi*, alla nota n. 62, precisa che «Nei lavori preparatori della legge n. 219 del 2017, l'introduzione dell'aiuto al suicidio, accanto al lasciare morire, era stata oggetto di specifici emendamenti, poi

Il secondo caso, invece, relativo alla materia dei reati di stampa, è stato deciso con la coppia di decisioni nn. 132/2020 e 150/2021. Anche qui, il caso si segnala (e si differenzia) per:

1. il tipo di dispositivo adottato: nella fattispecie è sia misto che multiplo, articolato in ben 5 capi: un *accoglimento* secco di un'intera disposizione legislativa; una *illegittimità consequenziale*; un'*interpretativa di rigetto*, un'*infondatezza*; una *manifesta infondatezza*: l'assenza di un dispositivo manipolativo fa dubitare sulla reale necessità dell'utilizzo della tecnica del rinvio a nuova udienza⁴²³;
2. il tempo assegnato al legislatore per intervenire: poco più di 12 mesi (incredibilmente superiore, anche se di poco, a quello concesso l'anno precedente per porre mano a una materia ben più delicata e complessa quale quella del suicidio assistito);
3. l'atteggiamento nei confronti del legislatore: in questo caso il rinvio sembra motivato dal fatto «che vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere»⁴²⁴; nel caso del suicidio assistito, invece, non solo non erano in esame iniziative legislative sul tema ma una legge era *già* stata approvata ed aveva escluso il diritto poi “riconosciuto” dalla Corte.

Il terzo e ultimo caso, relativo alla disciplina del c.d. ergastolo ostativo, è stato deciso non più con la “classica” *coppia* ordinanza/sentenza, ma con un “*trittico*” di ordinanze: la prima (n. 97/2021) dispone un rinvio sostanzialmente analogo a quello disposto nei due casi precedenti (ordd. nn. 207/2018 e 132/2020); la seconda (n. 122/2022) concede ulteriore tempo al legislatore⁴²⁵ (ed ha fundamentalmente la stessa natura interlocutoria della prima); la terza

rigettati. Si vedano i pareri negativi espressi dalla relatrice di maggioranza Donata Lenzi nella seduta dell'Assemblea della Camera dei Deputati di martedì 4 aprile 2017 (su www.camera.it)».

⁴²³ A ben vedere, infatti, questi effetti si potevano conseguire già nel 2020, in luogo dell'ordinanza di rinvio, dato il tenore non poi così “creativo” delle decisioni adottate.

⁴²⁴ Corte cost. 132/2020, punto n. 8 *Cons. dir.*

⁴²⁵ Dovuto al fatto che il seguito legislativo auspicato dalla Corte si era concluso solo presso la Camera dei deputati ed era in corso di esame presso il Senato della Repubblica: il nuovo rinvio è espressamente motivato dalla Corte, nell'ord. 122/2022 «considerato che la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge [...] ed è attualmente all'esame della II Commissione permanente (Giustizia), dove il relatore ne ha illustrato i contenuti, consentendo l'avvio della discussione generale; che, come risulta dal resoconto stenografico della seduta del 4 maggio 2022, il Presidente della suddetta Commissione ha auspicato un nuovo rinvio dell'odierna udienza “per consentire la prosecuzione e la conclusione dei lavori di Commissione”; [...] che, inoltre, proprio in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, appare necessario un ulteriore rinvio dell'udienza, per consentire al Parlamento di completare i propri lavori». La complessa e intricata vicenda, che coinvolge complessivamente moltissimi soggetti (oltre la Corte e il Parlamento, anche la Corte di Cassazione quale giudice a quo e il Tribunale di sorveglianza al quale la Cassazione si è dovuta rivolgere per la «necessità della mediazione valutativa dei giudici di merito», è ricostruita da A. CONTI, *op. cit.*, 517 ss. Sulle criticità e sulla “sorpresa” che ha rappresentato il secondo (e fino a quel momento inedito) rinvio, v. U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre? Sull'“incostituzionalità prospettata”: criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consulta Online*, n. 2/2022, 819, ss.; A. LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo “ostativo”*, in *Consulta Online*, n. 3/2022, 1055 ss.; A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2022, 761 ss.; G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere - forse solo temporaneamente - un'unica questione*, in *Osservatorio Rivista AIC*, n. 2/2023, 1 ss.

(n. 227/2022) decide infine la questione restituendo gli atti al giudice *a quo* per l'intervenuto seguito legislativo originariamente auspicato. Oltre al numero di decisioni necessarie a risolvere il caso, questo si diversifica dai precedenti per:

1. il tipo di dispositivo adottato (nella decisione finale): è una *restituzione degli atti al giudice a quo*, consequenziale però, come si diceva, all'intervento legislativo auspicato, e dunque coerente con la "leale collaborazione" promessa;
2. il tempo concesso: prima poco più di 11 mesi e poi (con l'ord. n. 122/2021) altri 6 mesi⁴²⁶;
3. l'atteggiamento con il "legislatore", rispetto al quale la Corte sembra mostrarsi più comprensiva⁴²⁷.

In relazione a quest'ultimo caso, poi, non si può non rilevare l'anomalia del seguito legislativo avvenuto con... decreto-legge. L'anomalia si articola nei seguenti aspetti:

- a) la Corte si rivolge espressamente – e ambiguamente – tanto al "Parlamento" quanto al "legislatore" (quest'ultimo, in senso lato ed in situazioni straordinarie, non coincide con il primo)⁴²⁸;
- b) la Corte si pronuncia con la restituzione degli atti al giudice *a quo* quando ancora il DL non è stato convertito: cosa sarebbe accaduto se il Parlamento non avesse voluto (o potuto) convertire il dl (o convertirlo con modifiche tali da non soddisfare il monito della Corte)? Il giudice *a quo* si sarebbe trovato al punto di partenza, con la norma indubbiata rimasta immutata, per di più nella scomoda situazione di non poter probabilmente riproporre la stessa q.l.c. nello stesso grado di giudizio, che nella specie era anche l'ultimo;
- c) la Corte, preoccupata dalla leale collaborazione istituzionale, sembra avallare un comportamento che, a ben vedere, è di dubbia correttezza costituzionale (quantomeno nei rapporti fra Parlamento e Governo): non è forse questo un caso di abuso della decretazione d'urgenza, motivato in questo caso proprio dall'inefficienza del Parlamento?⁴²⁹
- d) nel merito, il DL sembra peggiorare la situazione degli ergastolani ostativi: si rimuove il meccanismo ritenuto incostituzionale per deficit di flessibilità, ma si

⁴²⁶ L'approvazione in almeno uno dei due rami del Parlamento sembra essere dunque sufficiente a giustificare un ulteriore rinvio, a differenza di quanto deciso con l'ord. n. 132/2020 in cui la Corte registrava il semplice avvio dell'esame di un ddl.

⁴²⁷ Non poteva infatti parlarsi di vera e propria "inerzia" del legislatore, visto che il procedimento legislativo era stato interrotto dallo scioglimento anticipato delle Camere e dalla fine anticipata della legislatura, in conseguenza della quale l'*iter legis* sarebbe dovuto ripartire daccapo.

⁴²⁸ Corte cost. 92/2021, punto n. 11 *Cons. dir.*: «Per tutti questi motivi, esigenze di collaborazione istituzionale impongono a questa Corte di disporre [...] il rinvio del giudizio in corso [...] dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia. [...] Spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio...» (miei i corsivi). L'ord. n. 132/2020 si rivolge invece solo ad un generico "legislatore": in tutta l'ordinanza non è mai espressamente menzionato "il Parlamento". Nell'ord. n. 207/2018, invece, appaiono anche qui in maniera fungibile i due termini: «... laddove [...] la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa»; si noti tuttavia che la «leale collaborazione» non può che essere tra la Corte e, appunto, il Parlamento.

⁴²⁹ Cfr. G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 14 ss.

rende in concreto agli ergastolani molto difficile accedere ai benefici: siamo sicuri si tratti di una misura ragionevole?

Insomma, com'è già facile vedere, i presupposti applicativi della tecnica decisoria ora in esame e i criteri che portano la Corte ad adottarla non sembrano né chiari né omogenei nel tempo. Ciò appare più evidente, come si accennava, se si considerano i casi in cui la Corte non ha applicato la tecnica in parola: su tutti, quelli decisi con le ordd. nn. 32-33/2021, entrambe di inammissibilità per discrezionalità del legislatore.

Si noti che il 2021 è stato un anno in cui la Corte ha fatto applicazione di tutti gli strumenti a sua disposizione per pronunciarsi su materie o questioni tradizionalmente riservate, in maniera più o meno ampia, alla discrezionalità legislativa:

1. a volte la Corte rileva potenziali profili di incostituzionalità non ancora tali, però, da comportare l'incostituzionalità della normativa scrutinata: la Corte ha pertanto dichiarato l'infondatezza delle questioni, formulando però contestualmente un monito al legislatore ad intervenire (sentt. nn. 49-152-173-194-231/2021);
2. altre volte invece accoglie le questioni anche oltre le "rime obbligate", pronunciando cioè sentenze additive scegliendo una fra le soluzioni costituzionalmente possibili idonee a colmare il vuoto che si sarebbe creato con una incostituzionalità semplice, introducendo una disciplina "provvisoria" che regolerà la materia fintanto che il legislatore non interverrà (se vorrà) per riconsiderare organicamente la materia, rivolgendogli a tal fine un monito espresso (sentt. n. 53-116/2021);
3. altre volte, invece, la Corte interviene creando essa stessa un vuoto normativo (evidentemente ritenuto non incostituzionale)⁴³⁰, indirizzando un monito al legislatore sulle possibili modalità con cui colmarlo (sent. n. 84-185/2021);
4. altre volte utilizza la tecnica del rinvio a nuova udienza (è il caso della già analizzata ord. n. 97/2021);
5. altre volte ancora, infine – e misteriosamente – dichiara l'inammissibilità per discrezionalità del legislatore (sentt. nn. 32-33/2021).

È difficile provare a spiegare perché la Corte non abbia adottato, anche in questi ultimi due casi, la tecnica del rinvio a nuova udienza, posto che nel passato recente era stata utilizzata già due volte e considerato soprattutto che di lì a qualche mese la Corte l'avrebbe utilizzata ancora con l'ord. n. 97. Rispetto a quest'ultima, il Presidente della Corte chiarì che «in mancanza di punti di riferimento normativi ed in presenza di interventi complessi e articolati, la Corte si è sentita obbligata a privilegiare il naturale intervento del legislatore, ricorrendo alla tecnica processuale dell'incostituzionalità "prospettata"»⁴³¹. Se la tecnica del rinvio a nuova udienza è funzionale proprio all'adozione di soluzioni tanto più creative quanto più prive di "precisi punti di riferimento già rinvenibili nel sistema", cosa ha ostacolato l'adozione di questa

⁴³⁰ Si trattava, in questi casi, di sanzioni dichiarate illegittime: come sappiamo, la sanzione penale (e amministrativa) non è, in quanto tale, costituzionalmente necessaria.

⁴³¹ *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, 13.

tecnica anche nelle sentt. 32-33/2021?⁴³² Anche chi si è mostrato più entusiasta e favorevole all'utilizzo della tecnica del rinvio a nuova udienza è rimasto perplesso e fortemente critico dinanzi a queste due decisioni⁴³³.

Le sentenze, sul punto, sembrano piuttosto vaghe: nella n. 32 la Corte afferma di non aver potuto rimediare al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore e che un intervento puntuale «rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato»⁴³⁴; *quali* disarmonie e *quanto* gravi, però, non è dato sapere e la Corte avrebbe forse potuto essere più esaustiva su questo punto della motivazione. Analogamente, nella sent. n. 33 si legge che la Corte, «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica [...], non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»⁴³⁵: il caso presenta una “complessità sistematica” certamente non inferiore a quanto deciso in tema di suicidio assistito nel “caso Cappato”. Ulteriori delucidazioni non sono fornite neppure nella relazione annuale⁴³⁶.

Le uniche indicazioni che possiamo trarre sono forse nel tono ultimativo utilizzato dalla

⁴³² Nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, 12, si legge solo apoditticamente che «il vuoto oggi esistente non può essere colmato da un intervento puntuale della Corte, che rischierebbe di generare disarmonie nel sistema». In G. AMATO - D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Milano 2023, 183, l'ex responsabile della Comunicazione istituzionale della Corte – che ha visto la nascita di queste due decisioni “gemelle” dall'interno – riferisce che «purtroppo, le due decisioni cadono in una stagione politica molto diversa da quella, assai feconda, in cui, anche grazie alla spinta della Corte costituzionale, il Parlamento ha approvato riforme storiche [...]. La frammentarietà del quadro politico e le polarizzazioni delle posizioni sui temi eticamente sensibili rallentano il motore di riforme pur indifferibili, quali sono quella sull'eutanasia o sui figli arcobaleno».

⁴³³ Cfr. A. MATTEONI, *op. cit.*, 371: enucleata l'efficace tecnica di tutela del rinvio a nuova udienza, «non si comprende perché con la sentenza n. 253 del 2019 la Corte sia intervenuta subito in senso manipolativo nonostante la mera presenza di “rime adeguate”, poi con ordinanza 132 del 2020 abbia “condannato” il Parlamento a porre rimedio al *vulnus* ai valori costituzionali e, infine, con le sentenze nn. 32 e 33 del 2021 (“sorelle”, se non gemelle) abbia deciso di tornare al monito». L'A. rileva inoltre che (375) «Se tanto è grave il vuoto di tutela e tanto è intollerabile l'inerzia legislativa, perché mai la Corte non ha trattenuto presso di sé la questione, obbligando il legislatore ad intervenire, comminando le conseguenze che seguiranno a data certa ad una sua inerzia? In definitiva il giudice di legittimità costituzionale sembra qui ripetere le cadenze della motivazione della sua ordinanza n. 207 del 2018: esigenza di una valutazione in prima battuta del legislatore, l'intollerabilità della situazione di illegittimità costituzionale. Non c'è modo di capire perché stavolta si ritenga di procedere diversamente. La Corte, in effetti, dà risposte perlopiù apodittiche. Invero, afferma che un suo intervento potrebbe generare “disarmonie”, e ciò solo è sufficiente per i giudici della Consulta per abdicare al loro ruolo di garanzia della legittimità costituzionale. Disarmonie che, del resto, si verrebbero comunque a generare nel caso di inerzia legislativa se e quando una questione analoga busserà alle porte della Consulta. Ma se il rischio di creare disarmonie deve imporre alla Corte di arrestare il suo sindacato di costituzionalità, come giustificherà il suo futuro intervento in sede di “esecuzione” del monito qui formulato?».

⁴³⁴ Corte cost. 32/2021, punto n. 2.4.1.4 *Cons. dir.*

⁴³⁵ Corte cost. 33/2021, punto n. 5.9 *Cons. dir.*

⁴³⁶ Nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, 13, si legge solo che, in casi simili, «in passato, sovente la Corte adottava una sentenza additiva di principio, rinviando alla discrezionalità del legislatore per l'attuazione di tali principi; la qual cosa, in assenza di un immediato intervento legislativo, creava difficoltà ai giudici, che non potevano più applicare la vecchia norma ma neppure attuare la nuova, non sempre facilmente ricavabile. *Da qui la preferenza della Corte per una decisione d'inammissibilità delle questioni, specie quando l'eventuale caducazione di norme legislative produce effetti sull'ordinamento che necessitano di adeguati bilanciamenti legislativi*» (mio il corsivo).

Corte in entrambe le pronunce. Nella sent. n. 32 si legge che «Al riscontrato vuoto di tutela [...] questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio» e che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»⁴³⁷. Così come nella sent. n. 33 si legge che la Corte non può che arrestarsi solo «allo stato» e che l'individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio al vulnus costituzionale è «ormai indifferibile».

Questo atteggiamento ondivago della giurisprudenza, questa apparente contraddizione che sembra tradire un «uso discrezionale della discrezionalità del legislatore»⁴³⁸, può forse essere spiegato facendo ricorso alla categoria della dimensione temporale dell'incostituzionalità, di cui si è già detto *supra*: la norma non è ancora incostituzionale, ma lo sarà in futuro se il legislatore non interverrà. Ma non può che essere una risposta parziale e quindi insoddisfacente alle nostre perplessità: resta ancora da chiarire come funzioni concretamente il ricorso a questa nuova categoria/tecnica processuale. In altri termini, quando il vulnus costituzionale diventa intollerabile? Quanto tempo deve trascorrere? In base a quali criteri un vuoto è tollerabile e quando, invece non lo è? Ancora: un vuoto di tutela può essere subito “intollerabile”? E in base a quali criteri?

Non c'è traccia di risposta nelle pronunce costituzionali né in altre ricostruzioni offerte dalla Corte in sedi informali (Conferenze stampa, relazioni, convegni, seminari, ecc.); salvo errore di chi scrive, s'intende. D'altra parte, come presto si vedrà dal paragrafo 5 in poi, la maggior parte della dottrina ha per lo più solo criticato (o avallato) l'esistente, senza individuare possibili criteri “ricostruttivi” e “propositivi” dei presupposti di applicazione della tecnica in parola, salvo qualche eccezione⁴³⁹.

4. La Corte nella veste di giudice *a quo*. Nuovi utilizzi di un vecchio strumento?

Il tema dell'autorimessione della questione di costituzionalità e i problemi connessi alla “Corte come giudice *a quo*” sono questioni piuttosto note (anche se invero sempre meritevoli di approfondimento dottrinale). Quindi, salvo qualche cenno, non se ne darà qui conto⁴⁴⁰. Così

⁴³⁷ Corte cost. 32/2021, punto n. 2.4.1.4 *Cons. dir.*

⁴³⁸ A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, 221 ss.

⁴³⁹ Cfr., in particolare, A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione?*, cit., 130 s., la cui tesi – che meglio si esaminerà più avanti (cfr. il Cap. III, § 1) – brevemente qui si anticipa. L'A. propone/pone 4 condizioni all'intervento sostitutivo della Corte con la tecnica del rinvio a nuova udienza: *gradualità della giurisprudenza* (in tre tappe: monito semplice, monito “rafforzato” e a termine, accoglimento in caso di inerzia); *fondamentalità* del diritto costituzionale leso; *eccezionalità* della situazione; *irreversibilità* della potenziale lesione.

⁴⁴⁰ Per tutti, v. B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, Padova 1985; ID., *Appunti in tema di «Corte giudice a quo» (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 292 ss. e, da ultimo, C. LUZZI, *Versatilità, e “insidie”, della legge n. 87/1953 per la “Corte giudice a quo”*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 2/2023, 173 ss.

come non si darà conto degli aspetti sostanziali connessi all'ordinanza in questione, relativa alla legittimità costituzionale delle norme relative l'automatica attribuzione del patronimico ai figli, di cui si è peraltro fatto cenno al Cap. I, § 5.1.

Ci concentreremo piuttosto sulla possibilità che lo strumento dell'autorimessione possa essere utilizzato quale ulteriore “grimaldello” per scardinare la discrezionalità legislativa. Nella stagione (e nell'ottica) del riaccostamento, infatti, con l'ord. n. 18/2021, e in misura minore anche con l'ord. n. 94/2022, la Corte sembra aver arricchito il proprio strumentario decisorio con un nuovo utilizzo di questo strumento, rispetto al quale – almeno in quei casi – sembrano essere stati derogati i presupposti di utilizzo di una tecnica che già di per sé si presenta come «eccezionale»⁴⁴¹.

Sebbene i casi di autorimessione siano poco più di una trentina nella storia della giurisprudenza costituzionale italiana, in ragione della sua eccezionalità, la tecnica in questione merita di essere approfondita in ragione delle potenzialità che può assumere alla luce dell'utilizzo che se n'è fatto specialmente con l'ord. n. 18/2021 (seguita poi dalla sent. n. 131/2022 con cui la Corte ha deciso la questione autosollevata). Questa presenta caratteristiche peculiari che non solo la diversificano rispetto ai pochi precedenti, ma che la avvicinano molto allo schema della “doppia pronuncia”, con funzione monitoria, analizzata nel precedente paragrafo.

Fino all'ord. 18/2021, le caratteristiche di questo tipo di tecnica decisoria sono state abbastanza definite e il loro utilizzo è risultato omogeneo nel tempo: il presupposto essenziale per l'autorimessione è, per consolidata giurisprudenza, la necessità che la Corte «dubiti di norma diversa da quella sottoposta al suo giudizio, che debba applicare nell'*iter* logico che consente di pervenire alla decisione»⁴⁴².

Al di là delle questioni sostanziali affrontate nell'ord. n. 18/2021, che pure hanno segnato una significativa novità in un settore – quale quello dell'attribuzione del patronimico – da molto tempo oggetto di (numerose) moniti rimasti inascoltati⁴⁴³, l'ord. in commento è stata oggetto anche di diverse critiche in punto di diritto processuale costituzionale⁴⁴⁴. Con questa

⁴⁴¹ È la stessa Corte ad averla definita come tale in Corte cost. 49/2021, punto n. 5.4 *Cons. dir.* (il cui dispositivo è di infondatezza) in cui la Corte si è rifiutata di ricorrere all'autorimessione della q.l.c. da sollevare su un'altra norma, perché «tra le due questioni di legittimità costituzionale non è quindi ravvisabile quel nesso di necessaria strumentalità o di pregiudizialità logica, idoneo a giustificare l'esercizio, da parte di questa Corte, dell'eccezionale potere di autorimessione dinanzi a sé della questione di legittimità costituzionale di una norma rimasta estranea al fuoco delle censure del rimettente». In senso sostanzialmente analogo, anche le sentt. nn. 203/2021 e 198/2022 (entrambe di infondatezza).

⁴⁴² Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 244, (i quali riprendono un'espressione contenuta nella sent. n. 24/2018).

⁴⁴³ Per gli aspetti sostanziali, sia consentito un rinvio a L. SANTORO, *L'attribuzione del cognome ai figli*, cit., spec. 481 ss.; cfr. pure E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2020, 276 ss.; E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2021, 1 ss.

⁴⁴⁴ Per gli aspetti processuali, invece, v. soprattutto G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, cit. 161 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Forza e limiti dell'autorimessione della questione di costituzionalità (A proposito della ord. n. 18/2021)*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 414 ss. V. pure L. BARTOLUCCI, *La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in *Consulta Online*, n. 3/2022, 941 ss., il quale commenta anche il “seguito” dell'ordinanza in parola.

pronuncia, infatti, la Corte sembra dare un colpo decisivo sia alle caratteristiche della *rilevanza*⁴⁴⁵ della questione autosollevata, sia al necessario *rapporto di pregiudizialità logica*, essenziale – almeno fino a quel momento – ai fini dell’*autorimessione*.

In primo luogo, si può notare che nel caso *de quo* la Corte avrebbe potuto semplicemente accogliere la q.l.c. come prospettata dal Tribunale di Bolzano. Invece essa è andata oltre, sollevando innanzi a sé una q.l.c. che non pochi interrogativi pone in relazione soprattutto al principio di *corrispondenza fra chiesto* (dal giudice rimettente) e *pronunciato* (dalla Corte medesima), del quale l’*autorimessione* costituisce di per sé, com’è noto, un’eccezione⁴⁴⁶. Nel caso di specie, anzi, si è forse andati ben oltre l’eccezione, realizzandosi un vero e proprio paradosso logico-argomentativo, quando non una vera e propria contraddizione. Infatti, da un lato, la Corte dichiara non fondata «l’eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa dello Stato per il *carattere manipolativo* dell’intervento richiesto a questa Corte», visto che «il *petitum* del rimettente è *circoscritto* [...], dunque il giudice *a quo* chiede l’addizione di una specifica ipotesi derogatoria, *ritenuta costituzionalmente imposta*, volta a riconoscere il paritario rilievo dei genitori nella trasmissione del cognome al figlio»⁴⁴⁷. Dall’altro lato, la Corte va appunto ben oltre, ampliando il *petitum*, dichiarando che «le questioni sollevate dal giudice *a quo* [...] sono strettamente connesse alla più ampia questione che ha ad oggetto la generale disciplina dell’automatica attribuzione del cognome paterno» e che, «alla luce del rapporto di presupposizione e di continenza tra la *questione specifica* dedotta dal giudice *a quo* e quella nascente dai dubbi di legittimità costituzionale ora indicati, la risoluzione della questione [...] si configura come logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice *a quo*», ribadendo che «il modo in cui occasionalmente sono poste le questioni incidentali di legittimità costituzionale non può impedire al giudice delle leggi l’*esame pieno del sistema* nel quale le norme denunciate sono inserite» (miei tutti i corsivi).

A questo punto ci si chiede: se l’ammissibilità della q.l.c. si fonda sul carattere *circoscritto* del *petitum*, e dunque sul carattere non eccessivamente manipolativo dell’intervento richiesto, il conseguente ampliamento del *petitum* medesimo – operato proprio dalla Corte e teso addirittura all’*esame pieno del sistema* – non dovrebbe di conseguenza essere di per sé inammissibile?

Anche in questo caso, come in altri, il canone dell’*incidentalità* sembra in crisi⁴⁴⁸: difficilmente si può, almeno in relazione alla fattispecie in esame, continuare ancora ad affermare che «nel “miscuglio” fra astrattezza e concretezza, il procedimento in via d’eccezione rimarca particolarmente i tratti riportabili a questo secondo polo»⁴⁴⁹. In questo caso, infatti, il

⁴⁴⁵ Già B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, aveva parlato di un’inevitabile «svalutazione» della rilevanza nel giudizio autopromosso; in senso analogo, anche V. CRISAFULLI, *Postilla a ord. 12 novembre 1965, n. 73*, in *Giur. cost.*, 1965, 1220.

⁴⁴⁶ Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 274 s.

⁴⁴⁷ Non ci sono, insomma, le condizioni che sembravano giustificare invece l’inammissibilità nella sent. 61/2006: «l’intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una *operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte*. Ed infatti, nonostante l’attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum* [...] viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni ecc.».

⁴⁴⁸ Cfr., sul tema, G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017.

⁴⁴⁹ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 228.

giudizio sembra molto più *astratto* che *concreto*⁴⁵⁰. Non v'è chi non veda, infatti, come *questo* processo (quello svoltosi dinanzi al Tribunale di Bolzano) sia stato solo l'*occasione* per giudicare della costituzionalità non di una "norma", ma di un intero "sistema normativo" di settore: proprio ciò che, però, non dovrebbe accadere⁴⁵¹. Difatti, nel giudizio principale, i genitori erano già d'accordo nel trasmettere il solo cognome materno (eventualità allo stato impedita dell'art. 262 c.c., per questo indubbiato di incostituzionalità); la Corte invece è voluta andare oltre, preoccupandosi *astrattamente* di tutti i casi in cui l'accordo manchi. Siamo pertanto sicuri che la Corte, come afferma essa stessa nel dispositivo, «non può esimersi, *ai fini della definizione del presente giudizio*, dal risolvere pregiudizialmente le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, cod. civ.»? Più di un dubbio permane.

Più di un dubbio permane, poi, anche in relazione all'asserita *pregiudizialità logica*⁴⁵².

A mio avviso, almeno in linea di principio, difetta qui chiaramente – e discutibilmente – il requisito della rilevanza come condizione (cui anche la Corte come giudice *a quo* dovrebbe attenersi) per poter sollevare q.l.c., in particolare della «rilevanza in senso stretto o *influenza*»⁴⁵³. Paradossalmente la Corte avrebbe dovuto, per astratto rigore, ritenere inammissibile la questione autosollevata. La lettera dell'art. 23, comma 2, l. n. 87/1953 – la cui portata effettivamente precettiva tende a sfumare, analogamente a quanto accade all'art. 28 della medesima legge – imporrebbe che il giudice *a quo* (in questo caso la Corte stessa) emani ordinanza di rinvio solo «qualora il giudizio non potrà essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale». Insomma, a stare alla lettera del citato art. 23, *qui* il giudizio poteva benissimo essere definito "senza" la risoluzione della più generale q.l.c. autosollevata dalla Corte. Ma questi, com'è noto, sono problemi che di per sé pongono in forte tensione la compatibilità fra l'autorimessione e i canoni di incidentalità e concretezza del nostro modello di giustizia costituzionale; ci sembra, però, che in questo caso la tensione sia arrivata a livelli davvero alti, vicini al punto di rottura.

Peraltro, è stato notato in dottrina come «la Corte ha infine riconosciuto a se stessa il titolo di giudice *a quo* [...] nei giudizi sulle leggi in via incidentale, *a condizione che dubiti di*

⁴⁵⁰ Il tema dell'astrattezza nel giudizio incidentale di costituzionalità, specie quando sono coinvolti diritti fondamentali, è affrontato sistematicamente, in prospettiva comparata, da C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino 2018. Cfr. anche G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018.

⁴⁵¹ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 243: «Nel nostro Paese, in passato è stata sostenuta la possibilità di un'iniziativa del giudice *a quo* slegata dal processo in corso, come se fosse una mera occasione per un giudizio costituzionale "astratto". Ma l'evidente "incidentalità" del giudizio costituzionale (l. cost. n. 1/1948, che dava attuazione all'art. 137, I c., Cost.) e la stessa giurisprudenza costituzionale (con nettezza, ord. nn. 130/1971 e, poi, 130/1997 e 130/1998), hanno demolito la suaccennata tesi – che potrebbe ironicamente essere definita dell'*irrelevanza della rilevanza* – contraddicendo essa la logica intrinseca del sistema».

⁴⁵² In questo senso, cfr. G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione"*, 166 s., il quale nota che «nel caso di specie le due questioni, come detto, sono sicuramente connesse, ma non sembra che si possa parlare di vera e propria pregiudizialità, nel senso che la soluzione della questione sollevata dalla Corte sia indispensabile per decidere il giudizio di cui era precedentemente investita».

⁴⁵³ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 248; non si può non notare che se i genitori erano già d'accordo nel voler trasmettere il solo cognome materno, il giudizio reso dalla Corte a seguito dell'esame di *tutti i casi in cui l'accordo manchi* è *ininfluente* sul processo *a quo*; quindi, è irrilevante per la coppia di genitori ricorrenti: *per loro*, la pronuncia della Corte rischia di essere radicalmente *inutile*.

norma diversa da quella sottoposta al suo giudizio, che debba applicare nell'iter logico che consente di pervenire alla decisione»⁴⁵⁴. È vero che – a rigore – l'attribuzione del patronimico *in presenza* di accordo è fattispecie diversa dall'attribuzione del patronimico *in assenza* di accordo. Ma, a voler essere pedanti, la norma è identica: è sempre l'art. 262 c.c. e, in generale, la trasmissione del cognome al figlio. Insomma, il rapporto di pregiudizialità logica sembra essere messo in discussione dal fatto che la norma da applicare al caso concreto è fondamentalmente la medesima (a poco rilevando la presenza o meno dell'accordo fra i genitori) e soprattutto perché la Corte avrebbe potuto benissimo decidere il caso senza rimettere innanzi a sé la q.l.c. sulla norma più generale (e più astratta) dell'attribuzione del patronimico in quanto regola generale.

Per di più, sempre in tema di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, anche in questo caso emerge come ciò che è valido per le parti del giudizio principale, non sembra più valido quando la Corte diviene remittente, dinanzi a se stessa, nel giudizio di costituzionalità autopromosso, se sol si considera che «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del giudizio di costituzionalità in via incidentale è limitato alle norme e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione, mentre non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti [...] che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (ex plurimis, sentenze n. 35 del 2017, n. 203 del 2016, n. 56 del 2015, n. 271 del 2011, n. 86 del 2008 e n. 35 del 2021)». In sostanza, com'è stato notato, «non si tratta più di allargare il giudizio per includere una norma la cui applicazione è pregiudiziale rispetto a quella contestata nel giudizio *a quo*, nei limiti in cui ciò è necessario per evitare che la Corte sia costretta a fare applicazione di una norma illegittima; si tratta piuttosto di eliminare un principio generale, perché legato a una concezione patriarcale della famiglia, ormai superata e incoerente col principio di uguaglianza tra genitori e tra uomo e donna, senza però che tale eliminazione sia indispensabile per dare risposta al caso concreto da cui ha avuto origine il giudizio di costituzionalità»⁴⁵⁵.

In definitiva, mi sembra che la Corte abbia utilizzato, in questo caso, lo strumento dell'autorimessione come semplice *passe-partout* per eliminare norme incostituzionali. Il fine

⁴⁵⁴ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 230. Si potrebbe osservare che, sebbene la “disposizione” in questo caso sia la medesima (l'art. 262 c.c.), siano diverse la “norma” impugnata dal giudice *a quo* (nella parte in cui “non consente ai genitori, *di comune accordo*, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno”) e la “norma” impugnata dalla Corte in sede di autorimessione (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”). E ciò perché il “quadro normativo” che ne scaturirebbe dall'accoglimento della prima q.l.c. sarebbe comunque incostituzionale. Per questa ragione la Corte solleverebbe un'altra questione, che ingloba quella sollevata del giudice *a quo* sulla stessa disposizione, ma su un'altra norma da questa desumibile (relativa alla presenza o meno dell'accordo genitoriale). Ma forse, a conti fatti, la vera norma è una sola: la prevalenza del patronimico, che finalmente la Corte vuole dichiarare incostituzionale alla radice, «*in tutte le fattispecie* in cui l'accordo [dei genitori] manchi». Sul tema della Corte cost. come giudice *a quo*, in generale, cfr. C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice “a quo”*, in *Giur. cost.*, 1960, 212 ss.; L. CARLASSARE, *Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice “a quo” e sui giudizi di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1980, 848; B. CARAVITA, *Appunti in tema di “Corte giudice a quo” (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 291 ss., in particolare 315 ss.

⁴⁵⁵ G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione”*, cit., 169.

è buono, chiaramente; lo strumento usato, tuttavia, sembra opinabile. Più di qualche dubbio si potrebbe a questo punto nutrire sull'uso "indiscriminato" della tecnica processuale impiegata, temendo che questo possa costituire un pericoloso precedente che legittimi in futuro la Corte ad un interventismo sempre più ampio e dagli esiti imprevedibili.

Proprio in questi termini, allora, il problema che si pone è di carattere più generale e riguarda i rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore. Infatti, nel caso deciso in precedenza con la sent. cost. n. 286/2016, dopo diverse decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa (sempre in tema di patronimico)⁴⁵⁶, la Corte si attenne rigorosamente al *petitum* del rimettente, confidando in un intervento del legislatore che regolasse compiutamente la materia rimuovendo i residui di prevalenza del patronimico (che allora persistevano anche dopo la decisione della Corte, la quale "non poteva fare di più"); rigore che, unito alla perdurante inerzia del legislatore, ha condotto poi all'ordinanza ora in commento, in cui è la Corte ad assumere su di sé la responsabilità di un intervento sistematico in tal senso.

Quindi la Corte, con un'unica decisione, ha d'un tratto soprasseduto sia sul rispetto dei canoni processuali di incidentalità, rilevanza e concretezza (art. 23 l. 87/53) sia al necessario rispetto della discrezionalità del legislatore (art. 28 l. 87/53), producendosi peraltro in un intervento implicante novità di sistema potenzialmente produttivo di disarmonie nel sistema (motivi che di lì a poco l'avrebbero condotta – e ancora oggi spesso la conducono – a dichiarare l'inammissibilità della q.l.c. nelle sentt. nn. 32-33/2021).

Concludendo, i rischi e quindi gli scenari che sembra aprire l'ordinanza n. 18/2021 sono potenzialmente dirompenti, per certi aspetti ben più del superamento delle rime obbligate e della prospettazione dell'incostituzionalità con rinvio a nuova udienza.

L'autorimessione, infatti, ha in sé un implicito contenuto monitorio essendo legata ad un rinvio a data fissa (perché il legislatore sa che la Corte si pronuncerà sulla questione autopromossa, nella quale necessariamente la Corte indica i profili di incostituzionalità su cui il legislatore può intervenire), come sottolineato anche dal Presidente Amato⁴⁵⁷. Se a questo *si aggiunge*, poi la possibilità della Corte di pronunciarsi oltre le rime obbligate, è ben evidente l'"estensione" dei poteri della Corte.

⁴⁵⁶ V. *supra*, § 5.1

⁴⁵⁷ Nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, 15, il Presidente Amato dichiara infatti che «In un certo senso, una forma di monito può riscontrarsi anche nell'autorimessione di una questione di legittimità costituzionale, potendo il legislatore intervenire nelle more della trattazione della questione sulla base delle indicazioni di cui all'ordinanza di rimessione; è il caso della ricordata ordinanza n. 18 sul patronimico». Cfr. M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, cit., 26: «Sempre all'obiettivo di consentire l'intervento del legislatore sembra guardare l'impiego, in taluni casi, dell'ordinanza di "autorimessione" della questione di legittimità costituzionale, precludendo peraltro anch'esso a un più incisivo intervento della Corte costituzionale sul tessuto normativo nel quale è compresa la disposizione censurata. Ciò è senz'altro accaduto in passato e si è riproposto anche di recente, forse in diversi termini, con l'ordinanza n. 18 del 2021». Anche la dottrina sottolinea che «al nuovo strumento rappresentato dalle ordinanze monitorie, inserito nello schema della doppia pronuncia [...], la Corte ha recentemente affiancato come ulteriore rimedio [...] l'espedito dell'ordinanza di autorimessione, come nel caso dell'ordinanza n. 18/2021 [...]. Cosicché, pur sollecitando un intervento legislativo i cui necessari contorni vengono offerti dalla stessa Corte, nell'ipotesi [...] del perdurare dell'inerzia legislativa, pur mancando una soluzione costituzionalmente obbligata, la Corte potrà comunque intervenire con una pronuncia di accoglimento dal chiaro significato normativo, ribadendo la sua funzione di tutore della legalità costituzionale, anche a scapito della discrezionalità decisionale del Parlamento»: così F. PATERNITI, *op. cit.*, 122 s.

SEZIONE II
LA DOTTRINA

5. Premessa: come la Corte vede se stessa. Il *ri-accentramento* del modello di giustizia costituzionale italiano nelle relazioni dei Presidenti

Il sistema di giustizia costituzionale italiano, com'è noto, è un sistema "misto", il quale, cioè, cumula utilmente le caratteristiche dei sistemi di giustizia costituzionale "puri" (ispirandosi, in particolare, a una "via di mezzo" fra il modello austriaco e nordamericano). Nei sistemi misti, infatti, si registra una buona combinazione «fra un giudizio "accentrato" (mirante a garantire la massima certezza e uniformità del diritto) e un accesso "concreto e diffuso" (volto a sanzionare l'effettiva lesione di situazioni giuridiche costituzionalmente protette)»⁴⁵⁸ il quale necessita «ovviamente, da un lato, di un meccanismo introduttivo che evidenzi[...] il nesso di *pregiudizialità* esistente fra il sindacato di costituzionalità e il processo *a quo* incidentale – meccanismo, in Italia chiamato "rilevanza" [...] – e, dall'altro, l'adozione di sentenze di accoglimento costitutive ed *erga omnes*, in grado anche, però, di produrre effetti almeno in parte *ex tunc*, quindi retroattivi, pena l'inutilità per i giudici *a quibus* del ricorso alla Corte»⁴⁵⁹.

Rispetto al modello iniziale, è stato osservato come «all'incirca dal 2011, e con maggiore chiarezza dal 2014, la Corte costituzionale [...] vive una stagione di rinnovata ricerca di centralità» da più parti definita come stagione di «riaccentramento»⁴⁶⁰ dei poteri della Corte. Nonostante nel nostro sistema siano dunque presenti molteplici «elementi di sindacato diffuso»⁴⁶¹, negli ultimi anni la Corte «sembra orientata a rafforzare la "sua" funzione e dunque il sistema accentrato di giustizia costituzionale»⁴⁶². La Corte, dunque, "recupera spazi" di

⁴⁵⁸ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 33.

⁴⁵⁹ *Ibidem*. Cfr. E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *op. cit.*, 9. Sul punto, v. anche M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio costituzionale in via incidentale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino 2016, 799 ss.

⁴⁶⁰ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, 11; Sul concetto del "riaccentramento", v. pure G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, 16 e passim; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro it.*, n. 1/2018, 2227 ss.; ID., *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentrato" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 1 ss.; v. pure il fascicolo n. 3/2021 della rivista *federalismi.it*, che raccoglie gli atti del convegno «Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni», tenutosi il 13 novembre 2020 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

⁴⁶¹ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 304, ne contano almeno 7: «1. Il precedente dei giudici comuni "garanti" della Costituzione repubblicana fra il 1948 ed il 1956 [...]; 2. L'esistenza di un sindacato "diffuso" di validità, sia pure con effetti solo *inter partes*, e la presenza di un sindacato "accentrato" d'invalidità avente, in esclusiva, effetti *erga omnes* [...]; 3. L'uso costituzionale, non "alternativo", del diritto. [...] Ciò significa che i giudici possono e debbono fare un "uso" diretto e massiccio della Costituzione, per risolvere *dentro* l'ordinamento le controversie pratiche sulle antinomie giuridiche dell'ordinamento [...]; 4. Il potere giudiziario di disapplicazione/annullamento *inter partes* di norme giuridiche incostituzionali contenute in fonti non legislative (ma con forza "sostanziale" di Legge [...]); 5. Il potere giudiziario di disapplicazione diretta di leggi e atti aventi forza di legge in contrasto con la normativa comunitaria di immediata applicazione [...]; 6. Il potere giudiziario di disapplicare leggi il cui contenuto normativo non è "riconosciuto" dalla Corte. Ogni qual volta la Corte "si rifiuta" di esaminare la norma individuata dal giudice *a quo* e reputa, invece, che la norma da applicare (ed eventualmente da valutare) sia un'altra [...]; 7. Il potere giudiziario di disapplicare una norma di legge o atto avente forza di legge in contrasto con precedenti sentenze di accoglimento della Corte (dunque in violazione del giudicato cost.) [...]».

⁴⁶² *Ibidem*.

intervento⁴⁶³ sia rispetto ai giudici comuni (allentando i canoni tanto della rilevanza quanto quelli dell'interpretazione conforme), sia rispetto alla CGUE (in tema di "doppia pregiudizialità"), sia – ed è quello che qui più ci interessa – rispetto al legislatore, con il superamento delle "rime obbligate" di cui sin qui si è cercato di dar conto⁴⁶⁴.

Il comun denominatore a tutte queste istanze di "riaccentramento" del sindacato di costituzionalità è la volontà di *rendere giustizia costituzionale* evitando di complicare eccessivamente l'accesso al giudizio di costituzionalità⁴⁶⁵, in un contesto politico-istituzionale mutato rispetto al passato e diverso rispetto al disegno originario immaginato dal Costituente⁴⁶⁶. Una "prova" quantitativa di questo fenomeno può essere data dal rapporto fra sentenze e ordinanze, progressivamente a vantaggio delle prime negli ultimi anni, come evidenziato anche dal Servizio studi della Corte in questo grafico⁴⁶⁷:

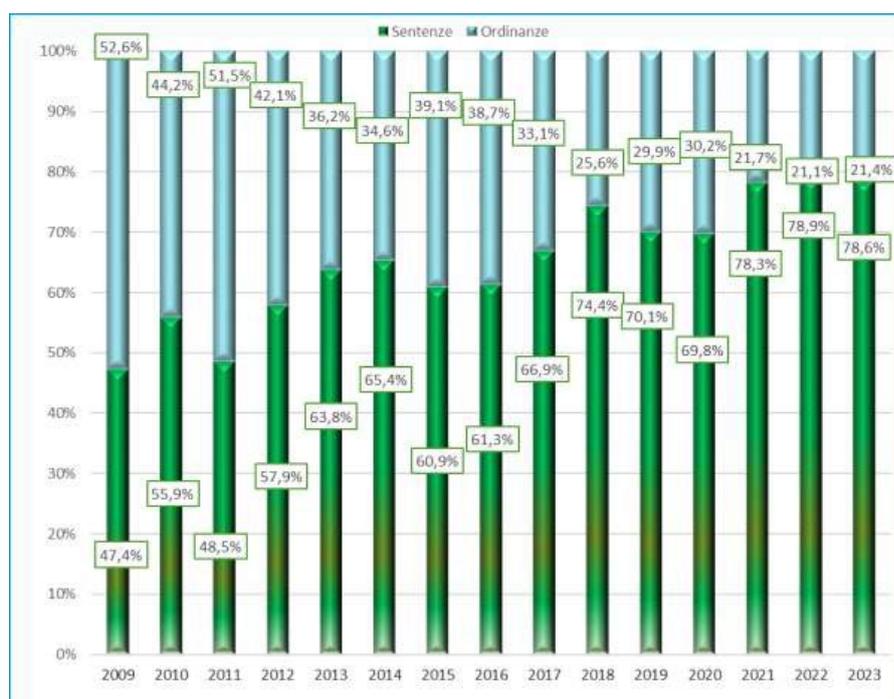
⁴⁶³ Per G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, iv ss., questa «interventiva dilatazione di queste molteplici istanze di garanzia dei diritti ha condotto alla esigenza di riaffermazione del proprio ruolo quale garante dei valori affermati nel patto costituzionale originario, cui si è aggiunto in modo sempre più forte quello di garanzia dei diritti fondamentali – affermati a ogni livello, nazionale ed europeo – assunti come fine ultimo. E ciò è avvenuto in "naturale" tensione con le sedi dell'indirizzo politico».

⁴⁶⁴ D. TEGA, *op. cit.*, 11, individua anche altri fattori indicativi del riaccentramento, come le novità relative al «sindacato sulla legislazione elettorale (di Camera e Senato); alla manipolazione degli effetti nel tempo delle sentenze; all'allentamento dell'onere di previa interpretazione conforme; a qualche apertura al sindacato delle fonti secondarie e la ridondanza (sulle attribuzioni regionali di una violazione di parametri costituzionali estranei al riparto di attribuzioni legislative tra Stato e Regioni, quando siano queste ultime a fare valere una tale violazione in via d'azione)». L'A. ritiene inoltre che (12) «indici del genere segnalino la tendenza della Corte costituzionale ad assumere un ruolo più incisivo e centrale nei compiti di garanzia della Costituzione, stemperando alcuni profili che, in passato, avevano segnalato una propensione sia a una maggiore "diffusione" e condivisione di tali compiti (nei confronti dei giudici comuni, anche nella loro veste "europea"), sia a una certa deferenza nei confronti della politica, quantomeno in alcuni settori (come quello penale) o contesti (come quello dei giudizi promossi dalle Regioni per denunciare vizi di illegittimità costituzionale sostanziale nella legislazione dello Stato). Dunque, gli indici menzionati sono sintomatici di una determinata linea di cambiamento, alla base della quale ritengo ci siano diversi fattori...».

⁴⁶⁵ Una conferma del "riaccentramento" del giudizio di costituzionalità sembra provenire dalla stessa Corte. Nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 6 s., dopo aver indicato alcuni fattori che rendono «il sindacato accentrato l'architrate, non surrogabile, del controllo di costituzionalità», la Corte afferma che tale caratteristica debba «indurre all'adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l'accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio nel merito della questione incidentale che viene proposta. [...] Occorre riconoscere che, anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d'ombra dell'ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali» (miei i corsivi).

⁴⁶⁶ Cfr. ancora G. DE VERGOTTINI, *op. ult. cit.*, v, per il quale un simile «irrobustimento del ruolo della Corte deriva dalla progressiva mutazione del contesto politico-istituzionale in cui si inquadra il suo intervento. In proposito potrebbe sottolinearsi come, pur se a Costituzione formalmente invariata, l'equilibrio dei poteri nella forma di governo si è visibilmente alterato rispetto al momento iniziale della nuova esperienza costituzionale. Infatti, sono innegabili sia un crescente depotenziamento degli organi di indirizzo (Parlamento e Governo), sia un progressivo accrescimento del peso degli organi di garanzia (Capo dello stato e Corte costituzionale)».

⁴⁶⁷ CORTE COSTITUZIONALE, Servizio studi, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2023 - Dati quantitativi e di analisi*, 15. In merito a questa tendenza, il Presidente Coraggio, nell'intervista contenuta in CORTE COSTITUZIONALE, *Annuario 2020*, 6, ammette che «in generale è vero che, a prescindere dalla forma del provvedimento – sentenza ovvero ordinanza – è continuato il trend di riduzione delle pronunce di inammissibilità e ciò vuoi per la migliore formulazione delle ordinanze di rimessione e dei ricorsi vuoi per la maggiore propensione della Corte ad arrivare all'esame del merito. Personalmente, ritengo tutto ciò estremamente apprezzabile, perché



La Corte, oggi, più che in passato, gode degli strumenti organizzativi e processuali per soddisfare in tempi relativamente brevi le domande di giustizia costituzionale⁴⁶⁸; correlativamente, gode di una legittimazione nel sistema che le consente di occupare spazi maggiori rispetto al passato⁴⁶⁹.

V'è pure chi ha messo in discussione che il “riaccentramento” possa essere indicativo di una qualche “svolta” nella giurisprudenza costituzionale: sarebbe questa una mera “congettura”, al più un’«ipotesi di lavoro permanente, [...] a causa dell’originario carattere “misto” del modello di giurisdizione costituzionale italiano, la cui messa in opera è destinata a oscillare tra i due connotati costitutivi, lasciandosi forse leggere, per alcuni tratti dominanti, diacronicamente nelle sue “stagioni”, ma soprattutto offrendo all’analisi ordinamentale uno scenario costantemente mosso da diverse pulsioni, le quali, non recedendo mai l’una stabilmente a vantaggio dell’altra, non consentono di ritenere che uno dei poli della coppia oppositiva accentramento/diffusione sia riuscita, sia pure transitoriamente, a prevalere»⁴⁷⁰. Altri si sono chiesti se possa parlarsi di «una nuova stagione creativa» della Corte

ho sempre pensato, nel lungo esercizio della mia attività giudiziaria, che le pronunce di inammissibilità, quale ne sia la causa, costituiscono una sconfitta per la giustizia».

⁴⁶⁸ Su questo aspetto, si rimanda alle *Relazioni annuali* e agli allegati *Dati quantitativi e di analisi*.

⁴⁶⁹ D. TEGA, *op. cit.*, 309 «il collegio sembra aver rafforzato ancor di più le basi della propria legittimazione: quella *a priori*, che si fonda sulla Costituzione (nonostante la richiamata confusione che pesa sul periodo costituente) e sull’esigenza della sua difesa (la Costituzione come limite al potere); quella *a posteriori*, che le deriva dalla sua *saggezza*, da come esercita i suoi poteri, da come motiva le sue decisioni e dal rispetto dei limiti che la Corte stessa incontra (compreso anche il limite del *cd. self restraint*); quella che si costruisce attraverso rapporti diretti con l’opinione pubblica e grazie al consenso sociale; quella che si è andata sviluppando nel rapporto con l’altra grande istituzione deputata alla garanzia del sistema costituzionale, la Presidenza della Repubblica».

⁴⁷⁰ S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 100 s.

costituzionale⁴⁷¹. Altri ancora, notano come il “riaccentramento” ci sia stato e abbia anzi rappresentato, insieme ad altri fattori, uno «sconfinamento»⁴⁷² da guardare con preoccupazione. Vedremo nei paragrafi successivi come la dottrina ha interpretato e valutato questa peculiare stagione di riaccentramento – e di attivismo – della Corte.

Può essere forse interessante, prima, riflettere su come la Corte costituzionale medesima abbia visto se stessa in questi anni recenti: lo faremo principalmente attraverso la lettura delle consuete Relazioni annuali⁴⁷³. Più che con le sentenze, infatti, le quali hanno ineludibilmente un linguaggio tecnico-giuridico e sono necessariamente riferite a un singolo caso particolare e concreto, è nelle Relazioni (di cui il Presidente di turno dà lettura durante una conferenza stampa appositamente convocata) che la Corte descrive e comunica “se stessa” quale soggetto istituzionale⁴⁷⁴. Se le sentenze sono lo strumento dello *ius dicere*, le Relazioni possono essere definite come lo strumento del *se dicere*: per questo sono estremamente importanti per capire come la Corte *vede* e *valuta* se stessa e soprattutto come *vuole* comunicarsi al pubblico. Tutto questo nella prospettiva dichiarata di «dar conto»⁴⁷⁵ della propria attività: un *dare conto* che molto dice sulla *responsabilità* (evidentemente politico-istituzionale, sebbene in forme e con obiettivi del tutto peculiari) che la Corte sente di avere.

⁴⁷¹ C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020.

⁴⁷² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit. 251 ss.; sul tema, v. § successivo.

⁴⁷³ Com'è noto, ogni anno il Presidente della Corte tiene una conferenza stampa in cui dà pubblica lettura di una *Relazione* esplicativa della giurisprudenza costituzionale dell'anno precedente. Questa *Relazione del Presidente* (normalmente lunga 10-20 pagine) è accompagnata da diversi allegati, variamente denominati nel corso del tempo, pubblicati sul sito internet della Corte costituzionale. Il primo di questi è un'ampia e dettagliata *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale*: si va dalle oltre 300 pagine del 2008 alle oltre 600 del 2022 (si comprende il crescente grado di dettaglio e analiticità se si considera il rapporto inversamente proporzionale fra corposità delle relazioni e numero di decisioni analizzate: 449 nel 2008 e 270 nel 2022), che prendono in considerazione la giurisprudenza costituzionale da un punto di vista qualitativo (sia dal punto di vista processuale che sostanziale); a questa si accompagna un altro e distinto documento che contiene i *Dati quantitativi e di analisi* (o *Prospetti statistici* fino al 2012): un'analisi, appunto, di tipo “quantitativo”, con grafici e tabelle, molto più breve (di solito dalle 30 alle 50 pagine). La *Relazione* è uno strumento a cui la Corte ha sempre fatto ricorso. La prima *Relazione* (e il primo incontro con la stampa) è del 28 dicembre 1956, quando Presidente della Corte era E. De Nicola. Nella *Relazione del Presidente sulla giurisprudenza costituzionale del 2014*, 1, si legge che «l'incontro annuale con i rappresentanti degli organi di informazione offre alla Corte costituzionale l'occasione per far conoscere ad un pubblico più vasto, non limitato agli addetti ai lavori, il proprio operato. Spiegare all'esterno l'effettiva portata delle pronunzie della Corte è compito delicato, di grande responsabilità ed irrinunciabile. Ciò perché una corretta informazione costituisce il presupposto per la riflessione, eventualmente anche critica, in ordine a quanto la Corte afferma attraverso le motivazioni delle proprie decisioni». Ancora, nella *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, 1, si ribadisce che «la consuetudine [...] di un contatto con il mondo dell'informazione per un discorso sull'attività svolta nell'anno – e, attraverso i giornalisti, quasi simbolicamente, con l'intera comunità dei diversi componenti della Repubblica, le persone, cioè, e le istituzioni – si è via via felicemente consolidata come più consona al carattere dell'istituto: organo formalmente estraneo al sistema della tripartizione dei poteri, ma sostanzialmente dotato di compiti di “giustizia”, più che solo di stretta giurisdizione».

⁴⁷⁴ Cfr. L. D'ANDREA, *La Corte commenta... se stessa (attraverso le conferenze-stampa del suo Presidente)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 376 ss.

⁴⁷⁵ Si chiede infatti il Presidente Paolo Grossi nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, 1: «In quale altro modo un giudice può dar conto della propria attività – anche un giudice *sui generis*, come quello delle leggi – se non riferendo della propria giurisprudenza? E in quale altro modo può riferire della propria giurisprudenza se non cercando di evidenziare, più che gli occasionali contenuti delle singole pronunce, soprattutto gli itinerari processuali che, attraverso di queste, si sono via via andati formando?».

A leggere le suddette Relazioni, sembra potersi affermare che una “svolta”, a un certo momento, ci sia effettivamente stata e che la Corte stessa ne sia stata ben consapevole; dopo un picco iniziale di “attivismo” (concentrato soprattutto nel triennio 2018-2020, recentemente la Corte sembra essere molto più prudente, dando l’impressione, a volte, di essere quasi tornata indietro (dopo essersi spinta troppo in avanti).

Procediamo con ordine.

Il momento di “svolta” nella giurisprudenza costituzionale, a nostro modo di vedere, sembra essere stato il 2018. È l’anno del “caso Cappato”, che tanto clamore aveva suscitato in seno all’opinione pubblica ben prima di giungere alla Corte e rispetto al quale – volente o nolente – la Corte si è vista al centro dell’attenzione mediatica, forse più che mai rispetto al passato (a causa, soprattutto, dello sviluppo impresso dai nuovi media alla comunicazione politica). È in questi anni che matura una consapevolezza dell’importanza anche mediatica della Corte e del modo di comunicarsi, da taluno interpretata come una sorta di ricerca di legittimazione politica diretta (ma, su questo, v. § successivo).

È da notare che, fino al 2018, nelle relazioni annuali non emergeva alcun cenno di novità sebbene, come abbiamo visto, la “svolta” fosse già in atto. Per quanto di nostro più diretto interesse (e cioè in relazione al mutato atteggiamento della Corte nei confronti del legislatore) nulla di significativo si rileva, ad esempio, nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, nella quale ci saremmo aspettati di trovare un cenno alla sent. n. 236/2016, che pone le premesse, come abbiamo cercato di dimostrare *supra*, per il superamento delle “rime obbligate”. Paradossalmente, invece, è proprio nella *Relazione annuale* sulla giurisprudenza del 2018 che detta sentenza viene espressamente citata per spiegare il superamento delle “rime obbligate” realizzatosi con la sent. n. 222/2018 e “prospettato” con l’ord. n. 207/2018 in tema di suicidio assistito⁴⁷⁶.

Così, nella suddetta *Relazione*, la Corte spiega come quella del 2018 sia stata una svolta relativa non solo all’avvento di nuove tecniche decisorie, ma anche in relazione all’attività della Corte globalmente considerata: è significativo che il primo paragrafo della *Relazione* si occupi espressamente, sin dal titolo, del rapporto fra «la Corte e il Paese»⁴⁷⁷. Un rapporto nuovo rispetto al passato: per la prima volta la Corte «è uscita dal Palazzo della Consulta per parlare della Costituzione, per raccontarla, e ha intrapreso dei “viaggi”, il “viaggio nelle scuole” e poi il “viaggio nelle carceri”»⁴⁷⁸ (mio il corsivo). La Corte stessa ha affermato che si è trattata di «un’iniziativa senza precedenti»⁴⁷⁹. La Corte quindi si auto-valuta, giudicando l’esperienza «più che positiva»: un’esperienza che

«ha rappresentato per la Corte non solo una novità e una fonte di conoscenza ma anche un cambiamento del suo modo di essere. *La Corte ha maturato la consapevolezza che*

⁴⁷⁶ Cfr. Corte costituzionale, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 16.

⁴⁷⁷ *Ivi*, 1.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ *Ibidem*. Il Presidente spiega che «L’idea che ci ha mosso era quella di diffondere la cultura della Costituzione, farne capire i valori ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti. La scelta del carcere, dopo le scuole, ha appunto voluto significare che la Costituzione è di tutti ed è per tutti; pure per chi è detenuto, con i doveri e le relative responsabilità, ma anche con i diritti e le relative tutele».

deve uscire dal Palazzo, deve farsi conoscere e deve conoscere, deve farsi capire e deve capire, anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e far capire la Costituzione. La Corte si è resa conto che per comunicare con il Paese non è sufficiente rendere note le proprie sentenze, pubblicarle nelle forme consuete e affidarle alla lettura degli esperti. Ha capito che occorre trovare altre forme di comunicazione, raggiungere tutte le persone e far loro conoscere decisioni che possono anche cambiare in profondità la loro vita. A questo scopo sta gradualmente rafforzando la sua comunicazione esterna, anche accompagnando più spesso le sue decisioni con comunicati che possano renderle più facilmente comprensibili da tutti»⁴⁸⁰.

È una svolta che, a ben vedere, non si limita ai profili comunicativi e va ben l'oltre le stesse innovazioni processuali, attirando alla Corte, come vedremo, numerose critiche (forse più delle innovazioni processuali stesse).

In merito agli aspetti processuali relativi alla propria giurisprudenza e agli «interrogativi sul ruolo della Corte nei confronti del legislatore»⁴⁸¹, la Corte arriva a giustificare la svolta “decisionista” e “accentratrice” attraverso una serie di premesse:

1. la discrezionalità del legislatore «va di pari passo con il dovere della Corte di offrire un'indefettibile tutela [...] anche quando la Costituzione impone un obbligo di normare [...] uno o più settori della vita sociale, dai quali la legge si è indebitamente ritratta»⁴⁸²;
2. sebbene la Consulta riconosca di essere «tenuta ad osservare una notevole cautela nel rapportarsi al legislatore»⁴⁸³ sul piano della discrezionalità legislativa, ribadisce *tuttavia* che, nei casi in cui la Costituzione «impone di adottare una certa disciplina, con l'effetto che il vuoto normativo è esso stesso costituzionalmente illegittimo, allora cessa la discrezionalità sull'an e, in taluni casi, sul quando stesso della scelta legislativa»⁴⁸⁴;
3. i tradizionali moniti al legislatore si sono spesso rivelati inadeguati⁴⁸⁵, ponendo una rigida alternativa «tra soluzioni di inammissibilità che preservano la discrezionalità legislativa, ma lasciano insoddisfatti interessi costituzionali meritevoli di tutela, e pronunce di accoglimento che, sacrificando tale discrezionalità, offrono tutela a questi ultimi, ma perturbano l'ordinamento, fino a lasciarlo privo di una compiuta

⁴⁸⁰ *Ivi*, 2. Miei i corsivi. Il Presidente Lattanzi continua poi la *Relazione* con l'analisi dell'attività giurisdizionale, rispetto alla quale deve (3) «come al solito, esordire con noiosi dati statistici». Ben diverso sembra invece lo spirito del Presidente Grossi nella *Relazione* dell'anno precedente, 1, dove afferma che «L'ambizione è di riuscire a selezionare e a “leggere” proficuamente i dati quantitativi disponibili, allo scopo di ricavare “messaggi” che consentano di percepire e, per quanto possibile, di comprendere il senso di ciò che si svolge nelle dinamiche “pubbliche”, sia sul piano personale o interpersonale nella vita dei singoli, sia su quello istituzionale». Insomma: si passa dall'*ambizione...* alla *noia*.

⁴⁸¹ *Ivi*, 7.

⁴⁸² *Ivi*, 8.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ In quanto «nonostante la sua accertata illegittimità costituzionale, una norma [continua] a trovare applicazione per un lungo periodo di tempo, dato che la Corte con la decisione di inammissibilità [definisce] il giudizio incidentale e [può] esaminare nuovamente la questione solo quando le [è] riproposta da un altro giudice. In casi del genere si verifica una compressione delle garanzie costituzionali alla quale la tecnica monitoria non dà risposta se il legislatore resta inattivo»: così sempre nella *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 11.

disciplina legislativa che la Corte non ha né titolo né mezzi per somministrare»⁴⁸⁶.

Ed è appunto per cercare di dare risposta a «questo dilemma» che la Corte adotta la tecnica del rinvio a nuova udienza inaugurata con «l’ordinanza Cappato»: e cioè solo «al fine di adempiere al dovere di eliminare disposizioni incostituzionali *preservando la discrezionalità legislativa*»⁴⁸⁷ (mio il corsivo).

Il fine, dunque, è – e non poteva che essere⁴⁸⁸ – dichiaratamente buono, anche se la Corte “mette le mani avanti” precisando che «*sarebbe erroneo pensare che con questa decisione la Corte si sia ingerita nei tempi e nei modi di esercizio della funzione legislativa di spettanza del Parlamento, perché, come si è già detto, laddove vi sia un obbligo costituzionale di normare una materia, la discrezionalità legislativa si contrae, anche se della sola misura necessaria all’adempimento del dovere di attuare la Costituzione*»⁴⁸⁹ (mio il corsivo). Maliziosamente qualcuno potrebbe dire: “*excusatio non petita, accusatio manifesta*” ... Ma si tratterebbe, appunto, di una conclusione che presuppone al fondo un pregiudizio negativo che la Corte forse non merita: con (un eccesso di) speranza, è lo stesso Presidente a «confid[are] fortemente che il Parlamento dia seguito a questa nuova forma di collaborazione, nel processo di attuazione della Costituzione, e non perda l’occasione di esercitare lo spazio di sovranità che gli compete»⁴⁹⁰.

Ma il passaggio forse più rilevante della *Relazione* – la “prova” che “qualcosa è cambiato” nel modo della Corte di percepire se stessa e il proprio ruolo nel sistema – è l’affermazione con cui la Corte riconosce di aver maturato «una rinnovata sensibilità». Rispetto ai limiti che in passato la Corte si era auto-imposta soprattutto in relazione alla discrezionalità legislativa in materia penale in assenza di rime obbligate

«è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»⁴⁹¹.

La “confessione” è completa quando poi la Corte ammette (in relazione alle decisioni a “rime adeguate” inaugurate con le sentt. nn. 222-233/2018) che «lo spazio di azione della Corte diviene così molto più ampio che in passato»⁴⁹². Del resto, è una logica conseguenza della

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ *Ivi*, 12.

⁴⁸⁸ Come vedremo nel § successivo, però, alcuni autori mettono in dubbio la “bontà” del fine, arrivando a teorizzare che la Corte agisca in attuazione di un (non meglio precisato) obiettivo politico.

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ *Ivi*, 13 s.

⁴⁹² ... giacché, continua *ivi* la Corte, «è certamente più agevole rinvenire, tra i molti possibili, l’adattamento normativo meno distante dalla logica di sistema, piuttosto che l’unico a essere prescritto dalla

“contrazione” dello spazio riservato alla discrezionalità legislativa: la *distribuzione* dei poteri è un gioco a somma zero o, se si preferisce, con Montesquieu *il faut que le pouvoir arrête le pouvoir*.

L'anno successivo, nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, la Presidente Cartabia (in una conferenza stampa tenutasi il 28 aprile 2020, nei primi mesi della pandemia da Covid-19) ricorda «le tante novità degli ultimi anni». Queste danno alla Corte l'occasione di riflettere sulla necessità di «consolidare la consapevolezza dell'importanza di una Corte “in relazione”, pienamente inserita nella trama istituzionale repubblicana, aperta alla società civile, *protagonista anche* sulla scena europea e internazionale»⁴⁹³ (mio il corsivo).

Si può parlare di una Corte dichiaratamente “protagonista”, dunque (*non solo sulla scena interna*, si potrebbe desumere, *ma anche* sulla scena europea e internazionale). In coerenza con la stagione del “riaccentramento”, la Presidente dà conto di un «atteggiamento meno formalistico della Corte circa il controllo sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali, sicché la diminuzione delle pronunce di inammissibilità e il corrispondente aumento delle risposte nel merito da parte della Corte alla domanda di giustizia costituzionale presente nella società e nelle aule giudiziarie potrebbe aver incoraggiato i soggetti interessati a rivolgersi alla Corte, a partire dai giudici rimettenti»⁴⁹⁴, imputando a questo e ad altri fattori la crescita del volume delle proprie attività⁴⁹⁵.

In relazione alla discrezionalità legislativa, la Corte sente la necessità di chiarire i contorni della «leale collaborazione», considerata quale vero e proprio «principio costituzionale»⁴⁹⁶. Offrendo con ciò, probabilmente, una risposta indiretta a quella parte della dottrina che aveva visto, nel suo attivismo giurisdizionale, una minaccia al principio della separazione dei poteri⁴⁹⁷: «Altrettanto importante per la riconduzione a Costituzione dell'ordinamento legislativo [...] si presenta anche il rapporto tra la Corte costituzionale e il legislatore – Governo e Parlamento – in ossequio al principio costituzionale della leale collaborazione, *essenziale quanto quello della necessaria separazione dei poteri e ad esso strettamente complementare*. Separazione e cooperazione tra poteri sono due pilastri *coessenziali* che reggono l'architettura costituzionale repubblicana. L'indipendenza reciproca tra i poteri non contraddice la necessaria interdipendenza fra gli stessi, specie in società ad alto tasso di complessità, come sono quelle contemporanee»⁴⁹⁸ (miei i corsivi).

Così, la Corte ricostruisce come nel corso dell'anno trascorso si sia andato precisando il rapporto con la discrezionalità legislativa: «*Proseguendo lungo una linea di sviluppo già*

Costituzione. Nello stesso tempo la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito».

⁴⁹³ *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 3.

⁴⁹⁴ *Ivi*, 5.

⁴⁹⁵ Sebbene la Corte ritenga «difficile individuare con certezza le cause a cui attribuire la crescita del volume delle attività della Corte», la Corte *ibidem* fa notare che «questa linea di tendenza in ascesa coincide temporalmente [...] con lo sforzo di trasparenza, apertura e conoscibilità delle proprie funzioni che la Corte ha coltivato attraverso le numerose iniziative legate alla comunicazione istituzionale della stessa».

⁴⁹⁶ *Ivi*, 6.

⁴⁹⁷ Su tutti, e in diversi contributi, A. Ruggeri, ma v. § successivo.

⁴⁹⁸ *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 6 s.

affermatasi negli ultimi anni, la Corte, a fronte di un vizio di illegittimità costituzionale, non si astiene dal decidere nel merito per mancanza di “soluzioni costituzionalmente obbligate”, ovvero di risposte a “rime obbligate”»⁴⁹⁹ (mio il corsivo). Anche in questa *Relazione*, come per l’anno precedente, si precisa che ciò si è determinato in ragione di «una nuova sensibilità», la quale ha fatto ritenere «sempre più inaccettabile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni». Tant’è che questa *nuova sensibilità* ha addirittura «imposto alla Corte di rinvenire nell’ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore»⁵⁰⁰ (mio il corsivo).

Nelle relazioni del 2020 e del 2021 si continua, sostanzialmente, sulla falsariga della “svolta” impressa dal 2018 in poi. Continuano quindi i riferimenti entusiasti all’utilizzo di «strumenti di comunicazione vecchi e nuovi»⁵⁰¹, ai quali si aggiunge, dal 2020, l’*Annuario*: «una nuova pubblicazione cartacea e online per raccontare, sull’esempio di altre Corti, l’attività dell’anno precedente»⁵⁰² e che riprende, con un linguaggio ancora più accessibile, i contenuti della *Relazione* annuale⁵⁰³. L’obiettivo di questo «ulteriore strumento di comunicazione [è quello di] raccontare a un pubblico il più ampio possibile l’attività della Corte nell’anno appena trascorso»⁵⁰⁴.

Circa il rapporto con il legislatore, definito espressamente un «problema», la Corte riconosce che «la consapevolezza di questo limite è una stella polare nell’attività giurisdizionale della Corte», ma riconosce anche il cambiamento in atto rispetto al passato, in virtù del quale il tradizionale atteggiamento di *self-restraint* che la portava a decisioni di inammissibilità in mancanza di “rime obbligate” «è andato gradualmente cambiando negli ultimi anni – e il 2020 è stato particolarmente significativo al riguardo»⁵⁰⁵. La Corte riconosce dunque la «indubbia rilevanza del cambiamento»⁵⁰⁶, le cui cause sono riconducibili ai «scarsi risultati dei moniti,

⁴⁹⁹ *Ivi*, 7.

⁵⁰⁰ *Ibidem*. Ad ogni modo, è doveroso sottolineare che la Presidente ribadisce *ibidem* che in tali casi «la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell’an, nel quando e nel quomodo».

⁵⁰¹ *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2020*, 4: «l’App, il sito web, i Podcast anche nella forma dell’“Incontro”».

⁵⁰² *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2020*, 4.

⁵⁰³ L’*Annuario*, dunque, è una sorta di riduzione/semplificazione della *Relazione* del Presidente, arricchita con un’intervista al Presidente medesimo e con grafici, immagini e fotografie dei giudici ritratti “a lavoro”. La *Relazione*, a sua volta, come abbiamo visto, è già una sintesi del più voluminoso *Rapporto* sulla (mera) giurisprudenza (eminentemente tecnico e che consta, negli ultimi anni, di non meno 500 pagine, indirizzandosi per lo più agli “addetti ai lavori”) e serve a dare una chiave di lettura complessiva della giurisprudenza dell’anno precedente.

⁵⁰⁴ *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2021*, 2.

⁵⁰⁵ *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2020*, 12.

⁵⁰⁶ *Ibidem*. Anche se – precisa la Corte – il cambiamento è mitigato «dalla cautela e dalle condizioni che la stessa Corte si è imposta», e che abbiamo già preso in esame analizzando le decisioni a “rime adeguate”, di cui al § 2.

che in effetti sono rimasti in gran parte inascoltati»⁵⁰⁷. Anche se – e questo è un passaggio che ci sembra rilevante - «le ragioni decisive, tuttavia, sono più profonde e di sistema»⁵⁰⁸ e cioè, in sintesi, quelle determinate dal fatto che la Corte, come anche altre Corti supreme nazionali e sovranazionali⁵⁰⁹,

«si è trovata ad operare in un *contesto* caratterizzato insieme da una *maggiore complessità* e da una *maggiore urgenza* per il moltiplicarsi delle *pretese che chiedono di essere ricondotte a diritti fondamentali* e che sono avvertite – a torto o a ragione – come irrinunciabili e non procrastinabili. Il loro riconoscimento comporta un compito delicato, che richiede, anzitutto, una selezione attenta delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela, per *evitare che ogni pretesa si trasformi automaticamente in diritto*, e poi che il “nuovo diritto” si inserisca armonicamente nel contesto preesistente. È compito proprio del legislatore farsene carico, ma in mancanza di un suo intervento – mancanza a volte giustificata dal tumultuoso evolversi della società – la Corte non può, a sua volta, rimanere inerte, specie quando sono in gioco i diritti di minoranze, la cui tutela è il naturale campo di azione dei giudici, quali garanti di una democrazia veramente inclusiva»⁵¹⁰.

Ora, se «molte sono state le pretese riconosciute come diritti»⁵¹¹, la Corte ammette pure che «non sono mancati, però, casi di diniego come per il preteso diritto a morire o il preteso diritto delle coppie omosessuali di accedere alle tecniche procreative nel territorio italiano»⁵¹². Ancora una volta, però, si tace sul *perché* e, in definitiva, sui criteri che consentono alla Corte il potere riconoscere la meritevolezza di tutela di una *pretesa* e la sua qualificazione come *diritto* soggettivo costituzionalmente protetto.

Analogamente, nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021* si elencano le diverse declinazioni del rapporto fra Corte e legislatore ma non sono chiarite (come già evidenziato *supra*), in maniera sufficientemente netta, le ragioni e i criteri che hanno portato la Corte ora a un accoglimento ora invece a una decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa⁵¹³. Ad ogni modo, per quanto di nostro interesse, si segnalano alcuni «segnali incoraggianti», quali quelli relativi al «quadro dei rapporti con il Parlamento, in un anno che, come ricordato, è stato intenso per quanto concerne i moniti e gli inviti al legislatore, a cui quest'ultimo, nondimeno, già in corso d'anno ha saputo dare alcune risposte. [...] Tutti segnali di un dialogo che produce i suoi frutti»⁵¹⁴.

⁵⁰⁷ *Ivi*, 14.

⁵⁰⁸ *Ivi*, 15

⁵⁰⁹ Su tutte la Corte suprema degli Stati Uniti, la cui azione è riconosciuta, *ibidem*, «di fatto normativa».

⁵¹⁰ *Ibidem*. Miei i corsivi.

⁵¹¹ *Ivi*, 16.

⁵¹² *Ibidem*. Il riferimento dell'accesso per le coppie omosessuali alle tecniche di PMA è alla sent. n. 230/2020, di cui si è dato conto nel Cap. I, § 5.3.

⁵¹³ Cfr. *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, 13-15.

⁵¹⁴ *Ivi*, 18 s. In particolare, la Corte fa *ibidem* riferimento «alla riforma del servizio di riscossione, di cui alla legge di bilancio 2022 (legge n. 234 del 2021), che ha previsto, in seguito alla ricordata sentenza n. 120, l'abbandono dell'aggio in favore di una contribuzione a prevalente retribuzione pubblica. Può poi segnalarsi il progetto di legge in materia di tutela giurisdizionale nel procedimento elettorale preparatorio per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica (AS n. 2390), presentato il 17 settembre 2021 e recentemente

Proprio nel momento in cui la tecnica del rinvio a nuova udienza e, in generale, il rapporto di leale collaborazione sembra dare i suoi frutti maggiori, la Corte sembra mostrarsi particolarmente più cauta dal 2022 in poi.

Nella *Relazione sulla giurisprudenza relativa al 2022*, infatti, sembra emergere un ritorno all' "antica" sensibilità. Non si dà, intanto, una particolare attenzione al rapporto e al dialogo con il legislatore che, fino all'anno precedente, era «un aspetto della giurisprudenza costituzionale che costituisce ormai da tempo un punto fermo della Relazione annuale»⁵¹⁵. Non è forse un caso che l'intervista alla Presidente Sciarra, che apre l'Annuario 2022, si intitoli «*essere e apparire imparziali. Lo stile di una Corte che comunica*»⁵¹⁶. È proprio nell'Annuario che possiamo trovare indicazioni utili, e forse conferme alla nostra intuizione, sul rapporto fra Corte e legislatore: «Quello della leale collaborazione tra le istituzioni è un tema molto delicato che trova la sua ragion d'essere nella reciprocità e, appunto, nella lealtà tra i diversi soggetti istituzionali. Ritengo che la Corte, nel solco tracciato dallo spirito repubblicano di collaborazione con il legislatore, possa anche, *in alcune circostanze peculiari*, autolimitare il proprio potere e scegliere di concedere il tempo necessario al Parlamento per confezionare una nuova legge. Certo, *un giorno non lontano si dovrà fare un bilancio molto puntuale in merito a questa apertura di credito al legislatore* che, purtroppo, su temi molto sensibili e socialmente rilevanti, non ha portato sempre a risultati soddisfacenti e rapidi per i cittadini»⁵¹⁷.

In quest'ultimo anno (2023), infine, sembra essere cambiato non solo l'atteggiamento della Corte nei confronti del legislatore, ma anche lo stile comunicativo degli inquilini di Palazzo della Consulta. Sebbene attività quali *podcast* e i *Viaggi nelle scuole* e i *Viaggi nelle carceri* siano continuate, è da segnalare invece il forte ridimensionamento dei comunicati stampa (soprattutto quelli che anticipano il contenuto delle decisioni, che tante critiche avevano attirato in dottrina)⁵¹⁸. Sulla comunicazione della Corte, in particolare, il mutato atteggiamento

approvato in prima lettura dal Senato (23 febbraio 2022); tema su cui, come ricordato, la Corte si è pronunciata nella sentenza n. 48. Allo stesso tempo, il legislatore sta lavorando in settori nei quali la Corte ha sollecitato il suo intervento. Si tratta, in particolare, dei ricordati temi dell'ergastolo ostativo (ordinanza n. 97) - riguardo a cui la Commissione giustizia della Camera pare aver accelerato i tempi per l'esame delle proposte di modifica alla relativa normativa, andando verso un testo unificato - del doppio cognome del figlio (ordinanza n. 18), su cui è ripreso l'esame al Senato, anche in tal caso andando verso un testo unificato, del suicidio assistito, su cui un testo ha già ottenuto l'approvazione di una camera».

⁵¹⁵ *Ivi*, 12.

⁵¹⁶ CORTE COSTITUZIONALE, *Annuario 2022*, 7.

⁵¹⁷ *Ivi*, 9. Miei i corsivi.

⁵¹⁸ È interessante notare la serie storica dei comunicati stampa che anticipano la decisione (cioè non ancora resa pubblica): se ne contano 3 nel 2018 (prima di questo anno, invece, nessuno); 15 nel 2019; 25 nel 2020; 15 nel 2021; 14 nel 2022; solo 4 nel 2023. Dal 2018 si registra pure un significativo cambiamento non solo quantitativo, ma anche *qualitativo*, dei tradizionali comunicati stampa con cui la Corte comunica, appunto, decisioni *già* rese pubbliche e dopo la loro pubblicazione ufficiale; la novità qualitativa sta nel carattere contemporaneamente molto più esegetico e didascalico rispetto agli scarni (e tipici) comunicati stampa del passato, anche mediante l'utilizzo di un linguaggio più accessibile ad un pubblico di non esperti, a partire dal titolo del comunicato medesimo che in una sola frase prova a sintetizzare il contenuto della decisione. Dal punto di vista quantitativo, tali comunicati risultano essere 15 nel 2016 20 nel 2017 e; per poi salire significativamente a 43 nel 2018; 42 nel 2019; 40 nel 2020; 41 nel 2021; 41 nel 2022; 36 nel 2023. Cfr. G. AMATO - D. STASIO, *op. cit.*, 38: «La Corte si è chiesta, ormai molti anni fa, se non fosse più utile anticipare pubblicamente la decisione appena presa, anche se non ancora scritta.

può trovare conferma sempre nella suddetta *Intervista* alla Presidente Sciarra: a chi le chiede se esista

«una prassi sostenibile che si inserisca come via mediana tra l’opinione di chi sostiene che la “Corte debba comunicare soltanto con le sentenze” e quella di chi, invece, vorrebbe una Consulta molto più presente sui media», la Presidente risponde che «Abbiamo, senza alcun dubbio, un dovere di comunicazione e di trasparenza nei confronti dei cittadini e delle istituzioni. Questo dovere la Corte continua a declinarlo promuovendo un’informazione il più possibile puntuale, imparziale e articolata – che si affida principalmente ai comunicati stampa pubblicati al momento del deposito delle sentenze sul sito istituzionale e sugli account social della Consulta – al fine di rendere accessibili a tutti, non solo agli addetti ai lavori, i contenuti delle motivazioni, necessariamente redatte in un linguaggio tecnico e, talvolta, di non immediata comprensione. Il dovere di comunicare e di essere sempre trasparenti trova, però, per l’intero Collegio e per i singoli giudici, un limite non solo nel dovere di *essere imparziali ma anche di apparire imparziali*. Agli occhi e al giudizio dei cittadini che ci guardano. La Corte che comunica salvaguarda non solo un’autentica imparzialità ma anche l’esigenza che tale imparzialità sia visibile, ovvero sia percepita e avvertita da tutti i nostri interlocutori»⁵¹⁹.

Il mutamento di stile comunicativo è coinciso, probabilmente non casualmente, con l’inizio e la fine dell’attività della dott.ssa Donatella Stasio con la Corte costituzionale, giornalista professionista, cominciata a novembre 2017 come Responsabile della comunicazione, proseguita anche come Capo dell’Ufficio comunicazione e stampa della Consulta e infine terminata il 27 ottobre 2022 (sotto la presidenza Sciarra): proprio gli anni della “svolta” comunicativa della Corte⁵²⁰. Svolta che adesso, invece, sembra essere “rientrata”: tutto lascia pensare che non sia stata affatto una coincidenza.

Nella *Relazione sulla giurisprudenza relativa al 2023*, infine, ogni riferimento alla “comunicazione” è scomparso.

È sempre nella Relazione appena citata, invece, che si colgono interessanti rilievi in tema di “riaccentramento”, in senso proprio, del giudizio di legittimità costituzionale. Il

A chiederglielo, ripetutamente, sono stati gli stessi giornalisti. E la Corte li ha ascoltati, anche se i suoi comunicati per decenni sono stati confezionati con modalità e parole tipiche del “burocratese”, lasciandole ad alti la “traduzione”. Nei cinque anni del cambiamento si è cercato, invece, di rendere quella comunicazione accessibile a tutti e rispettosa delle esigenze dei media. Non ci si è limitati, infatti, a riferire il “dispositivo”, ovvero a scrivere se la questione è fondata, fondata, inammissibile. Si è fatto uno sforzo ulteriore per far capire il senso della decisione a un pubblico più ampio di quello degli addetti ai lavori, anche anticipando – là dove possibile – un passaggio chiave della motivazione, sia pure in forma sintetica».

⁵¹⁹ *Ivi*, 11. Mio il corsivo.

⁵²⁰ A questi «anni speciali», come li definì il Presidente Lattanzi nella *Relazione sulla giurisprudenza nel 2018*, D. Stasio ha dedicato un libro, scritto a quattro mani con l’ex Presidente G. Amato: G. AMATO - D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia*, cit. Qui si può leggere che (10) «tra il 2017 e il 2022, nel palazzo della Consulta avviene un cambiamento. In quei 5 anni, infatti, il rapporto della Corte con la società civile si trasforma profondamente. Non è “una rivoluzione”, come dice qualcuno, visto che la Corte non si è mai limitata a “parlare soltanto con le sentenze”; ma è un cambiamento storico perché, a differenza del passato, in quel palazzo matura la consapevolezza di un “dovere” dell’istituzione di comunicare con i cittadini, che hanno il diritto di conoscere la Corte, di capire che cosa ha deciso, e perché, di interloquire con i giudici in una relazione di scambio di saperi ed esperienze. [...] Le pagine che seguono ripercorrono quegli anni, entrano nelle stanze dove è maturato il cambiamento e accompagnano il lettore, come in un viaggio, lungo la strada in cui si è srotolato. Ne spiegano il significato politico. Sono cronaca, testimonianza, memoria, analisi di un’esperienza fondativa proiettata sul futuro».

Presidente Barbera, in questa occasione, ha suggerito di interpretare il calo relativo⁵²¹ degli atti di promovimento non come «un effettivo allentamento delle problematiche costituzionali poste all’attenzione delle magistrature»⁵²², quanto piuttosto come una precisa scelta, da parte dei giudici *a quo*, di risolvere un potenziale problema di costituzionalità ricorrendo allo strumento dell’interpretazione costituzionalmente orientata. Infatti, nota il Presidente,

«è possibile riscontrare la formazione di orientamenti di giurisprudenza, più o meno episodici, che, attraverso una **attività interpretativa orientata direttamente ai valori costituzionali** (o ritenuti tali), finiscono per risolversi in una **più o meno grave disapplicazione di disposizioni legislative**, persino da parte di giurisdizioni superiori. Si può comprendere (ma non giustificare) che il giudice avverta l’esigenza di approntare una risposta, la più rapida ed efficace possibile, a fronte di assetti normativi reputati in contrasto con la Costituzione, e, più specificamente, di offrire una tutela ai diritti inviolabili che essa riconosce. Si tratta, però, di una risposta **incompatibile** con la Costituzione stessa. Infatti – ricordo brevemente – **l’Assemblea costituente**, dopo avere scartato il modello nordamericano della giurisdizione “diffusa”, ha voluto seguire la via del **sindacato accentrato**, con effetti *erga omnes* delle sue decisioni; ciò anche a garanzia della “prevedibilità e certezza del diritto costituzionale”. È un orientamento dei giudici di merito praticamente immotivato [...]. Naturalmente, non intendo negare il ruolo fondamentale che il giudice comune può e deve esercitare, ma piuttosto **ricondurlo ai limiti della sua sfera di competenza**, allontanando quegli “*eccessi valoriali*” da cui talvolta non pochi di essi si sentono pervasi. **Sollevare una questione di legittimità non è di certo una funzione minore**. [...] la giurisprudenza di questa Corte [...] ha incoraggiato – e intende continuare a farlo – le “*interpretazioni costituzionalmente orientate*” operate dal giudice comune. Tuttavia, ove queste non siano possibili, o diano luogo a soluzioni contrastanti, l’ordinamento richiede un giudizio di legittimità costituzionale destinato ad operare non solo nel caso singolo, ma *erga omnes*, proprio a garanzia – lo ripeto – della “certezza del diritto”»⁵²³.

Dopo aver dunque illustrato le “nuove” tecniche decisorie e dopo averle contestualizzate nella c.d. “stagione del ri-accentramento”, bisogna dar conto di come la dottrina si sia posta nei confronti di tali innovazioni. Di seguito si proporrà soltanto un “florilegio” delle posizioni dottrinali più nette *contro* e *a favore* dei più recenti e innovativi orientamenti giurisprudenziali.

6. Come è vista la Corte: a) secondo la dottrina più critica, la Corte, con i suoi “sconfinamenti”, ha violato il principio della separazione dei poteri

La stagione di particolare *attivismo* che ha interessato la Corte negli ultimi anni ha

⁵²¹ Relativo perché, come chiarito nella *Riunione straordinaria della Corte costituzionale. Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera*, Roma, 18 marzo 2024, 6, «Vi è stato – è vero – un lieve incremento numerico delle ordinanze di rimessione nel 2023 – salgono infatti da 160 a 170 – ma esse restano largamente inferiori alla media sulla quale si erano attestate negli anni tra il 2009 e il 2013; media che ha subito una costante decrescita negli anni successivi».

⁵²² *Riunione straordinaria della Corte costituzionale. Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera*, Roma, 18 marzo 2024, 6.

⁵²³ Ivi, 6-8.

incontrato, come sempre accade, posizioni critiche da parte della dottrina, con sfumature e preoccupazioni diverse. Non sono mancati neppure giudizi benevoli nei confronti dell'operato della Corte: questi ultimi, però, saranno oggetto di analisi del paragrafo successivo.

In breve, sebbene in parte sia vero che *judicial activism* e *self-restraint* siano «categorie sociologiche e non giuridiche»⁵²⁴, possiamo comunque e convenzionalmente utilizzarle per tentare di suddividere, a meri fini espositivi, alcuni Autori che vedono nel recente operato della Corte un criticabile *judicial activism* e altri che, invece, hanno accolto benevolmente l'abbandono del tradizionale *self-restraint*. In questa indagine va da sé che, a commento delle recenti tendenze, si è considerato solo la dottrina più recente. E non è un caso si sia preferito trattare, per quanto possibile, in due sezioni separate la giurisprudenza e la dottrina, al fine di cogliere meglio in un secondo momento le più ampie prospettive di sistema che le nude tecniche processuali evocano. Pertanto – oltre al commento della singola pronuncia e della tecnica processuale in sé, di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti – qui e nel paragrafo successivo si esaminerà come sono state viste le ricordate innovazioni processuali, che certo hanno conseguenze sulla “natura” della Corte (per taluni, sempre più *politica* e meno *giurisdizionale*)⁵²⁵, sulla sua collocazione nel sistema e sulla sua legittimazione.

I giudizi formulati dalla dottrina si basano – implicitamente o meno – sulle risposte ad alcune domande di fondo, che potremmo così riassumere:

1. posto che, con le innovazioni processuali introdotte, una “svolta” v'è stata, queste rappresentano una *rottura* o si pongono in *continuità* con la giurisprudenza processuale precedente? V'è stato davvero uno “sconfinamento” rispetto ai poteri che la Costituzione attribuisce alla Corte?
2. Come dovrebbe porsi la Corte nei confronti delle omissioni incostituzionali del legislatore? Lasciare la Costituzione inattuata significa violarla? E quando è inattuata? Sostituirsi in via sussidiaria al legislatore significa violare la sua discrezionalità e, di conseguenza, il principio della separazione dei poteri?
3. L'esigenza di garantire la *superlegalità costituzionale* (e la garanzia dei diritti fondamentali), deve prevalere sulla *discrezionalità legislativa* (e sulla separazione dei poteri)? Qual è il rapporto che lega – e deve legare – la tutela dei *diritti fondamentali* e la garanzia della *separazione dei poteri*? In sintesi: il fine (tutela dei diritti fondamentali) giustifica i mezzi (asserito sacrificio della separazione dei poteri)?
4. Il fine della Corte è la semplice – e sincera – garanzia effettiva dei diritti fondamentali oppure v'è una precisa, patologica, ricerca di un occulto ma crescente potere politico? Le attività istituzionali extra-funzionali sono una pericolosa sovraesposizione mediatica funzionalizzata a tale scopo oppure rispondono ad altre

⁵²⁴ Cfr. M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 40, il quale precisa che sono «categorie sociologiche e segnate da un tasso considerevole di ideologismo che interessano molto il diritto, certo, ma non sono giuridiche».

⁵²⁵ Al riguardo, v. R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano 2017; R. ROMBOLI d. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino 2017.

– e più benevole, fisiologiche e condivisibili – finalità?

5. La complessiva legittimazione della Corte nel sistema risulta diminuita o accresciuta dall'uso delle nuove tecniche?

Con ogni evidenza non *tutti* gli studiosi hanno risposto a *tutte* le domande, ma è bene che esse restino sullo sfondo.

Per gli Autori più critici, le innovazioni processuali introdotte nella stagione del “riaccentramento” e, su tutte, il superamento delle rime obbligate e il rinvio dell’udienza a data fissa, hanno rappresentato certamente una netta *rottura* con il passato: più che un “svolta”, un vero e proprio “salto di qualità”.

Se lo chiede in termini dubitativi R. Romboli: «il superamento delle “rime obbligate” può essere considerato un elemento “della stessa pasta” oppure qualcosa di diverso che altera il sistema così come fin allora configurato? Credo sia indubbia la presenza di due importanti elementi di novità: a) la soluzione viene ricavata da una fonte appartenente alla legislazione ordinaria e non più costituzionale; b) la soluzione non risulta obbligata ma è soltanto una fra le soluzioni presenti nell’ordinamento, per cui è la Corte ad operare la scelta per individuare quella ritenuta, a suo giudizio, più idonea allo scopo. [...] il passaggio tra un’attività di interpretazione (della Costituzione) con cui viene individuata l’unica soluzione costituzionalmente corretta rispetto a quella di “scelta” discrezionale tra diverse soluzioni tutte presenti nell’ordinamento [rappresenta] il secondo elemento di novità di fondamentale importanza che consiste nel potere di “scelta” da parte della Corte, fin allora almeno nelle sue affermazioni sempre escluso»⁵²⁶. L’A., dopo aver convenuto con chi conclude per un «riscontrato salto di qualità»⁵²⁷, sostiene anch’esso che «non possa negarsi che le più recenti tipologie messe in atto dalla Corte costituzionale [...] abbiano determinato un sicuro mutamento istituzionale che pare porsi in contrasto con il principio della separazione dei poteri»⁵²⁸.

In termini molto più netti e risoluti, invece, e fin da subito (almeno a partire dai primi commenti all’ordinanza “Cappato”⁵²⁹), si colloca A. Ruggeri. Secondo questo Autore, il superamento del limite della discrezionalità legislativa «non è una delle tante forme di “normatività” caratterizzanti l’operato della Corte, distinguibile da quelle ormai invalse unicamente per quantità, ma comporta un vero e proprio salto di qualità che fatalmente travolge la natura dell’organo che lo compie, recidendo il filo della continuità evolutiva rispetto alle esperienze di giustizia costituzionale dapprima affermatesi»⁵³⁰. Per l’A., oggi «la Corte ci dice

⁵²⁶ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta Online*, n. 3/2023, 819.

⁵²⁷ *Ivi*, 822.

⁵²⁸ *Ivi*, 829.

⁵²⁹ Definita dall’ A. un «ircocervo costituzionale» in A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3/2018, 571 ss.

⁵³⁰ A. RUGGERI, *L’uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 869. In termini analoghi, ID., *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 2/2022, 34: «Il salto di qualità operato dalla più recente giurisprudenza è, infatti, d’immediata evidenza: per effetto di una crescente produzione “senza rima”, ormai la scelta tra il rigetto e l’accoglimento

che gli steccati sono ormai stati abbattuti e che essa può dunque mettere piede dappertutto e a piacimento, stabilendo cioè se far subito luogo all'occupazione del campo ovvero rimandarla di qualche tempo, sia o no esplicitamente prefissato. Ci dice, insomma, che garanzia e direzione politica non sono più due funzioni o attività (non dico separate ma neppure) distinte e, a conti fatti, distinguibili, una volta che si ammetta che la prima può scivolare e, snaturandosi, convertirsi nella seconda [...]. Come si vede, ormai è largamente superata la soglia della mera influenza della giurisprudenza costituzionale sulla direzione politica»⁵³¹.

Fra gli autori indubbiamente più critici si colloca poi il più giovane A. Morrone. Egli accusa la Corte di «suprematismo giudiziario»⁵³²: una locuzione che l'A. spiega di mutuare dal lessico artistico⁵³³ ma che, almeno a chi è digiuno di storia dell'arte russa contemporanea, inevitabilmente evoca concetti ben più spiacevoli⁵³⁴. Al di là delle (discutibili) aggettivazioni

accompagnato da una manipolazione (e, segnatamente, da un'addizione) dei testi di legge appare essere il frutto di una libera e praticamente incontrollata invenzione della stessa Corte».

⁵³¹ A. RUGGERI, *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, 477 s.

⁵³² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251.

⁵³³ Si riporta, per comodità, la definizione che l'A. stesso fornisce *ibidem* in nt. 1: «Spiego in che senso uso il lemma “suprematismo”. La parola entra nel lessico grazie alla rivoluzione condotta dal pittore russo Kazimir Malevič contro l'oggettività delle espressioni artistiche che riflettono la realtà percepita. L'arte suprematista e “l'arte senza rappresentazione”: l'opera non rappresenta la realtà ma ha un'esistenza propria e autonoma. Malevič diceva: “mi sono trasfigurato nello zero delle forme e sono andato al di là dello zero, cioè verso la creazione non oggettiva”; “tra l'arte di creare e l'arte di ripetere la differenza e grande”; “il pittore può essere creatore solo quando le forme nei suoi quadri non hanno nulla in comune con la natura” [K. MALEVIČ, *Suprematismo*, Milano 2000]. Ecco, proprio traslando il nome di questo movimento artistico intendo il “suprematismo giudiziario”: per indicare, cioè, un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare “realtà” o “forme” nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente. Una realtà non oggettiva che, però, si pretende di rendere tale attraverso diversi strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l'opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica». Nel “secondo tempo” della sua riflessione sullo stesso tema, l'A., in ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2021, 171, nt. 1, precisa che «il tema del suprematismo può essere considerato un aspetto di quel fenomeno dinamico per il quale il lato politico prevale sul lato giurisdizionale, ma ha poco a che vedere con il concetto di ri-accentramento in senso stretto o tecnico». Il contributo è ora raccolto in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccostamento del giudizio costituzionale?*, Torino 2021, 67 ss. ed appare anche in AA.VV. *Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa 2024, 21-42

⁵³⁴ Definire la Corte “suprematista” evoca, almeno a chi scrive e probabilmente anche a un pubblico di non esperti d'arte, un concetto di “superiorità” che oltreoceano ha alimentato posizioni razziste di movimenti di “suprematisti bianchi”. Il termine non è del tutto estraneo, infatti, né al linguaggio giornalistico né a quello delle istituzioni europee: v., per es. e fra i tanti, G. FERRARI, *Gli scontri negli Usa: l'eterno suprematismo che devasta l'America*, in *www.avvenire.it*, 31 maggio 2020; v. pure il Comunicato stampa del Parlamento europeo, *Il Parlamento condanna ogni forma di razzismo, odio e violenza e chiede di agire*, in *www.europarl.europa.eu*, 19.06.2020: «Seppur deplorando i singoli episodi di violenza verificatisi, il Parlamento sostiene le recenti proteste di massa in tutto il mondo contro il razzismo e la discriminazione, e condanna il “suprematismo bianco in tutte le sue forme”». Per approfondimenti, v. il recente volume di A. SCASELLATI SFORZOLINI, *Suprematismo bianco. Alle radici di economia, cultura e ideologia della società occidentale*, Roma 2023. Chi scrive, ovviamente, non mette in dubbio la buona fede dell'A., ma probabilmente non avremmo utilizzato un termine così ambiguo ed evocativo, funzionale probabilmente a gettare sulla Corte ombre più grandi e più scure dell'oggetto (cioè del termine) che le proietta. Termine del quale – forse non a caso – l'A. ha dovuto precisare il significato e che nel testo, viene utilizzato anche come sinonimo di superiorità/supremazia: a p. 261 si legge che «La nostra Corte, come altri tribunali costituzionali, ha solo tardivamente accolto la possibilità di accedere al giudizio della Corte di giustizia utilizzando quello strumento di dialogo; e, nel caso *Taricco*, piuttosto, l'ha fatto per affermare, insieme a quella del nucleo duro della costituzione, anche la *propria* supremazia». Il sospetto pare trovare conferma in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II*, cit., 173, laddove è lo stesso A. a chiarire che «l'interpretazione del

dell'operato recente della Corte, l'A. individua chiaramente in quest'ultimo un forte punto di rottura, tanto da formulare una «critica degli sconfinamenti della Corte costituzionale»⁵³⁵, intendendo con questi le «situazioni nelle quali il giudice supera il recinto della legittimazione e della Costituzione»⁵³⁶. È una critica che si riferisce tanto alle attività funzionali⁵³⁷ quanto alle attività istituzionali extrafunzionali. Non solo una “svolta”, ma un vero e proprio «*spartiacque*»⁵³⁸.

Con Morrone concordano altri. Per esempio, anche se in forma più *soft*, F. Paterniti, il quale recentemente ha sostenuto che la Corte ha inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale «della giustizia costituzionale decidente, dal non velato tenore politico-normativo»⁵³⁹, per effetto del quale addirittura si offrono «non trascurabili elementi di incertezza – se non di instabilità – rispetto alla stessa idea di Stato di diritto su cui si basano le dinamiche e gli equilibri istituzionali propri del nostro ordinamento»⁵⁴⁰. In questo contesto, l'A. ritiene che «la decisione politica, fin qui intesa come potere del solo Parlamento, pare così perdere i suoi originari connotati di *esclusività* che adesso ci vengono consegnati in termini di mera *preferenza*»⁵⁴¹. Tuttavia, sebbene lamenti l'emersione di «un quadro radicalmente mutato dei rapporti istituzionali»⁵⁴², l'A. conclude contraddittoriamente affermando che «i sempre più frequenti interventi del Giudice costituzionale appaiono, paradossalmente e al contempo, tanto impropri quanto – in un certo qual senso – necessari»⁵⁴³. Ma – ci si potrebbe chiedere – come può apparire “necessario” un intervento della Corte che risulti “improprio”, addirittura arrivando a mettere in discussione i fondamenti e gli equilibri del nostro ordinamento?

La lettura probabilmente più equilibrata e ragionevole – potrebbe dirsi intermedia fra opposte posizioni estreme – è che simili interventi della Corte siano sì necessari, e non abbiano natura “eversiva”, ma solo a determinate “condizioni”. Ma, proprio per la natura (positiva e) propositiva di tale approccio, se ne parlerà *funditus* nel prossimo Capitolo, dove si cercherà di delineare qualche proposta di regolazione e miglioramento del sistema.

In particolare, in ordine allo specifico problema delle c.d. omissioni del legislatore, la

suprematismo, invece, è una proposta per allargare la prospettiva di analisi alla giustizia costituzionale come *forma di dominio*, da studiare in rapporto agli altri poteri, pubblici e privati) (corsivo testuale!).

⁵³⁵ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ Secondo ID., *Suprematismo giudiziario*, cit., 253, «vi sono tre decisioni che negli ultimi anni hanno segnato una ennesima svolta: la sent. n. 1/2014 sulla legge elettorale proporzionale con premio di maggioranza, la sent. n. 10/2015 sulla *Robin Hood Tax*, l'ord. n. 207/2018 sul caso *Fabo-Cappato*».

⁵³⁸ *Ivi*, 255. Il riferimento è a ID., *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 578.

⁵³⁹ F. PATERNITI, *op. cit.*, 151. Il concetto di «giustizia costituzionale “decidente e normativa”» è mutuato da A. CARRINO, *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano-Udine 2019, 13 ss.

⁵⁴⁰ *Ivi*, 155. L'A. precisa che «adottando decisioni dal chiaro tenore politico, collocabili ben oltre il dettato legislativo e dunque lontane dal controllo di costituzionalità che su tale fonte la Corte è chiamata a svolgere, la Consulta sembra infatti aprire una breccia, anche nel nostro ordinamento, a quell'idea di rule of law caratterizzata da una concezione del diritto come universo complesso, entro il quale alla legge scritta, che e rappresenterebbe solo uno degli elementi, si andrebbe ad affiancare legittimamente anche il diritto prodotto dai giudici».

⁵⁴¹ *Ivi*, 158.

⁵⁴² *Ivi*, 159.

⁵⁴³ *Ivi*, 160. L'A. rinvia poi al suo ID., *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 34/2020, 178 ss.

ricordata dottrina critica è molto severa.

Ruggeri, muovendo dalla tradizionale differenza fra omissioni legislative *absolute* e *relative*, rileva in primo luogo che il reale problema non si pone per le discipline legislative costituzionalmente imposte, ma «con riguardo ai casi in cui non si ha alcuna esplicita previsione dell'intervento del legislatore, in relazione ai quali non soltanto è tutta da verificare la sussistenza della omissione ma, di più, si tratta poi di stabilirne la consistenza»⁵⁴⁴. In secondo luogo, Ruggeri nota come «è la scoperta di sempre nuovi diritti e le crescenti pretese di appagamento avanzate sia dagli stessi che dai vecchi diritti» a far sì che «crescendo le pretese in parola, crescono altresì e si fanno sempre più vistose le omissioni del legislatore», con la conseguenza che «la forbice tra ciò che è già normato e ciò che dovrebbe normarsi si allarga così sempre di più»⁵⁴⁵. L'A. rileva infine che, se «fino a pochi anni addietro si pensava (e, per vero, ancora oggi molti pensano) che avverso le omissioni assolute non vi fosse alcun rimedio, la Corte oggi ci mostra che invece esso può talora aversi, seppur con il costo – francamente insopportabile – di un *innalzamento vistoso e insopportabile del tasso di politicità del giudizio*»⁵⁴⁶ (mio il corsivo). Ruggeri, quindi, denuncia «una Corte che rivendica per sé la *Kompetenz-Kompetenz* nei suoi rapporti con il legislatore, assumendo di poter cumulare su di sé – innaturalmente [...] – le qualità del massimo garante del sistema costituzionale e del massimo decisore politico [...]. Una Corte, insomma, che, nel corso di una stessa partita, alterna a piacimento il ruolo dell'arbitro e quello del giocatore, presentandosi ora come *viva vox Constitutionis* ed ora come *Constitutioni soluta*»⁵⁴⁷. La conclusione a cui arriva l'A. è che non deve essere la Corte a “inventare” i c.d. nuovi diritti fondamentali, colmando così le omissioni legislative; a tale opera di “riconoscimento” deve provvedervi il legislatore costituzionale⁵⁴⁸.

Sembra sulla stessa lunghezza d'onda anche Romboli, il quale – tacendo, e quindi sorvolando, sulla lunga storia delle decisioni costituzionali *additive* – sostiene che le «in Italia, come noto, non è prevista, tra le competenze della Corte, quella di giudicare sulle omissioni del legislatore, a differenza di quanto accade in altre esperienze anche europee», anche se non è a ciò imputabile la «mancata soluzione del problema», in quanto «il controllo sulle omissioni legislative è evanescente, in quanto coincide con l'assenza di una norma», tenuto conto che, lì dove previsto, «i casi di controllo delle omissioni sono state finora abbastanza rari e non hanno condotto ad altro effetto che di portare il caso all'attenzione del legislatore senza alcuna

⁵⁴⁴ A. RUGGERI, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 196.

⁵⁴⁵ *Ivi*, 204.

⁵⁴⁶ *Ivi*, 207.

⁵⁴⁷ A. RUGGERI, *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, cit., 479.

⁵⁴⁸ A. RUGGERI, *Omissioni del legislatore*, cit., 210 s.: «La prima e più efficace garanzia sostanziale sta, dunque, nella fedeltà degli atti con cui sono “inventati” i diritti alle consuetudini in parola. Tutto ciò, tuttavia, non basta; e qui soccorre la garanzia formale, vale a dire il bisogno che a siffatta invenzione provvedano atti di forma costituzionale, i soli idonei a portarsi oltre la “logica” di schieramento [...]. Sta di fatto che il modello qui nuovamente patrocinato non ha da noi trovato accoglienza. [...] Per il modello teorico nel quale mi riconosco, infatti, ad una prima disciplina con fonte di forma costituzionale dovrebbe far seguito un'ulteriore disciplina, volta – come si è veduto – a dare la *tutela* ai diritti previamente *riconosciuti*, essa pure connotata da duttilità di struttura e, perciò, da apertura ed essenzialità dei disposti, si da potersi quindi consegnare agli operatori (e, segnatamente, ai giudici) in vista delle sue opportune specificazioni-attuazioni in ragione dei casi».

possibilità di costringerlo ad intervenire»⁵⁴⁹. In relazione al caso italiano distingue, poi, «*al fine di determinare i limiti agli interventi creativi dei giudici*, tra quelli che potremmo chiamare i “diritti costituzionali” espressamente ed inequivocabilmente garantiti, in maniera diretta o implicita, dalla Costituzione ed i “diritti legali”, i quali non sono imposti, né vietati dalla Costituzione, ma semplicemente permessi e quindi rilasciati alla scelta discrezionale del parlamento»⁵⁵⁰ (mio il corsivo).

A sua volta Morrone, criticando gli “sconfinamenti” della Corte, vede nelle recenti innovazioni processuali addirittura «molte delle caratteristiche della *decisione sovrana* di cui parlava Carl Schmitt», in special modo quando la Corte fa ricorso al concetto di “zone franche” che, per l’autore, è «espressione *ambigua e aperta a qualsivoglia significato*» (ma che, secondo la più recente giurisprudenza, non possono esistere e restare sottratte al sindacato di costituzionalità). In tal modo, secondo l’A., la Corte «allarga i suoi poteri» ma «il risultato, tuttavia, *non è mai a costo zero*: garantire diritti o valori per evitare zone franche, può implicare il *superamento di confini costituzionali*, come la salvaguardia del principio della separazione dei poteri»⁵⁵¹. Infatti, la Corte, facendo un «uso *flou* del principio di ragionevolezza [...] trasforma il sindacato in un giudizio sostanzialmente libero. La costruzione della norma conseguente all’applicazione della ragionevolezza – che, sia chiaro, causa *sempre* un trauma al principio di divisione dei poteri – sganciata da parametri prestabiliti, diventa il risultato dell’esercizio giurisdizionale di una *funzione legislativa*»⁵⁵². Va da sé che, per l’A., in tema di omissioni legislative, «la Corte costituzionale ha fatto proprio quel che dovrebbe evitare: individuare una *propria* soluzione positiva, che è solo una delle tante possibili»⁵⁵³. Questo accade perché «la Corte costituzionale dà la parola alla Costituzione anche quando essa è muta. [...] il silenzio della Costituzione delinea uno spazio materiale *di norma* sottratto all’impero del diritto della Costituzione; che dovrebbe sfuggire all’irradiazione di una volontà normativo-costituzionale ad ogni costo; che non impone, nel mutismo del testo ovvero per una volontà testuale espressa in negativo, una norma costituzionale necessaria o, addirittura, a contenuto costituzionalmente vincolato»⁵⁵⁴. Quest’ultima tesi sembra però piuttosto debole, se non estrema: com’è noto, infatti, buona parte del contenuto della Costituzione va ben oltre il mero “testo” del 1948, essendo invece costituita da un “meta-testo” di natura largamente implicita, che tocca soprattutto alla Corte *esplicitare* con equilibrio in via evolutiva⁵⁵⁵.

Paterniti aggiunge alle suesposte critiche ulteriori argomenti, partendo dal presupposto che si possa operare una «distinzione tra legislazione per omissione e inerzia del legislatore»⁵⁵⁶, facendo notare che «la mancata introduzione di una determinata disciplina, infatti, non sempre può essere identificata come una dimenticanza o in termini di negligenza del legislatore,

⁵⁴⁹ R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 824.

⁵⁵⁰ *Ivi*, 825.

⁵⁵¹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit. 254.

⁵⁵² *Ivi*, 264.

⁵⁵³ *Ivi*, 266.

⁵⁵⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II*, cit. 182.

⁵⁵⁵ Sul punto, per tutti, cfr. A. SPADARO, in diversi lavori: da ultimo in *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 16/2021 (30 giugno 2021), 208 ss. *Ivi* ulteriore bibl.

⁵⁵⁶ F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore*, cit., 42.

potendo invece in alcuni casi essere intesa come il frutto di una scelta legislativa, precisa e ragionata, seppure di tipo omissivo» e che «l'ipotesi della legislazione per omissione, pur concretizzandosi nell'assenza di normazione, registra comunque un dibattito parlamentare che, in ragione degli orientamenti ivi emersi e dalle scelte (a che omissive) che si è inteso adottare, permette di ricavare gli indirizzi del legislatore su una determinata materia»⁵⁵⁷; in questi casi, non si sarebbe in presenza di «una mera inerzia, che necessita di essere colmata, quanto piuttosto [di] una decisione (politica) di non decidere, che, in quanto tale non può essere scavalcata o scardinata dalla visione (tra l'altro soggettiva e, quindi, a sua volta politica) di un organo giudiziario al quale l'ordinamento ha affidato il ruolo di controllore e non di decisore»⁵⁵⁸. L'A., riprendendo la distinzione tra «i silenzi del legislatore (omissioni assolute) dai silenzi della legge (omissioni relative e indirette)»⁵⁵⁹, sostiene che «l'eventualità di sentenze dal chiaro tenore normativo, in grado cioè di immettere – di fatto – precetti prima assenti nel mondo del diritto positivo, dovrebbe venire a inverarsi come *extrema ratio* cui ricorrere solo laddove l'obiettivo costituzionale che si ritiene di voler così tutelare appaia chiaro e inequivoco, prima ancora che vittima della disattenzione del legislatore. Diversamente [...], laddove il giudice delle leggi, [...] si spingesse addirittura oltre, evidenziando, in presenza di una omissione del legislatore, anche il percorso normativo ritenuto più adeguato per concretizzarne la tutela, sarebbe concreto il rischio di camuffare una lacuna ideologica sotto le mentite spoglie di una lacuna incostituzionale, così determinando una esondazione della funzione del controllore costituzionale nel campo della decisione squisitamente politica»⁵⁶⁰.

Un'ulteriore questione su cui si sono incentrate le critiche della dottrina si concentra poi su un aspetto particolare della recente giurisprudenza della Corte, relativa al rapporto fra i due principi cardine dello Stato costituzionale, cristallizzati dall'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, secondo la quale, com'è noto, «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione».

Il ragionamento avanzato dalla dottrina più critica ruota attorno alla considerazione per cui la Corte, sostituendosi al legislatore, viola il principio di separazione dei poteri, e di conseguenza mette in pericolo la garanzia dei diritti. In sostanza, questa dottrina critica quegli Autori che, dando ragione alla Corte, sostengono che il fine (la tutela dei diritti) giustifichi i mezzi (il sacrificio della separazione dei poteri).

L'A. che più di ogni altro ha appuntato le sue critiche sulla (asserita) violazione dell'art. 16 sopra citato è senz'altro Ruggeri. Egli critica fortemente la «impropria obiezione avanzata da quanti, ispirandosi alla “logica” machiavellica del fine che giustifica il mezzo, reputano che

⁵⁵⁷ *Ivi*, 43.

⁵⁵⁸ *Ivi*, 46.

⁵⁵⁹ *Ivi*, 47.

⁵⁶⁰ *Ivi*, 133. Sul diverso valore da dare al “silenzio legislativo” e al “diritto vivente”, v. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994 e A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 107 e 193.

ciò che solo conta è che i diritti costituzionali siano comunque salvaguardati»⁵⁶¹. A questa logica, secondo l’A., potrebbero opporsi almeno due argomenti: in primo luogo, che «lo snaturamento dei ruoli istituzionali è un prezzo che l’ordinamento costituzionale non è in grado di pagare, dal momento che ne sarebbero fatalmente contagiati gli stessi diritti [...]. Zoppo di una delle due gambe su cui si regge e con le quali soltanto può portarsi avanti nel suo non lineare, comunque sofferto, cammino, lo Stato costituzionale sarebbe infatti condannato a dissolversi e con esso, perciò, ad essere sacrificati proprio quei diritti per la cui salvaguardia è venuto ad esistenza»⁵⁶². È questo un elemento portante della riflessione dell’A., più volte ribadito anche in successivi contributi⁵⁶³. In secondo luogo, si rileva, poi, che «è tutto da vedere se, in una vicenda processuale data, siano davvero in gioco diritti costituzionali pretermessi e bisognosi, pertanto, di essere finalmente protetti»⁵⁶⁴. Si tratta di una questione molto più ampia, dunque, che necessita una risposta alla domanda «Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela»⁵⁶⁵, tema straordinariamente complesso, su cui non è possibile in questa sede indugiare oltre. In estrema sintesi, per Ruggeri, la Corte è criticabile nella misura in cui i diritti fondamentali sono tutelabili ma solo nella cornice della separazione dei poteri⁵⁶⁶; cornice che viene infranta nel momento in cui la Corte interviene superando la discrezionalità legislativa.

Anche per A. Morrone, come potrebbe essere facile intuire, date le ricordate premesse, il fine (tutela dei diritti) non potrebbe mai giustificare i mezzi (mediante gli “sconfinamenti” dal processo costituzionale): «nel leggere le sempre più diffuse apologie della Corte costituzionale, della sua moderazione, della sua meritoria azione di difesa dei cittadini contro lo strapotere della maggioranza in omaggio del dogma della massima tutela dei diritti, che

⁵⁶¹ A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”), frutto di libera invenzione della Consulta. A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2019, 641.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ Probabilmente per difetto, ho rinvenuto il riferimento all’art. 16 della *Déclaration* in almeno dieci recenti contributi, dal tenore fondamentalmente analogo se non identico: A. RUGGERI, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, cit., 204; ID., *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2021, 581; ID., *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in *dirittifondamentali.it*, n. 3/2022, 418; ID., *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Diritti comparati*, n. 2/2022, 566; ID., *In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)*, in *Consulta online* n. 3/2022, 1013; ID., *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, n. 2/2022, 338; ID., *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 2/2022, 29; ID., *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 3/2022, 43; ID., *L’uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 865; ID., *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2023, 30.

⁵⁶⁴ A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito è “legge”*, cit., 642.

⁵⁶⁵ ID., *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta online*, n. 2/2016, 263 ss. L’ A. ha di recente affrontato il tema in ID., *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2022, 405 ss. e ID., *Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?*, in *Consulta online*, n. 1/2023, 204 ss.

⁵⁶⁶ ID., *L’uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 866: «La separazione dei poteri è, dunque, il mezzo, l’effettività dei diritti il fine. Immaginare che possa aversi questa senza quella sarebbe cosa del tutto priva di senso» (corsivo testuale).

impone di intervenire in qualsiasi spazio, anche in quelli che la Costituzione ha volutamente lasciato liberi agli organi elettivi, intravedo un *pregiudizio*. Quello di considerare *superiorem non recognoscens*, e al di sopra di ogni sospetto, la Corte costituzionale proprio *in quanto organo di garanzia della Costituzione*. Come se il fine giustificasse *qualsiasi mezzo*»⁵⁶⁷. Del resto, «l'art. 16 della *Déclaration*, che una certa ideologia ha ipostatizzato a fondamento permanente del concetto moderno di Costituzione, non ha mai significato che la garanzia dei diritti potesse travolgere l'organizzazione dei poteri»⁵⁶⁸. Si tratta di affermazioni comprensibili, ma – mi sembra – *tranchant* e piuttosto apodittiche.

A sua volta, sempre rispetto ai principi della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti fondamentali, Romboli – dopo aver precisato di non vedere «alcuno spazio per un bilanciamento fra i due principi e tanto meno nel senso di giustificare la violazione della separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti»⁵⁶⁹ – si chiede provocatoriamente, «ragionando assolutamente per assurdo: che dire se di fronte ai ritardi con cui vengono decisi i processi, al fine di tutelare i diritti dei cittadini, il legislatore sostituisse, anche temporaneamente, i giudici con altri soggetti estranei all'ordinamento giudiziario e quindi privi delle garanzie di quanti vi fanno parte»⁵⁷⁰ o, ancora, «quale sarebbe il giudizio della dottrina e degli altri organi costituzionali qualora il Capo dello Stato, seppure in via eccezionale e per evitare “una gravissima violazione di un diritto fondamentale”, si sostituisse al parlamento nel dettare la disciplina necessaria»⁵⁷¹. Mi sembrano argomenti da non trascurare, ma estremi, diciamo pure “di scuola”, meramente accademici, ove si consideri che proprio la Costituzione affida prioritariamente alla Corte il compito di controllare, su impulso esterno e mai *ex officio*, la conformità della legge alla Costituzione. Nessun altro soggetto istituzionale ha questo potere e questa “statura” di organo di chiusura del sistema, così come nessun atto imputabile allo Stato è sottratto a un possibile controllo (in diverse sedi) da parte dei giudici di Palazzo della Consulta (secondo la tanto criticata – quanto acquisita – teoria dell'inesistenza delle zone franche); viceversa, va ricordato, le sentenze della Corte sono sempre inappellabili *ex art. 137, u.c. Cost.*

Un ulteriore punto su cui è opportuno ora ragionare è relativo alle *intenzioni* sottese al recente interventismo giurisprudenziale della Corte. La dottrina più critica – nel sostenere che il *mezzo* è sicuramente cattivo (adozione di tecniche decisorie volte a sostituirsi alla discrezionalità legislativa) e che quindi non giustifica il fine (garanzia diritti fondamentali) – si divide: alcuni sostengono che il predetto fine sia buono e altri, invece, mettono addirittura in discussione la bontà del fine, intravedendo una ricerca di “potere” da parte della Consulta e quindi un chiaro intento “politico”.

Fra chi critica l'interventismo della Corte, sostenendo però la «bontà dell'intenzione,

⁵⁶⁷ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II*, cit., 174.

⁵⁶⁸ *Ivi*, 194.

⁵⁶⁹ R. ROMBOLI, *op. cit.*, 823. L'A. precisa, inoltre, che «Il rispetto della separazione dei poteri rappresenta infatti la cornice entro la quale tutti gli organi dello stato sono chiamati a svolgere le loro funzioni e l'obiettivo di garantire i diritti è prioritario e comune a tutti i poteri dello stato, ma nello spazio delineato ad ognuno di loro dalla cornice della separazione dei poteri».

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ *Ivi*, 829.

che ovviamente non si revoca minimamente in dubbio»⁵⁷², si collocano Ruggeri e Romboli, con la precisazione che quest'ultimo A. – nonostante le ricordate, dure critiche – riconosce comunque un «meritorio intento di dare tutela a diritti costituzionali»⁵⁷³.

Fra chi invece mette in discussione persino la bontà del fine dell'interventismo della Corte, spicca certamente, per severità, A. Morrone. Egli, fondamentalmente e semplificando, con diverse perifrasi, in breve accusa la Corte di “fare politica”, come se la Costituzione (di cui la Corte è *naturale* interprete) non fosse appunto il nobile tentativo di razionalizzazione giuridicamente proprio la *politica*⁵⁷⁴. In particolare, l'A. vede un «problema di legittimazione: che [...] discende [...] politicamente, dalla ricerca di un consenso intorno alle decisioni prese, dall'esigenza di costruire un'adesione da parte dell'opinione pubblica sui suoi contenuti»⁵⁷⁵. E ciò non solo in relazione all'attività funzionale dell'organo, che, si riconosce, «comunque non è affatto esente da risvolti politici»⁵⁷⁶, ma anche in relazione a quella che «si potrebbe qualificare genericamente come *attività istituzionale*, che la Corte esercita *oltre* il recinto della costituzione, *al di fuori* del “nesso funzionale” tracciato dalla norma di riconoscimento tra l'organo e le sue competenze. In questa attività istituzionale [...] la Corte costituzionale opera nella società come se fosse un qualsiasi attore della *scena politica*»⁵⁷⁷ e, soprattutto con iniziative come quella del “Viaggio in Italia” nelle scuole e nelle carceri, ha «raggiunto un risultato *politico* preciso, se si ascolta l'eco avuto nell'*agorà*: nell'opinione pubblica non è rimasta ignota – anzi è emersa nitidamente – la distanza che ha finito per separare la Corte dalle istituzioni di governo, manifestando, la prima, una sensibilità che stride col sostanziale distacco delle seconde»⁵⁷⁸. Risultato conseguito anche grazie ai nuovi strumenti comunicativi mass-

⁵⁷² A. RUGGERI, *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 867. Sebbene abbia riconosciuto, poco prima, che in tal modo prende forma «un autentico *ossimoro costituzionale*: laddove, secondo modello, la separazione dei poteri è qualificata strumento indispensabile per dar voce ai diritti, qui si ha proprio l'inverso, assumendo il massimo garante della legalità costituzionale di potere (e dovere) immolare il principio in parola sull'altare dei diritti, in vista cioè del loro massimo appagamento possibile alle condizioni oggettive di contesto, una volta constatata l'incapacità del legislatore a provvedervi. Un dato di fatto innegabile, quest'ultimo, che nondimeno – come si viene dicendo – non giustifica l'abnorme forma di “sussidiarietà” posta in essere dalla Consulta con l'abbandono del limite di cui qui si discorre».

⁵⁷³ R. ROMBOLI, *op. cit.*, 829.

⁵⁷⁴ In questo senso, molto fermamente e per tutti, v. A. SPADARO, da ultimo in *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017 (8 marzo 2017), 1 ss.

⁵⁷⁵ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 258.

⁵⁷⁶ *Ivi*, 268. In quanto, sostiene l'A., «l'uso della Costituzione e l'esercizio delle attribuzioni da parte della giurisdizione costituzionale, almeno indirettamente, implicano sempre una domanda di legittimazione e di consenso *politico*».

⁵⁷⁷ *Ibidem*. L'A. ricomprende in queste attività tutte quelle in cui, fondamentalmente, ciascun giudice costituzionale ha la possibilità di esprimere il proprio pensiero pubblicamente: non solo i seminari di studi predisposti direttamente dalla Corte ma anche «l'attività pubblicistica e divulgativa compiuta da ciascun giudice costituzionale (interventi a convegni, articoli e interviste sulla stampa, video ecc.)», in cui il pensiero comunque espresso *non è mai neutrale*, perché, quale ne sia il senso o il contenuto, esso si presta inevitabilmente agli usi *politici* più svariati. Al di là degli intenti [...] e un fatto che questa attività individuale espone il giudice costituzionale alle *conseguenze della mediatizzazione* (cercata o provocata non conta), e tende a portare allo scoperto un *profilo politico* (nel senso ampio di *ciò che riguarda la comunità politica*: domande, interessi, risposte della *polis*) che, *quidquid id est*, e altro rispetto al *munus* (funzionale o istituzionale in senso stretto) che spetta al giudice come componente di un organo cui la costituzione assegna poteri specifici, esclusivi e eccezionali».

⁵⁷⁸ *Ivi*, 273 s.; tutti i corsivi sono testuali.

mediali e ai comunicati stampa, grazie ai quali «la Corte costituzionale costruisce la propria immagine più di quanto non facciano le decisioni di casi: tratteggiano la sagoma che il giudice delle leggi vuol consegnare all'opinione pubblica»⁵⁷⁹. L'istanza che (se non ne abbiamo frainteso il senso, con un'interpretazione *in bonam partem*) sembra emergere dalle tesi di Morrone, di non subordinare l'operato della Corte ai *desiderata* della volubile “opinione pubblica” – concetto ben diverso, come più volte in questa sede si è sottolineato, da quello di “coscienza sociale” – è senz'altro legittima, ma la critica da Questi mossa alla Corte sembra eccessiva e francamente preconcetta, essendo appunto legata, ci sembra, ad un più generale pregiudizio contro la giurisdizionalizzazione dello Stato (che l'A. chiama appunto *suprematismo giudiziario*).

Anche Paterniti, a commento della sentenza conclusiva della vicenda “Cappato”, afferma che ciò che «sembra emergere e prendere corpo è la “scelta politica” della Consulta, orientata nel senso di riconoscere una nuova libertà individuale, differente da quella già oggetto di attenzione e protezione legislativa, le cui radici per di più non paiono espressamente ricavabili neanche dal Testo costituzionale. Palesandosi, nei termini accennati, come l'intervento della consulta manifesti una precisa volontà politica oltre (o forse prima) che giuridico-costituzionale»⁵⁸⁰, determinando una «esondazione della funzione del controllore costituzionale nel campo della decisione squisitamente politica»⁵⁸¹. Non è ben chiaro, però, quale possa essere l'obiettivo di questa “scelta politica”: l'A. si limita solo a evidenziare il rischio che l'intervento della Corte potrebbe «velare sotto un'apparente “supplenza” nei confronti del legislatore un differente ed improprio “protagonismo” che [...] appare particolarmente rischioso ove imputabile al Giudice costituzionale»⁵⁸². Ma – ci si può chiedere – si tratta di un protagonismo fine a se stesso? O di un protagonismo necessario, legato a finalità di tutela costituzionale? Non sembra che Morrone, o Paterniti, forniscano risposte realmente adeguate alle domande testé formulate.

V'è, infine, un'ultima questione, relativa cioè alla complessiva *legittimazione della Corte nel sistema*, che per gli Autori più critici dell'attivismo giurisprudenziale sembra ora rimessa in discussione, quando non fortemente ridotta.

Ruggeri, per esempio, paradossalmente arriva a questa conclusione partendo da un dato piuttosto ovvio e indiscusso, e cioè che la legittimazione di cui la Corte ha bisogno «non trae origine e si manifesta con moto ascendente, *dal basso*, bensì in modo discendente, *dall'alto*, radicandosi nella Costituzione, nei suoi valori, nei canoni che vi danno voce e che presiedono al loro invero nell'esperienza, anche – per ciò che è qui di specifico interesse – per il modo con cui la Corte vi offre il proprio fattivo concorso in occasione dell'esercizio del *munus* demandatole»⁵⁸³. Ma, potrebbe facilmente obiettarsi, non è proprio questo dato – quel che da

⁵⁷⁹ *Ivi*, 275.

⁵⁸⁰ F. PATERNITI, *op. cit.*, 132.

⁵⁸¹ *Ivi*, 133.

⁵⁸² *Ivi*, 135.

⁵⁸³ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione*, cit., 30. Nello stesso senso, ID., *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale” (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2018, 7.

molti anni un'attenta dottrina chiama appunto "legittimazione dall'alto" degli organi di garanzia, a differenza della "legittimazione dal basso", propria degli organi di indirizzo politico⁵⁸⁴ – che giustifica l'attuale audace intervento sussidiario della Consulta? L'A., però – apparentemente in modo contraddittorio – riconduce invece la legittimazione della Corte alle attività extrafunzionali di quest'ultima: «i rischi legati alla ricerca di consensi a mezzo di strumenti diversi dall'esercizio della giurisdizione sono – a me pare – evidenti e di certo non giovano alla legittimazione della Corte»⁵⁸⁵, in taluni casi (ad es. con i comunicati-stampa), risolvendosi in «un vero e proprio *boomerang* per la Corte»⁵⁸⁶. Ciò non solo per il «rischio dello scollamento fra comunicato e decisione», ma anche – e soprattutto – perché «può darsi fiato a critiche strumentali provenienti ora da questa ed ora da quella parte nei riguardi della Consulta, con conseguente delegittimazione dell'operato da questa svolto al servizio della Costituzione»⁵⁸⁷, con una «sovraesposizione mediatica, di cui [...] si giovano strumentalmente anche taluni operatori politici per fini di parte»⁵⁸⁸.

Per Morrone la Corte, che «ha messo in gioco se stessa»⁵⁸⁹, ha «bisogno di attribuirsi una rinnovata legittimazione»⁵⁹⁰, ma le recenti tendenze giurisprudenziali la impediscono, in quanto «una ragionevolezza ridotta a proporzionalità a rime libere mina in radice la legittimazione della Corte costituzionale»⁵⁹¹. L'A. mette in guardia poi dai «rischi di un *cortocircuito*: ciò che dovrebbe delimitare la legittimazione del giudice non è altro che un *prodotto* della sua stessa attività (funzionale e istituzionale). Chiamiamola allora col suo vero nome: si tratta piuttosto di un' *auto-legittimazione*. Un fatto in sé *scabroso*»⁵⁹², mediante il quale «il giudice costituzionale, come qualsiasi attore politico, arricchisce *altrimenti* la sua legittimazione, specialmente mediante la costruzione di un consenso politico sulle sue attività, stabilendo un rapporto (indiretto o diretto) con l'opinione pubblica»⁵⁹³. Ancora una volta, emerge una posizione molto dura, che attirerà diverse critiche e due risposte "pubbliche" da parte di autorevole dottrina, come vedremo nel § successivo.

Quanto a Romboli non dice se la Corte abbia aumentato o diminuito la propria legittimazione, ma critica «le tesi secondo cui sarebbe il consenso popolare a rendere effettive le sentenze della Corte, la cui giurisprudenza non avrebbe alcuna efficacia se non incontrasse il consenso [...]. La legittimazione della Corte [...] deriva dall'esercizio in maniera obiettiva ed imparziale delle funzioni di garanzia ad essa attribuite dalla Costituzione e ruolo fondamentale allo scopo viene ad assumere la motivazione delle decisioni ed il rispetto delle regole

⁵⁸⁴ Il riferimento, dovuto, è a chi per primo in Italia, con diversi lavori, ha sottolineato con chiarezza il punto, A. SPADARO, del quale per es. v.: *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, cit., 569 ss. e ID., *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017 (pubb. 02.08.2017).

⁵⁸⁵ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione*, cit., 31.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 256.

⁵⁹⁰ *Ivi*, 258.

⁵⁹¹ *Ivi*, 268.

⁵⁹² *Ivi*, 279.

⁵⁹³ *Ivi*, 280.

processuali»⁵⁹⁴. Tesi che, come subito vedremo, verrà almeno in parte contestata da E. Cheli.

7. (segue): b) secondo la dottrina più favorevole, se vista “nel contesto”, la necessità di “rendere giustizia costituzionale” è una “*culpa felix*”

Fra gli Autori che hanno accolto più benevolmente le recenti innovazioni processuali si colloca senz'altro Gaetano Silvestri, il cui percorso⁵⁹⁵ accademico, scientifico e poi istituzionale lo ha portato a una rimediazione delle critiche formulate a proposito delle «sentenze normative»⁵⁹⁶ della Corte costituzionale, fino a considerarle una «*culpa felix*»⁵⁹⁷ volta a «rendere giustizia costituzionale»⁵⁹⁸. Accanto a Silvestri, si segnala poi la posizione fondamentalmente “favorevole” di Marco Ruotolo, che qui si prende in considerazione anche per le sue esplicite risposte a diverse delle copiose critiche affrontate nel paragrafo precedente, così come hanno fatto, in maniera quantitativamente più circoscritta, Roberto Bin ed Enzo Cheli.

Proviamo ora a rispondere alle cinque domande con cui abbiamo avviato l'analisi del § precedente.

Il primo punto, come forse si ricorderà, è relativo al modo in cui interpretare la “svolta”

⁵⁹⁴ R. ROMBOLI, *op. cit.*, 823. Anche perché, rileva *ibidem* l'A., la Corte è «un soggetto di garanzia che opera in senso antimaggioritario e quindi non democratico, con il compito di razionalizzare, in sede di controllo, i prodotti del legislatore e tenendosi quindi distante da questo e dalla ricerca di consenso popolare».

⁵⁹⁵ Un'interessante ricostruzione del percorso teorico che porta Silvestri a cambiare idea sulle “rime obbligate” è offerta da D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, n. 2/2021, spec. 21 ss.: «In un ricordo di Vezio Crisafulli, Silvestri ha riferito che, dopo la pubblicazione del suo saggio, già citato, del 1981, lo studioso genovese, allora giudice costituzionale, lo convocò a Roma e riconobbe che la critica teorica aveva del vero, ma che di quei pur discussi strumenti non si poteva fare a meno. La conclusione persuase Silvestri, il quale addivenne così a usare l'espressione liturgica di *felix culpa* [...] proprio per dare atto della necessità degli strumenti per bonificare l'ordinamento. L'autore riconobbe di avere ricevuto “una grande lezione scientifica e anche morale” da Crisafulli, la quale – ironia della sorte – gli fu utile allorché, nel 2007, divenuto a propria volta giudice costituzionale, partecipò all'approvazione di sentenza che, per risolvere una situazione particolarmente intricata, riesumava lo schema a lungo negletto dell'accoglimento interpretativo. In questo modo – conclude Silvestri nelle pagine ora in esame – la Corte costituzionale ha assolto alla propria duplice responsabilità: sia verso l'ordinamento in generale, sia verso le parti dello specifico giudizio *a quo*. Si tratta di considerazioni che lo stesso autore ha confermato anche in seguito, riconoscendo che Crisafulli agiva guidato da un grande senso pratico e dalla chiara attenzione al chiaroscuro». Tega rileva poi che Silvestri, nel 2013, a un mese dalla conclusione del suo mandato di Presidente della Corte Costituzionale, aveva criticato la *judicial deference* mostrata dalla Corte nella famosa e “sofferta” sentenza Torreggiani sul sovraffollamento carcerario e il “comodo scudo del *non possumus*”; questo fa concludere a Tega che «il cerchio si chiude: il giovane studioso, che criticava la creatività solo in parte velata dalla dottrina delle cd. rime obbligate, trentatré anni dopo, al termine del suo servizio a Palazzo della Consulta, ribalta la critica nel senso opposto, per gli impacci eccessivi che questa stessa dottrina oppone alle possibilità di intervento del giudice costituzionale, dinanzi a patologie conclamate e troppo a lungo trascurate dal legislatore».

⁵⁹⁶ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 755 ss.

⁵⁹⁷ G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, 32.

⁵⁹⁸ G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 979.

giurisprudenziale oggetto di analisi in questo Capitolo: continuità o rottura?

Silvestri riconosce come effettivamente oggi «la Corte – provocando, come in passato, altissimi lai – tende ad abbandonare lo schermo delle “rime obbligate”, per mostrare con schiettezza il ruolo delle sue decisioni come fonti integrative dell’ordinamento». Pertanto, si chiede espressamente come ciò stia avvenendo e dunque in che modo il giudice delle leggi stia compiendo «questo ulteriore passo avanti». Smascherando il meccanismo della “doppia pronuncia” e le “rime obbligate” quali meri «artifici retorici», rileva lapidario: «come tutti gli artifici, ancorché frutto di acuto ingegno, l’uno e l’altro erano destinati a durare per un tempo limitato»⁵⁹⁹. Silvestri rileva una linea di continuità nella misura in cui «già da molti anni [...] la Corte crea e potenzia i suoi strumenti operativi» e che, a lungo andare, ha dovuto «prendere atto che la *judicial deference* che stava alla base di mancate pronunce di accoglimento, sostituite da decisioni di inammissibilità con o senza moniti, veniva utilizzata dal mondo politico come comodo espediente per riporre nei cassetti problemi spinosi»⁶⁰⁰. Per questo, a commento del rinvio dell’udienza a data fissa deciso con l’ordinanza *Cappato*, rileva che «non violazione di norme scritte, ma allontanamento da una prassi che aveva mostrato la sua inadeguatezza», realizzando così sì una *judicial deference*, ma «a tempo»⁶⁰¹. L’A. sostiene che la Corte, nelle più recenti innovazioni processuali, si è comunque mantenuta «fedele alla logica complessiva del legislatore, corregge[ndo] questo o quell’aspetto particolare, senza perdere di vista le connessioni tra le norme, sia nella fase demolitoria, che in quella ricostruttiva. Non è caduto il rispetto per la discrezionalità legislativa, ma soltanto la pratica distorta della *judicial deference*, intesa impropriamente come timore reverenziale»⁶⁰².

Ruotolo propone una chiave di lettura diacronica, che cerca di tener conto delle varie “fasi” della giurisprudenza costituzionale nell’arco della storia repubblicana⁶⁰³. Reputa che: «la riflessione sulle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale debba essere condotta avendo presente il contesto storico-politico nelle quali si collocano. Quella che può apparire come una “inquietante” novità, nei termini ora di un presunto “stravolgimento” delle regole processuali ora di un’ardita “creazione” sul piano delle tecniche decisorie, potrebbe magari essere invece intesa nella forma di una lettura evolutiva dei principi o delle regole del processo costituzionale funzionale all’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”»⁶⁰⁴. Della necessità di tenere in considerazione il “contesto” storico-politico in cui si collocano le decisioni della Corte è convinta anche D. Tega, le cui riflessioni abbiamo già esposto nel § 5, cui si rimanda, in tema

⁵⁹⁹ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, numero monografico contenuto in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 30

⁶⁰⁰ *Ivi*, 30 s.

⁶⁰¹ *Ivi*, 32.

⁶⁰² *Ivi*, 33

⁶⁰³ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. e Soc.*, n. 1/2020, 53: «la storia della giustizia costituzionale è fatta di “posizionamenti” e di “riposizionamenti” che meritano di essere letti nel contesto storico politico nel quale gli stessi si svolgono. A seconda dei casi o dei momenti, la Corte è antimaggioritaria, va “a braccetto” con il Governo, addirittura è affetta da “suprematismo giudiziario”. La lettura evolutiva dei principi e delle regole del processo costituzionale, nonché la “creazione” di nuove tecniche decisorie, è spesso letta come “inquietante” novità, anche quando funzionale a permettere».

⁶⁰⁴ *Id.*, *Oltre le rime obbligate?*, 54 s.

di “riaccentramento” del nostro modello di giustizia costituzionale⁶⁰⁵.

Per Ruotolo non si ha un vero superamento delle “rime obbligate”, quindi non c’è rottura ma *continuità*; si chiede infatti: «siamo sicuri che l’atteggiamento della Corte sia propriamente da inquadrare nei termini di un superamento delle “rime obbligate”? Oppure stiamo tornando a muovere nuovamente critiche simili a quelle che inizialmente furono proposte per le sentenze manipolative, non a caso efficacemente definite “normative”? Critiche che gli stessi autori hanno nel tempo attenuato, arrivando addirittura, saggiamente, a considerare come *culpa felix* della nostra Corte l’aver intrapreso la via della “supplenza” rispetto alle “omissioni legislative” incostituzionali»⁶⁰⁶. Non superamento, dunque, ma semplice «allentamento della morsa»⁶⁰⁷ del limite in parola, giustificato dal mancato seguito a un monito precedentemente formulato dalla Corte e rimasto inascoltato. Per questi motivi, dunque, «l’invenzione crisafulliana delle “rime obbligate” non sia stata del tutto superata»⁶⁰⁸: il limite delle “rime obbligate” permane, ma da assoluto diviene relativo e dunque «superabile nel caso in cui l’inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali *sine die*, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo»⁶⁰⁹. La continuità si spiega proprio in base all’esigenza di “rendere giustizia costituzionale” che, per l’A., «ben può legittimare non solo letture evolutive delle regole del processo costituzionale, come senz’altro accaduto nel recente periodo, ma anche l’ideazione di tecniche decisorie più efficaci al fine di assicurare all’esito del giudizio della Corte “situazioni normative” conformi a Costituzioni o almeno di evitare che si creino situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quelle che si vanno a rimuovere»⁶¹⁰.

In modo non troppo dissimile, di semplice «aggiornamento» delle rime obbligate parla anche D. Tega, anche in prospettiva fungibile ed equivalente rispetto al concetto di “superamento”⁶¹¹

Anche E. Cheli, nella sua ferma risposta a Morrone, vede nella recente “svolta” una linea di continuità e non, invece, una netta rottura. Infatti, se è vero che il nostro sistema di giustizia costituzionale presenta oggi «molti elementi di novità rispetto al disegno originario», Cheli mette in evidenza che, tali elementi, «ove valutati correttamente alla luce del processo evolutivo che ha portato alla loro introduzione, non hanno mai assunto la natura di indebiti “sconfinamenti” in aree riservate al potere politico, bensì di “adattamenti” del modello iniziale resi necessari dalla sua incompletezza (come, ad es., nel caso, delle omissioni del legislatore) e favoriti dalla sua elasticità (come nel caso del richiamo ai principi generali sottesi al testo

⁶⁰⁵ Oltre al già citato D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., si rimanda a ID., *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, spec. 69 ss.

⁶⁰⁶ M. RUOTOLO, *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953*, cit., 19. In termini di espresso “superamento” si era espresso invece R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle “rime obbligate”*: *la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro It.*, 2020, IX, 2565 ss.

⁶⁰⁷ ID., *Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 56 e ID., *Oltre le rime obbligate?*, 58.

⁶⁰⁸ ID., *Oltre le rime obbligate?*, 59.

⁶⁰⁹ *Ivi*, 60.

⁶¹⁰ ID., *Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 69.

⁶¹¹ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 153.; ID., *La corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, cit., 82; ID., *La traiettoria delle rime obbligate*, cit., 29.

costituzionale)»⁶¹². Si tratta dunque di novità che «non risulta in alcun modo giustificato qualificare come “sconfinamenti” del potere di controllo costituzionale dentro la sfera riservata al potere politico né, tanto meno, come potenziali attentati al principio di divisione dei poteri su cui poggiano le basi del nostro Stato costituzionale»⁶¹³; novità quindi «ben lontane dall’impiego di un “diritto libero” e che la Corte ha introdotto non arbitrariamente, ma adattando la flessibilità dello strumento processuale al rilievo degli interessi in campo»⁶¹⁴.

La seconda questione è relativa, come si ricorderà, al rispetto del principio della separazione dei poteri, asseritamente violato dall’azione integratrice della Corte in relazione alle lacune dell’ordinamento e alle omissioni incostituzionali del legislatore.

Silvestri – forse il maggiore e più attento studioso italiano sulla separazione fra i poteri – ricorda che, sebbene «il giudice costituzionale erode [...] gli spazi riservati al legislatore dal principio liberale della separazione dei poteri, posto al cuore dello Stato di diritto e codificato, nell’Europa continentale, dal 1789», non bisogna per ciò solo però dar credito al «mito della purezza» di tale principio. Critica, pertanto, fortemente chi sembra sostenere le tesi in virtù delle quali, «se vuoti ci sono, dev’essere la stessa politica a colmarli, senza che si ricorra a scorciatoie “giuristocratiche”. In altri termini, meglio che un diritto sia meno tutelato, anziché lo sia dal potere sbagliato [...] la sovranità popolare, base della democrazia, ha il suo rovescio: se i rappresentanti del popolo non vogliono – per contraria o deliberata volontà, per dissidi interni insanabili o per semplice inerzia – non è consentito a nessuno sostituirsi ad esso, qualunque sia la motivazione dell’atto di “supplenza”»⁶¹⁵. Questa tesi gli appare inaccettabile. È poi netto nell’escludere che «la non-attuazione della Costituzione, nelle sue parti proiettate verso il futuro, [sia] una scelta giuridicamente legittima» perché, in questo caso, «la sovranità popolare verrebbe esercitata, ancorché in negativo, oltre i limiti della Costituzione [...]». Affidare senza riserve l’attuazione delle norme di principio soltanto al Parlamento – cioè alla politica – significherebbe la loro decostituzionalizzazione di fatto, riportando la Costituzione repubblicana al livello di una qualsiasi carta flessibile, teoricamente intangibile, ma praticamente derogabile a piacimento delle forze politiche dominanti, come è avvenuto per lo Statuto albertino, vista l’assenza di un custode dotato di poteri adeguati»⁶¹⁶.

Sulla stessa linea di pensiero, Ruotolo si chiede «“fino a che punto” le esigenze del processo costituzionale [...] possano offuscare quelle, per così dire, del diritto costituzionale sostanziale, del “rendere giustizia” costituzionale. Fino a che punto la Corte può alzare lo scudo del *non possumus* in nome di (talora presunte) ragioni formali?»⁶¹⁷. La risposta che offre, come abbiamo accennato, è quella per cui la discrezionalità legislativa rimane ancora come limite

⁶¹² E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019, 780.

⁶¹³ *Ivi*, 784.

⁶¹⁴ *Ivi*, 785.

⁶¹⁵ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 25.

⁶¹⁶ *Ivi*, 28.

⁶¹⁷ M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 648. Il citato contributo è stato poi pubblicato in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, cit., 235 ss.

all'intervento manipolativo della Corte, ma "depotenziata": «è come [...] sia divenuta limite "relativo" per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato "seguito" all'invito ad esercitarla in concreto»⁶¹⁸. Oltre a prendere atto di questa trasformazione giurisprudenziale, criticata da chi invece nella discrezionalità legislativa vede limite un limite assoluto, oltrepassato il quale si manifesta un inaccettabile "sconfinamento", Ruotolo riconduce a questa "svolta" giurisprudenziale l'esigenza di colmare (o non creare) vuoti legislativi. In pratica, come è accaduto nei casi di rinvio a nuova udienza, «le "rime obbligate" impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l'intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; ma, in quest'ultimo caso – ed è qui la novità –, le "rime obbligate" non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in "seconda battuta", ove la questione torni alla sua attenzione a seguito di monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità, trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna. Ciò, in particolare, ove si verta in materia di diritti fondamentali»⁶¹⁹. Sull'obiezione mossa da chi distingue fra omissioni assolute e relative e sul valore sul "silenzio" della Costituzione, afferma saggiamente: «vero è che anche il non legiferare può essere considerato una scelta politica, ma è sempre tollerabile e soprattutto non sanzionabile? La risposta dipende, probabilmente, di nuovo, da come si intende il rapporto tra Costituzione e legge, se si accetta di concepire quest'ultima come primariamente deputata allo svolgimento e all'attuazione della Costituzione. E in questa prospettiva che l'inerzia può riguardarsi come forma di inattuazione costituzionale, come tale senz'altro sanzionabile attraverso l'integrazione dell'omissione legislativa»⁶²⁰.

Silvestri, a commento delle decisioni manipolative atte a colmare le lacune incostituzionali, specie quelle in tema di dosimetria sanzionatoria, riconosce che sono pur sempre «pezze e rattoppi», ma subito si chiede anche: «sarebbe meglio lasciare i buchi, quando da questi deriva un trattamento sanzionatorio penale inconciliabile con la Costituzione? Anche a voler rimanere all'ipotesi storica più lieve, l'inerzia del legislatore, lasciando da parte la deliberata volontà di andare contro la Costituzione, l'interrogativo cui sarebbe opportuno rispondere è se il dovere della Corte è quello di tutelare i diritti fondamentali derivanti dai principi costituzionali sulle pene, oppure sacrificare gli stessi all'inattività (volontaria o forzata) dei rappresentanti del popolo. Nella seconda ipotesi, la democrazia rappresentativa avrebbe realizzato una forma di potere assoluto, nella cui orbita i diritti sono quelli, e solo quelli, "concessi" dal sovrano, al quale, rispetto a quello di *ancien régime*, è tolto soltanto il potere di cancellare arbitrariamente quelli già da esso stesso concessi. L'effetto pratico complessivo non sarebbe dissimile da quello promanante dalla concezione autoritaria dei diritti come effetto

⁶¹⁸ *Ivi*, 650. Cfr. ID., *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953*, cit., 17.

⁶¹⁹ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 653 s. cfr. ID., *Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 66 s.

⁶²⁰ M. RUOTOLO, *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953*, cit., 19 s. *Ibidem* l'A. nota poi come anche chi parte dalla considerazione per cui «la funzione legislativa è essenzialmente *politica*, nel senso di attività *libera nel fine*», rileva che «il sindacato della Corte può e deve spingersi anche a riscontrare se sussistano, caso per caso, i particolari presupposti e condizioni, cui norme costituzionali subordinano talora la validità delle leggi in ordine a certe materie, nonché, più largamente, se la normativa dettata dal legislatore non contrasti con i motivi ed i fini che ad essa risultino, di volta in volta, costituzionalmente prescritti»: così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., 369 e 370 s.

dell'autolimitazione dello Stato, sia pure identificato nelle transeunti maggioranze parlamentari»⁶²¹.

A sua volta Cheli ritiene con fermezza che le preoccupazioni di chi vede in pericolo la “tenuta del sistema” e il principio della separazione dei poteri, veicolati dai teorici degli “sconfinamenti”, siano senza mezzi termini «sorprendenti» per la loro «radicalità», risultando davvero «difficili da accettare da parte di chi sia orientato a proiettare la costituzione e la giustizia costituzionale nel quadro di un determinato contesto storico destinato a evolvere nel tempo sotto la spinta dei suoi dinamismi naturali»⁶²². È la tesi, come abbiamo visto, su cui si basano in fondo le argomentazioni di Ruotolo e Tega.

A questo punto si intravedono già le risposte che questa dottrina può dare al terzo quesito: il fine (tutela dei diritti fondamentali) giustifica i mezzi (sostituzione della Corte al legislatore inerte)? Del resto, la giurisprudenza della Corte, come abbiamo visto, offre una risposta tanto chiara quanto, a giudizio di chi scrive, piuttosto apodittica: «la legalità costituzionale deve, *comunque sia*, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia» (sent. n. 242/2019; mio il corsivo). Vediamo ora, al solito, le posizioni della dottrina.

Silvestri, a commento della «suggestiva proposta crisafulliana delle “rime obbligate”», ricorda come questa sia stata «accolta con sollievo dalla scienza giuridica italiana e ha tacitato la coscienza dei giuristi non disposti a spingersi sino ad ammettere che la Corte costituzionale possa svolgere una funzione normativa. Anche chi, come lo scrivente, aveva testardamente negato che le norme aggiunte dalla Corte venissero reperate, bell'e pronte, nell'ordinamento positivo ha dovuto riconoscere che, se forzatura c'era stata, si trattava di una *felix culpa*, che aveva consentito di dare effettività al criterio interpretativo della Costituzione *magis ut valeat*. Diversamente operando, il giudice delle leggi avrebbe cooperato con un Parlamento inerte o immobilizzato a infliggere ai cittadini gli effetti di norme giuridiche in contrasto con i principi costituzionali, che racchiudono, per la maggior parte, diritti fondamentali dei cittadini stessi»⁶²³. L'A., a commento della «problematica» del c.d. attivismo della Corte, ribadisce che «se i giudici comuni hanno il dovere di “rendere giustizia”, individuando la norma applicabile al caso concreto, traendola dalle leggi in vigore, anche combinando tra loro frammenti di norme con tecniche di composizione sistematica alla luce dei principi costituzionali, la Corte costituzionale ha il medesimo dovere di “rendere giustizia” (costituzionale) fornendo al giudice *a quo*, su sua richiesta, ciò che a questo manca per dare una risposta adeguata (alla Costituzione) alle parti che attendono la sua decisione. La funzione della Corte non è quindi quella di operare un confronto astratto e accademico tra due norme, ma quella di risolvere un problema concreto di costituzionalità, vale a dire introdurre nell'ordinamento una nuova disciplina»⁶²⁴. A commento dell'ordinanza Cappato, ad esempio, rimarca che «la Corte ha obbedito all'imperativo giuridico e morale di far cessare un'ingiustizia derivante da un anacronismo

⁶²¹ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, 32 s.

⁶²² E. CHELI, *op. ult. cit.*, 779.

⁶²³ G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 30.

⁶²⁴ *Ivi*, 29.

storico e culturale, che disumanamente anteponeva la purezza di alcune “anime belle” all’atroce sofferenza di esseri umani sfortunati due volte, per essere colpiti da gravi infermità e per essere cittadini italiani. Con la sua decisione, la Corte ha rinunciato alla confortevole neutralità del positivismo “rigoroso” e si è chinata sulla società e sulle persone in carne e ossa. Ha reso giustizia costituzionale»⁶²⁵. Silvestri conclude il suo ragionamento rilevando che effettivamente «la Corte avrebbe potuto arrestarsi alla constatazione dei limiti istituzionali dei propri interventi demolitori e ricostruttivi, ove avesse interpretato il suo ruolo come controllore tecnico di conformità o difformità tra due norme astrattamente considerate. Ciò avrebbe evitato polemiche, levate di scudi e previsioni apocalittiche. [...] Dopo Auschwitz, il *gulag* e i tanti orrori del XX e, ahimè, ancora del XXI secolo, nessuna coscienza può acquietarsi al rispetto formalistico dei limiti imposti dalla tradizione, se esiste anche una minima possibilità di cancellare una causa di sofferenza [...]. Lo spettro di creare una situazione di *summum ius summa iniuria* dovrebbe sempre sovrastare il giudice quando decide e il giurista quando si compiace di sottili ragionamenti. [...] Rendere giustizia costituzionale significa contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell’ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme “super-primarie”, per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l’autorità dello Stato. Tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l’aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda»⁶²⁶.

Ruotolo sembra essere un po’ più cauto di Silvestri, condividendone gli assunti di fondo ma in maniera sicuramente meno “appassionata”. Rispetto all’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”, non arriva mai a sostenere «che quest’ultima esigenza possa giustificare tutto, ma affermo con forza che è alla luce della stessa che occorre valutare la tenuta della singola “novità” entro il quadro normativo (e storico-politico) nel quale si colloca». Si chiede, fra l’altro, evocando ancora Silvestri: «sulla base di quali elementi – se non le riflessioni della dottrina formatesi per lo più sulle evoluzioni della giurisprudenza – le tecniche decisorie sarebbero un *numerus clausus*? Ciò che oggi può apparire una *culpa* della Corte, magari riferita alla presunta invasione della sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, potrà domani essere considerata una «*culpa felix*», come ci insegna proprio chi è capace di guardare alla giurisprudenza costituzionale senza pre-giudizi, chi non si limita ad un esame “radiologico”, per quanto evoluto, della singola pronuncia»⁶²⁷.

Il punto debole (o comunque *non del tutto chiaro, almeno per chi scrive*) delle riflessioni proposte dagli Autori sin qui presi in esame sembra essere la mancanza di criteri “predefiniti” con cui giudicare l’operato della Corte. Riconosciuto che la singola novità processuale debba essere valutata alla luce del contesto storico-politico, quali dovrebbero essere i criteri per valutarla? E ammesso (ma, probabilmente, non concesso) che la garanzia dei diritti prevalga

⁶²⁵ *Ivi*, 33.

⁶²⁶ *Ivi*, 35 s.

⁶²⁷ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. e Soc.*, n. 1/2020, 54.

sulla separazione dei poteri, quali criteri dovrebbero poi ispirare il giudizio e la misura di suddetta “prevalenza”? Proveremo ad esprimere il nostro umile punto di vista su questi punti nel Capitolo successivo.

Ancora altre questioni attendono risposta: innanzitutto il recente attivismo giurisprudenziale è stato, come sostengono alcune voci particolarmente critiche, di una *ricerca di potere*?

Ruotolo è molto netto nel criticare chi nei presunti “sconfinamenti” tira «dentro un po’ di tutto, [...] l’allentamento delle “rime obbligate”, [...] persino le “attività extra funzionali” della Corte (dai comunicati stampa alle iniziative dei “viaggi” nelle scuole e nelle carceri). Tutto riguardato in vista di un disegno complessivo: la Corte che intende prevaricare con la sua giurisprudenza il principio della divisione dei poteri [...]. Davvero spiegare i contenuti della Costituzione fuori dal Palazzo della Consulta può produrre questo risultato? Davvero i comunicati stampa [...] sono in grado di produrre questi effetti?»⁶²⁸. Domande retoriche che suggeriscono una risposta negativa, sebbene non si metta in dubbio che simili attività possano avere come obiettivo «*anche* quello di rafforzare la legittimazione (o meglio la considerazione, la conoscenza) della Corte nell’opinione pubblica, facendone comprendere il delicato ruolo, le ragioni per le quali un organo privo di legittimazione democratica diretta possa “annullare” le determinazioni assunte da organi rappresentativi del popolo». In questo senso, per l’A., non c’è l’obiettivo di «stabilire col popolo una relazione più o meno diretta»⁶²⁹ e una sottesa ricerca di potere. Infatti, si chiede l’A., «far conoscere l’attività della Corte può davvero ridursi alla ricerca di una autolegittimazione? Se pure fosse – e io ritengo che non lo sia – si sopravvaluterebbe la capacità di penetrazione nella opinione pubblica della comunicazione della Corte, che mi pare piuttosto al centro dell’attenzione degli addetti ai lavori, ossia dei giuristi (in specie dei costituzionalisti) e dei (non molti) giornalisti che si occupano con una certa costanza di esaminare e far conoscere le sue decisioni»⁶³⁰. L’A. vede nel c.d. “attivismo” delle Corte solo la necessità di offrire supplenza alla inerzia, anzi all’«apatia costituzionale»⁶³¹ del Parlamento, in un *contesto* segnato da “naturali” fasi della giustizia costituzionale. Oggi, infatti, «si parla di prevaricazione eccessiva dell’anima giurisdizionale, dovuta allo “scostamento” dai “canoni che stanno a base dello svolgimento dei giudizi di costituzionalità” che porta con sé lo “snaturamento dell’organo e dell’attività dallo stesso posta in essere”, persino denunciando presunti “sconfinamenti” da un limite che sembra spesso disegnato dallo studioso che lo erge

⁶²⁸ *Ivi*, 56.

⁶²⁹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 284.

⁶³⁰ M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, cit. 55 s.

⁶³¹ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 71 s., si chiede infatti provocatoriamente: «Siamo sicuri che il malato sia la Corte e non il Parlamento? Che il problema sia il “suprematismo giudiziario” della Corte e non l’“indifferenza” del Parlamento nell’attuazione della Costituzione? La parola giusta è, forse, “apatia costituzionale”, un’assenza di emozione (a-pathos vuol dire “senza emozione”) che sta creando una diffidenza diffusa nei confronti del principio rappresentativo. Una diffidenza alimentata dalla banalizzazione della democrazia, dalla sua riduzione a scelta dei governanti, a lotta e competizione tra alcuni che ha per oggetto il voto. È una tendenza pericolosa che può sconvolgere le priorità dell’agenda politica, segnando il definitivo allontanamento dall’impegno per lo svolgimento e l’attuazione della Costituzione – che per essere efficacemente perseguito richiede mediazioni e compromessi – a favore dell’onnivora esigenza di costruire e realizzare indirizzi e azioni capaci di riscuotere un facile consenso elettorale».

piuttosto che chiaramente desumibile dal sistema normativo. Lo “sconfinamento” ha a che fare con la perdita del senso del limite (dei propri limiti), che va ricercato anzitutto in quelle che sono le funzioni della Corte costituzionale, il suo ruolo nel sistema, sempre più delineato, nei rapporti con il legislatore, in termini di collaborazione dialettica»⁶³². Critica, causticamente, l’abbondanza di termini enfatici quali «snaturamento dell’organo, sconfinamento, scostamento. Da cosa? Da quella che era la costruzione sino a poco prima delineata dalla dottrina sulla base della giurisprudenza della Corte!»⁶³³. Per Ruotolo, in definitiva, «è sull’equilibrio tra questi due poli – attivismo e autolimitazione [...] – che si deve sempre ragionare non soltanto nella prospettiva dell’analisi sulle tecniche decisorie, ma anche nella più generale riflessione sul ruolo della Corte costituzionale nel sistema, sia con riguardo ai rapporti con il legislatore sia nelle relazioni con gli altri attori giurisdizionali, sinora ispirate, anche in una dimensione sovranazionale, ad una logica non solo non conflittuale, ma, anzi, marcatamente dialogica»⁶³⁴. Ad ogni modo, giova puntualizzare come l’A. conservi «la speranza di un prossimo “riposizionamento” dell’organo di garanzia, in una prospettiva di *self restraint* che sia resa possibile da una rinnovata acquisizione da parte del Parlamento del suo ruolo di principale attore nello svolgimento e nella attuazione della Costituzione»⁶³⁵.

Anche Bin è perplesso sulle accuse di “suprematismo giudiziario”: «non perché la Corte non stia davvero “coniando nuovi moduli” e “superando le regole processuali”, ma perché non le si può imputare di modificare “l’equilibrio dei poteri” e tanto meno di farlo perseguendo un disegno preciso»⁶³⁶. Ciò perché «tutto l’impianto della disciplina della Corte e lo strumentario delle sue pronunce sono rimasti invariati, sostanzialmente fissati dalla legge n. 87/1953, scritta e approvata *prima* che la Corte incominciasse a funzionare: una legge, dunque, scritta senza alcuna esperienza del concreto funzionamento della Corte – un organo del tutto nuovo per l’ordinamento italiano – e mai adeguata agli insegnamenti della pratica»⁶³⁷. Anche per Bin, «la causa prima dei supposti “sconfinamenti” della Corte andrebbe cercata nell’abulia del legislatore che, non solo ha consentito alla Corte di allargarsi, ma l’ha costretta a farlo, non fornendo ad essa strumenti utili per lavorare adeguatamente»⁶³⁸.

Cheli, invece, sostiene che una ricerca di consenso c’è stata, ma questa non va confusa ed immiserita a livello di una meschina “ricerca di potere”. Infatti, guardando alla storia costituzionale repubblicana, si vede emergere una lettura della nostra Costituzione «che non può essere “originalista”, bensì “evolutiva”», alla luce delle «dinamiche complesse» che si sono sviluppate nel rapporto fra istituzioni di indirizzo e di garanzia. Partendo da queste premesse, nota come tali dinamiche, «di fronte alle crescenti inefficienze del potere politico – tra l’altro particolarmente restio a dar seguito alle pronunce della Corte con interventi di natura legislativa – hanno progressivamente indotto le istituzioni di garanzia a rafforzare la propria legittimazione

⁶³² M. RUOTOLO, *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953*, cit., 43.

⁶³³ ID., *Oltre le rime obbligate?*, cit., 55.

⁶³⁴ M. RUOTOLO, *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953*, cit., 46.

⁶³⁵ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 58.

⁶³⁶ R. BIN, *op. ult. cit.*, 758.

⁶³⁷ *Ivi*, 759.

⁶³⁸ *Ivi*, 760.

anche attraverso la ricerca di un consenso indiretto da parte del corpo sociale»⁶³⁹. Per questo motivo, l'A. spiega che la «strategia giurisprudenziale» della Corte è «apparsa sempre più orientata [...] verso una linea di “attivismo giudiziario” diretta a conquistare spazi nei confronti della sfera politica». Una «linea di necessaria “creatività”»⁶⁴⁰ praticamente inevitabile. Anche in relazione all'attività istituzionale extrafunzionale, per l'A., questa è finalizzata solo a «rafforzare la conoscenza esterna del proprio lavoro e, di conseguenza, il sostegno verso di esso da parte dell'opinione pubblica»; ciò «rappresenta, come appare del tutto evidente, una normale opera di “mediatizzazione” ben giustificata alla luce del principio di trasparenza della funzione e condotta nei limiti di una ordinaria “comunicazione istituzionale” [...], al fine di rafforzare quel sostegno (possibile e pienamente legittimo) che l'opinione pubblica può dare attraverso una migliore conoscenza [...] dell'azione di controllo che [...] la Corte viene a esercitare»⁶⁴¹.

Silvestri, col suo efficace stile icastico, è davvero molto più netto nella *critica ai critici*. Ad es., in relazione all'ordinanza Cappato, nota come «letteralisti, nonché sacerdoti e vestali della tradizione ricevuta, hanno accusato la Corte di eresia costituzionale, accendendo roghi (per fortuna verbali) purificatori» [...] Chi ha fatto parte di quel collegio può testimoniare che, ogni volta che la Corte si accinge a quest'opera di integrazione, non lo fa a cuor leggero o in preda alla cupidigia di potere – come ipotizzato da alcune anime meschine, che pongono tutti al loro stesso livello – ma molto malvolentieri, sentendo il peso della propria responsabilità di custode della Costituzione e – perché no? – della *caritas* per chi soffre sulla propria carne le conseguenze di rigidità teologiche premoderne, incompatibili con lo spirito umanistico della Costituzione italiana»⁶⁴².

Veniamo, infine, all'ultimo punto di discordia in dottrina *supra* evidenziato: il recente attivismo (giurisprudenziale ed extrafunzionale) della Corte ha messo in discussione o ha rafforzato la *legittimazione della Corte nel sistema*?

Nel paragrafo precedente, gli autori più critici ne scorgevano una diminuzione a causa di una Corte troppo “attivista”, nella misura in cui esercitava funzioni e adottava tecniche non previste *dalla lettera* della Costituzione e delle leggi che disciplinano il suo giudizio. Viceversa, gli autori più favorevoli partono sempre – quale fondamento dell'azione della Corte – dalla Costituzione, la cui lettura, però, non può che essere *evolutiva*. Soprattutto al netto di disposizioni sul processo costituzionale che non contemplan espressamente il problema delle omissioni legislative e che, in generale, come abbiamo visto, non sono mai state riformate dal 1953 ad oggi (per quanto di nostro interesse).

Ruotolo, per esempio, afferma che «non v'è dubbio che la Corte ricavi la sua legittimazione dal testo della Costituzione e dall'esigenza della sua difesa (la Costituzione come limite al potere), ma questa legittimazione va difesa con motivazioni persuasive e con il rispetto

⁶³⁹ E. CHELI, *op. ult. cit.*, 781. L'A., in particolare, giustifica questa ricerca di consenso guardando, in prospettiva storico-costituzionale, alla «consapevolezza che la Corte matura fin dall'inizio della sua attività di operare in un ambiente non solo culturalmente impreparato, ma anche politicamente poco incline ad accettare le ragioni profonde di un controllo di legittimità riferito alla legislazione».

⁶⁴⁰ *Ivi*, 782.

⁶⁴¹ *Ivi*, 785.

⁶⁴² G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, 32.

di limiti che la Corte stessa incontra. Uno di questi è senz'altro la discrezionalità del legislatore, che però non può ergersi a limite assoluto, invalicabile nel caso di inerzia. [...] Altrimenti sarebbe la stessa Corte ad abdicare al ruolo per il quale è stata istituita: garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo. L'esigenza è sempre quella di rendere giustizia costituzionale, di assicurare una sempre maggiore conformità del sistema normativo alla Costituzione»⁶⁴³.

Bin, se critica i teorici degli “sconfinamenti”, condivide però alcune perplessità relative alla giurisprudenza sulle c.d. zone franche, manifestando la «preoccupazione che disancorare il giudizio di legittimità costituzionale dal requisito processuale della rilevanza rischia di minare la stessa legittimazione della Corte in quanto giudice»; osservando poi che, «se davvero vi sono zone che la legge pone al riparo dal giudizio della Corte, questa non dovrebbe abbandonare la forme processuali per giudicare la singola questione, ma meglio sarebbe che, sollevata la questione davanti a se stessa, colpisse la stessa legge «nella parte in cui» esclude o impedisce il sindacato di costituzionalità»⁶⁴⁴.

Cheli, a proposito della legittimazione della Corte asseritamente messa in discussione dai presunti “sconfinamenti”, ribadisce come il fondamento della legittimazione medesima non risieda «tanto nella fase dell'*investitura*, quanto nella fase dell'*esercizio* della funzione: una funzione che viene a trarre la sua forza impositiva, oltre che dall'esistenza di una costituzione formale condivisa e stabile, dal consenso sociale che la stessa funzione è in grado di ricevere in ragione della credibilità – tecnica e culturale – dei suoi prodotti. Consenso sociale che naturalmente tende a variare nel tempo e che mette in campo, [...] un principio di effettività destinato ad affiancare le basi della legittimazione formale»⁶⁴⁵. È un tema di «viva attualità in una fase in cui nel mondo della politica tende ad affermarsi una visione giacobina orientata a conferire al popolo una sovranità assoluta, esente da limiti insuperabili»⁶⁴⁶.

Nel Capitolo che segue esamineremo le posizioni della dottrina che – nel “florilegio” prima proposto fra quelle, contro e a favore, più *tranchant* – potremmo invece definire più equilibrate ed intermedie. Da esse, che in larga parte appaiono condivisibili, prenderemo le mosse per avanzare alcune proposte ricostruttive.

⁶⁴³ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 664.

⁶⁴⁴ R. BIN, *op. ult. cit.*, 761. In argomento, cfr. R. BIN, «Zone franche» e legittimazione della Corte, in *Giurisprudenza costituzionale*, 640 ss.; ID., *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 6/2017, poi pubblicato in G. FERRI (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, Napoli 2017, 95 ss.

⁶⁴⁵ E. CHELI, *op. ult. cit.*, 784.

⁶⁴⁶ *Ivi*, 783.

CAPITOLO III

PROPOSTE DI RIFORMA COSTITUZIONALE E REGOLAMENTARE

SEZIONE I

COME LA CORTE POTREBBE GESTIRE IL SUPERAMENTO DELLE *RIME OBBLIGATE*

1. Riconoscimento condizionato dell'ammissibilità dell'intervento "sostitutivo" della Corte in assenza di "rime obbligate", ma sempre nella esclusiva prospettiva dell'*espansione* dei diritti fondamentali

A conclusione del Capitolo precedente abbiamo accennato a una tesi che si colloca in una posizione intermedia fra gli Autori più "critici" e quelli più "comprensivi" dell'*attivismo* della Corte costituzionale.

Se i criteri che proveremo a suggerire saranno o dovranno essere oggetto di una positivizzazione normativa (a livello costituzionale, a livello primario o in via di autonormazione interna), o se invece si riterrà sufficiente la via giurisprudenziale, è questione – per il momento – secondaria. Ciò che conta – a nostro avviso – è che si adottino criteri il più possibile definiti che possano rendere "prevedibili" le pronunce che si collocano oltre le "rime obbligate" (soprattutto se di "rinvio a nuova udienza"). Così facendo, si potrà garantire non solo la certezza del diritto e la prevedibilità *ex ante* delle pronunce del Giudice delle leggi, ma anche il principio della separazione dei poteri, anche perché «non è seriamente pensabile che i giudici costituzionali possano continuare ad utilizzare in modo disinvolto – ossia *in via ordinaria* – questa aggressiva tecnica decisoria, nelle forme totalmente discrezionali con cui essa attualmente viene usata»⁶⁴⁷.

In estrema sintesi, la dottrina che abbiamo definito "intermedia" fra le due più estreme sottolinea, da un lato, che «la valutazione dell'operato complessivo del nostro tribunale costituzionale in questi 67 anni non può che essere positiva, se non addirittura lusinghiera per l'equilibrio generalmente espresso dall'organo»; dall'altro lato, però, non manca di lamentare la «totale discrezionalità della Corte nella determinazione delle tecniche decisorie adottate ed una certa pletoricità della tipologia delle decisioni costituzionali – che ormai tendono a sovrapporsi caoticamente – in un quadro teoricamente incerto perché a-sistematico»⁶⁴⁸, in cui ormai «è la Corte costituzionale a "decidere", di volta in volta, se e quando esiste una *discrezionalità* del legislatore»⁶⁴⁹. Una discrezionalità decisoria che, se non regolata, rischia di trasformarsi – anche a nostro avviso – in un arbitrio⁶⁵⁰: il tentativo di ordinare le recenti tecniche decisorie e i presupposti per il loro utilizzo, di cui si è dato conto nei Capitoli precedenti, ha infatti mostrato la difficoltà di individuare una matrice unitaria razionale e coerente.

Per evitare tale rischio, l'A. suggerisce «4 condizioni minime indispensabili»⁶⁵¹ affinché la Corte possa pronunciarsi oltre le "rime obbligate" con rinvio a data fissa dell'udienza, posto che, secondo l'A., la *manifesta irragionevolezza* della disciplina impugnata e l'esistenza di un

⁶⁴⁷ A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023, 130.

⁶⁴⁸ *Ivi*, 132.

⁶⁴⁹ *Ivi*, 133.

⁶⁵⁰ *Ivi*, 135: «proprio la doppia facoltà che in questo momento si è auto-attribuita il Giudice delle leggi – stabilire se esista la "discrezionalità del legislatore" e, una volta riconosciutane l'esistenza, non inchinarsi come in passato alle future libere scelte del potere legislativo, ma decidere di volta in volta *se* comunque introdurre una norma "costituzionalmente adeguata" – presenta un tasso di discrezionalità talmente alto che rischia di sconfinare nell'arbitrio, sicché può essere costituzionalmente accettabile soltanto se sussistono [...] quattro condizioni [...]».

⁶⁵¹ *Ivi*, 130.

precedente *monito* sono condizioni necessarie ma non ancora sufficienti. Infatti, le condizioni che l'A. propone sono:

- 1) *gradualità della giurisprudenza* (in tre tappe: prima monito semplice, poi monito “rafforzato” e a termine, ed infine – in caso di pervicace inerzia legislativa – accoglimento);
- 2) *fondamentalità* del diritto costituzionale *gravemente* leso;
- 3) *eccezionalità* della situazione;
- 4) *irreversibilità* della potenziale lesione⁶⁵².

La tecnica decisoria in parola costituisce uno sviluppo della pronuncia a “rime adeguate”⁶⁵³, è forse opportuno individuarne gli elementi specificativi ulteriori. Infatti, almeno finora, come abbiamo visto *supra* (Cap. II, § 2-3), tutti i casi di rinvio a nuova udienza hanno implicato sempre una decisione “a rime adeguate”; viceversa, non tutte le decisioni “a rime adeguate” hanno richiesto un rinvio a data fissa dell’udienza. In altri termini, è un dato ormai acquisito che la Corte possa sostituirsi al legislatore nella scelta di *una* fra le molteplici soluzioni costituzionalmente possibili: in alcuni casi lo fa “subito”; in altri, invece, fa la stessa operazione ma “in due tempi”, rinviando l’udienza a data fissa, con il duplice obiettivo di *stemperare* la portata dirompente che avrebbe un accoglimento a “rime adeguate” e di concedere al legislatore una (ultima) *chance* di intervenire prima che lo faccia la Corte.

La tesi intermedia qui ricordata è ispirata ad un *self-restraint* giurisprudenziale, ma possono esserci altri modi di risolvere il problema dell’inerzia legislativa. Vedremo nella seconda sezione di questo Capitolo quali potrebbero essere questi strumenti. Per il momento, unendo *gramscianamente* il *pessimismo della ragione* all’*ottimismo della volontà*, è opportuno ragionare sui criteri di cui la Corte dovrebbe già ora dotarsi in relazione alla discrezionalità legislativa. Le due strade non si escludono: la Corte può (deve) *autolimitarsi*, così come contestualmente il Parlamento può (deve) *autoriformarsi*. Se mai saranno adottate le riforme che proporremo, probabilmente esse renderanno inutile l’autolimitazione della Corte.

Prendiamo ora in esame *funditus* e in maniera critica i presupposti di adozione delle “nuove” tecniche decisorie che si pongono oltre le “rime obbligate”, a partire dai presupposti

⁶⁵² Per precisione si riportano dettaglio le suddette condizioni per come *ibidem* formulate dall’Autore: «1) il principio di leale cooperazione esige che la Corte prepari *gradualmente* il Parlamento. Quindi, almeno in “tre tappe”: prima con un’esplicita decisione “monito” senza indicazione di tempo preciso di scadenza; poi con un’ordinanza di “rinvio a data fissa”; e solo infine intervenendo in via sostitutiva con l’accoglimento. Alla prevedibile obiezione per cui il primo semplice monito “senza data” non garantisce sull’*an* e il *quando* dei futuri giudizi della Corte può facilmente replicarsi che – ove davvero (implausibilmente) una q.l.c. non pervenga poi alla Corte – vuol dire che in realtà *non* erano in gioco le altre condizioni di cui si dirà fra poco (gravissima violazione, diritto fondamentale, danno irreparabile); 2) la decisione che supera le “rime obbligate” deve essere praticabile non in via ordinaria, ma solo in situazioni *eccezionali*, concetto forse vago ma – in analogia ai requisiti del decreto legge – ragionevolmente riassumibile nella formula di situazioni “non ordinarie”, dunque “straordinarie” (anche se certo solo la Corte di volta in volta potrà esprimere una valutazione definitiva in merito); 3) devono essere in gioco situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette riconosciute come chiaramente *fondamentali* e devono causare *gravissime violazioni costituzionali*; 4) la decisione di accoglimento va presa *esclusivamente* quando, in sua assenza, si incorrerebbe in un *danno irreversibile*, che soltanto la rigida tempistica indicata dalla Corte consente di evitare».

⁶⁵³ *Ivi*, 124.

comuni a entrambe.

Il primo di questi è relativo all'esistenza di un *precedente monito rimasto inascoltato*.

Ciò che, però, conta davvero per potersi sostituire alla discrezionalità del legislatore è, semmai, la *presenza di diritti fondamentali*: al fine di evitare una loro lesione, la Corte ora si sostituisce al legislatore scegliendo *una* fra le soluzioni costituzionalmente possibili (la “meno distante”, come abbiamo visto, dalla logica del sistema e dall'intenzione del legislatore). Sotto questo aspetto, richiedere *sempre* alla Corte di dover necessariamente formulare un monito semplice (in una decisione quasi sempre di inammissibilità) *prima* di sostituirsi alla discrezionalità del legislatore, rischierebbe di frustrare l'esigenza di «rendere giustizia costituzionale» proprio in quei casi particolarmente gravi ed eccezionali che richiederebbero una *pronta* tutela normativa (introdotta dal Parlamento o, in via sussidiaria, dalla Corte) e che non tollererebbero l'incertezza di una necessaria riproposizione di analoga q.l.c. dinanzi alla Corte.

Infatti, secondo la tesi prima ricordata, la Corte non dovrebbe poter adottare il «monito a termine» se prima la stessa q.l.c. non è stata oggetto di un monito “semplice”. Ma, a ben vedere, la tecnica del rinvio dell'udienza a data fissa nasce proprio per superare questo problema⁶⁵⁴. L'ipotesi di un doppio monito (prima semplice, poi rafforzato e a termine) – per quanto auspicabile da parte della ricordata dottrina⁶⁵⁵ – purtroppo non è *sempre* possibile: con il monito semplice, infatti, la Corte si spoglia della q.l.c. e non sa se e quando le capiterà nuovamente di occuparsene. In breve, il presupposto della *gradualità della giurisprudenza* dovrebbe, a nostro sommo avviso, essere ripensato in due articolazioni possibili, come segue: se la norma indubbiata è stata già oggetto di precedenti moniti rimasti inascoltati, la Corte può “subito” pronunciarsi a “rime adeguate”; se invece non si rintracciano precedenti moniti rimasti inascoltati cui riferire l'inerzia del legislatore, e la questione è particolarmente “delicata” (in quanto, ad es., *eticamente sensibile*, nel senso di cui si è detta al Cap. I, § 5), la Corte “crea” subito il monito con il rinvio a data fissa (sempre se esiste una matura coscienza sociale a sostenere un possibile accoglimento) e poi interviene con una soluzione a “rime adeguate” in seconda battuta. Questo perché la decisione adottata a seguito di rinvio dell'udienza a data fissa è solo apparentemente scomponibile in due momenti: l'esperienza stessa dimostra che la Corte di fatto già decide nel merito con l'ordinanza di rinvio. D'altronde il giudizio costituzionale è il medesimo e – dal punto di vista delle fasi processuali –

⁶⁵⁴ Come abbiamo visto, è stato proprio questo l'elemento decisivo alla base dell'introduzione della innovativa tecnica del rinvio a nuova udienza: Corte cost. n. 207/2018, punto n. 11 *Cons. dir.* «In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato [...]. Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita [...] la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame. [...] la Corte ritiene, dunque, di dover provvedere in diverso modo».

⁶⁵⁵ Cfr. A. SPADARO, *op. ult. cit.*, 130. Ad avviso di chi scrive, invece, sarebbe auspicabile che la Corte proceda “subito” con il monito rafforzato (a termine) proprio per i casi più gravi e che rischiano di produrre un danno irreversibile: come è avvenuto, non a caso, con il caso Cappato.

l'accoglimento a seguito di ordinanza di rinvio a data fissa è solo "un istante" processuale successivo.

Opportunamente la dottrina prima ricordata segnala poi il requisito dell'esistenza di una *gravissima violazione costituzionale*, che però non coincide esattamente con quello specifico della *manifesta irragionevolezza* della disciplina oggetto di sindacato costituzionale. Infatti, ove l'irragionevolezza fosse "manifesta", a ben vedere, la Corte probabilmente accoglierebbe subito e senza troppi problemi la q.l.c.: sarebbe anomalo il contrario. Ciò che ci sembra sufficiente è, invece, che l'eventuale irragionevolezza (semplice) risulti non direttamente, ma – metaforicamente – *in controluce*, se vista cioè alla luce di "precisi punti di riferimento" già rinvenibili nel sistema, secondo un giudizio di tipo sostanzialmente analogico. L'irragionevolezza *manifesta* presupporrebbe, invece, una sostanziale *identità* (e non *analogia*) di casi trattati in modo irragionevolmente uguale/diverso (irragionevolezza estrinseca) o di *manifesta* incongruenza tra fini e mezzi (irragionevolezza intrinseca).

Un altro requisito è la necessaria violazione di "situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette riconosciute come chiaramente *fondamentali*", che per comodità chiameremo sinteticamente *diritti fondamentali*: l'avvertito vuoto normativo – che il legislatore non riesce o non vuole colmare – è incostituzionale.

La tentazione di chi scrive, di fronte alla lesione di un diritto fondamentale, sarebbe quella di "condannare" la Corte quando questa si pronuncia con decisioni di inammissibilità, per proporre alla stessa invece di intervenire "costringendo" il Parlamento ad esprimersi, mediante l'espedito processuale del rinvio a nuova udienza a data fissa. Ma ci rendiamo conto che – di fronte a questioni eticamente divisive e in assenza di una matura e diffusa coscienza sociale – questa soluzione non sarebbe percorribile. Il Parlamento, infatti, non avrebbe concretamente modo di farsi interprete di una *coscienza sociale* che ancora non esiste in quanto tale (perché esiste, al più, una pluralità di voci all'interno di un'*opinione pubblica* divisa). Né d'altra parte la Corte, di fronte all'inerzia del Parlamento, potrebbe forzare la mano adottando un accoglimento che potrebbe portare a un conflitto istituzionale senza precedenti.

Infatti, non sarebbe da escludere l'ipotesi in cui: la Corte, pur consapevole che trattasi di questione eticamente sensibile e controversa, rinvii l'udienza a data fissa imponendo al legislatore di individuare una disciplina della questione "divisiva" oggetto di scrutinio di costituzionalità; il Parlamento *decida di non decidere*, proprio perché "i tempi non sono maturi"; la Corte si trova costretta a fare quel che neppure l'organo rappresentativo della sovranità popolare è riuscito a fare, e cioè decidere nel merito e offrire una sintesi normativa che postula necessariamente un "prendere parte" tra valori contrapposti.

Quindi: se nella q.l.c. da risolvere sono implicati diritti fondamentali, la Corte decide (e deve decidere) nel merito, anche scavalcando la discrezionalità legislativa, a meno che la questione involga temi eticamente sensibili sui quali è impossibile rintracciare una matura e diffusa coscienza sociale. In breve e schematicamente:

1. la discrezionalità legislativa è un limite all'intervento additivo della Corte;
2. tuttavia, questo limite può essere superato, ma solo se sono in discussione diritti fondamentali e se esiste (oltre ai presupposti che *infra* meglio specificheremo) una

diffusa e definita coscienza sociale;

3. ma esiste, a sua volta, un *controlimite* all'intervento della Corte, costituito non tanto dal fatto che la questione sia "eticamente sensibile", quanto piuttosto dal fatto che su tale questione eticamente sensibile non esista ancora una diffusa coscienza sociale.

Si è detto che la Corte, se esiste una diffusa coscienza sociale, può intervenire a tutela di un diritto fondamentale asseritamente leso. Vero è anche, però, che non "tutto" può essere "diritto fondamentale": la Corte dovrebbe essere ancora più rigorosa nell'accertare la "fondamentalità" di un diritto e darne debitamente conto nella motivazione della decisione, dando atto, s'è del caso, che la "fondamentalità" del diritto in questione è tale anche in ambito internazionale ed europeo (Carte dei diritti, Trattati, ecc.) oltretutto in prospettiva comparata. Con una necessaria precisazione: l'accertamento del carattere "fondamentale" di un diritto che deve essere svolto sempre in prospettiva evolutiva ed ampliativa. Il catalogo (aperto) dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte come tali può solo aumentare, mai diminuire: non si può, in altri termini, "tornare indietro" nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali. Così come il contenuto di un diritto già riconosciuto come "fondamentale" può solo essere ampliato (e non ristretto). In altri termini, mutuati dal linguaggio della Fisica, quella della Corte è – e deve essere – una dinamica "entropica"⁶⁵⁶.

Fin qui, dunque, i presupposti necessari e sufficienti alla Corte per poter decidere oltre le "rime obbligate" e sostituirsi dunque alla discrezionalità legislativa, sono: la necessaria incisione di diritti fondamentali e l'esistenza di "precisi punti di riferimento" già rinvenibili nel sistema e idonei a sostituirsi alla previsione normativa ritenuta illegittima o a colmare il vuoto legislativo ritenuto incostituzionale. Senza questi presupposti, la Corte può – anzi: deve – continuare a dichiarare la q.l.c. inammissibile per rispetto della discrezionalità legislativa.

Presupposti necessari, ma non ancora sufficienti, però – secondo la dottrina prima richiamata – per la decisione in due tempi, mediante il rinvio a data fissa dell'udienza. Questa tecnica richiede, come già accennato, ulteriori presupposti "specializzanti" che, in quanto tali, ne rendono l'adozione necessariamente meno frequente.

Le condizioni individuate sono, come si ricordava, la "eccezionalità" della situazione normativa e l'"irreversibilità" del danno. Resta da chiarire cosa debba intendersi con questi termini.

Quanto alla prima condizione, per Spadaro «ragionevolmente riassumibile nella formula di situazioni "non ordinarie", dunque "straordinarie"»⁶⁵⁷, lo stesso A. riconosce che si tratta di un requisito piuttosto vago, al pari dei presupposti di "straordinarietà e urgenza" richiesti per l'adozione di un decreto-legge. Così ragionando, come il Governo può adottare un DL in "casi straordinari di necessità ed urgenza", così la Corte potrebbe pronunciarsi oltre le rime obbligate con rinvio a nuova udienza in "situazioni eccezionali" (purché concorrano anche i

⁶⁵⁶ Cfr. al riguardo le originali intuizioni di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine di una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013, spec. 61 ss.

⁶⁵⁷ A. SPADARO, *op. ult. cit.*, 131.

requisiti/condizioni prima accennati).

Ma, se i timori di arbitrii delle formule vaghe o generiche sono infondati quantomeno in relazione ai presupposti del decreto-legge (perché c'è sempre la possibilità di un controllo esterno sulla corretta interpretazione e applicazione di quei concetti-presupposti), tali timori divengono decisamente più fondati quando manca la possibilità di un controllo esterno (come nel caso delle decisioni della Corte). Per questo è necessario che il contenuto di quei concetti che condizionano l'adozione delle più recenti e invasive tecniche decisorie sia reso il più possibile esplicito, verificabile e, possibilmente, condiviso.

Alla luce di queste premesse, ci chiediamo: cosa vuol dire situazioni “eccezionali” e “irreversibili”?

A nostro avviso, se l'*eccezione* è ciò che si colloca fuori dalla *regola* (così come le situazioni *straordinarie* sono quelle che si collocano fuori dall'*ordinario*, cioè da ciò che è già prevedibile e previsto), potremmo allora forse concludere che la Corte può (e, in futuro, debba) adottare decisioni di rinvio a nuova udienza solo nei casi di omissione legislativa incostituzionale da colmare, anche in assenza di eventuali precedenti moniti rimasti inascoltati: è quanto avvenuto con il c.d. Caso Cappato. Infatti, se all'omissione legislativa (manifestativa di un caso non previsto dal legislatore) si aggiunge la grave violazione di un diritto fondamentale, la situazione dedotta in giudizio presenta il carattere della *eccezionalità*. La Corte, col monito rafforzato e il rinvio a nuova udienza, intende ricondurre l'*eccezionalità* a “normalità” (da intendersi, in questo contesto, come situazione “normata”, non importa se per mano del legislatore o della Consulta). In questo senso, dunque, il rinvio a nuova udienza deve continuare ad essere adottato in caso di omissione legislativa e contestuale violazione di diritti fondamentali produttiva di un danno grave e irreversibile.

Ma quando un mancato intervento produrrebbe un danno *grave e irreversibile*?

Si verificherebbe una situazione simile in tutti quei casi in cui il bene costituzionale leso (che deve avere la consistenza di “diritto fondamentale”) è un bene non sempre ripristinabile: su tutti, ovviamente, la libertà personale (soprattutto come capacità di autodeterminazione) sia fisica che morale. Anche un solo istante di libertà personale sacrificato è perduto per sempre, risultando al più “risarcibile” o “indennizzabile”, ma mai più “ripristinabile”. Una condizione simile si verifica non solo – e non tanto – in relazione al bene giuridico tutelato dall'art. 13 Cost., quanto piuttosto dalla violazione/inattuazione dell'art. 3 Cost., letto alla luce dell'art. 2 Cost.: la Repubblica deve *rimuovere* gli ostacoli che limitano di fatto (ma spesso anche di diritto) la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona umana. Con le omissioni legislative incostituzionali e i relativi vuoti di tutela, così come con gli automatismi legislativi che spesso finiscono col trattare casi diversi in maniera uguale, il legislatore dissemina l'ordinamento proprio di quegli ostacoli che sarebbe tenuto a rimuovere. Poiché però il soggetto dell'art. 3, secondo comma, Cost., è “la Repubblica” e non specificatamente “il legislatore”, la Corte è ben titolata a sostituirsi a quest'ultimo in via sussidiaria, essendo a ciò chiamata proprio dal disposto in questione.

Quindi: non tutte le limitazioni della libertà personale sono – ovviamente – di per sé incostituzionali: ciò finirebbe per compromettere il sistema di tutele, necessarie, fornite dal diritto penale. Sarebbero a nostro avviso incostituzionali solo quelle limitazioni che richiedono

un ingiusto (perché non normato) sacrificio della capacità di autodeterminazione e quindi della dignità personale, da valutare necessariamente caso per caso e tenendo conto delle specificità di ogni situazione normativa: anche questo spiega la “crisi” degli automatismi legislativi e la loro tendenziale, e sempre più frequente, incostituzionalità.

Tutto ciò considerato, proveremo, nel paragrafo successivo, a fornire un quadro riepilogativo dei diversi presupposti necessari all’adozione di queste nuove tecniche decisorie.

2. Sistematizzazione dei criteri che la Corte dovrebbe adottare per pronunciarsi oltre le “rime obbligate”. Ridefinizione dei presupposti dell’inammissibilità c.d. *sostanziale* della q.l.c.

Si è detto nel paragrafo precedente che un intervento della Corte costituzionale “oltre le rime obbligate”, seguendo la ricordata dottrina, potrebbe essere accettabile – anzi: auspicabile – purché però sia subordinato ad una serie di condizioni e di criteri guida. È possibile dunque provare a fornire una formulazione schematica e riassuntiva di suddetti criteri, il contenuto essenziale dei quali è stato già analizzato nelle pagine (e nei Capitoli) precedenti.

In relazione a richieste di interventi additivi (tanto nel caso di un’additiva “classica” quanto nel caso di una “sostitutiva”), la Corte può trovarsi dinanzi a due possibilità: la soluzione normativa da introdurre è l’unica costituzionalmente imposta; oppure vi sono più soluzioni, tutte costituzionalmente possibili, idonee a colmare la lacuna normativa denunciata dal giudice *a quo*.

Nel primo caso, avremo una “classica” decisione a “rime obbligate”.

Nel secondo caso, invece, avremo tre possibilità, in virtù delle quali la Corte, ad avviso di chi scrive, *dovrebbe*:

- 1) dichiarare l’inammissibilità⁶⁵⁸ della q.l.c., per rispetto della discrezionalità legislativa, con eventuale monito al legislatore⁶⁵⁹, se:
 - a. la questione ha scarso o nullo *tono costituzionale* (perché non vengono in rilievo diritti qualificabili come “fondamentali” o perché la loro

⁶⁵⁸ Ma, come abbiamo tentato di argomentare nel Cap. I, sarebbero preferibili (e forse più proprie) decisioni di *infondatezza* nel merito, riservando la categoria dell’*inammissibilità* solo alle cause cc.dd. *formali* (che per comodità qui ricordiamo: carenza di forza di legge dell’atto impugnato, valore non costituzionale del parametro leso, natura non giurisdizionale dell’autorità remittente o mancanza del giudizio, oppure in caso di identica q.l.c. sollevata nello stesso grado di giudizio dall’identico giudice).

⁶⁵⁹ L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova 1987, 321, lo definirebbe un monito meramente “tecnico”. L’A., infatti, ritiene di poter suddividere i moniti della Corte in «due grandi categorie: da una parte trovano collocazione i moniti (e le sentenze) a carattere “tecnico”, privi di influenze sociali, economiche e politiche rilevanti, i quali non ostacolano la mediazione parlamentare degli interessi, dall’altra si pongono le manifestazioni ottative (o le pronunce) che minano (o colpiscono) il compromesso politico, o comunque indeboliscono la forza di aggregazione e di mediazione delle forze politiche. Le esortazioni della prima categoria si prestano egregiamente ad essere assorbite nel procedimento di formazione della legge, giacché il loro esame stimola il mero perfezionamento di un testo normativo in vigore». Si rimanda alla nota immediatamente successiva per l’altra categoria di moniti, dall’A. definiti “sostanziali”.

lesione è soltanto apparente), e questo sovente accade in materie coperte da riserva di legge e in special modo in tema di:

- conformazione di istituti processuali;
- materia previdenziale o tributaria;
- dosimetria sanzionatoria (a meno di scelte legislative radicalmente irragionevoli);

b. vengono richiesti alla Corte *interventi di sistema*, volti ad esempio alla integrale riscrittura o riconsiderazione di un settore normativo nel suo complesso;

c. quando *non* esistono *precisi punti di riferimento* (individuati dal giudice *a quo* o facilmente individuabili dalla Corte) nel settore normativo considerato né nell'ambito delle conoscenze scientifiche e della coscienza sociale (perché il tema è *eticamente sensibile* e non esiste sul punto una diffusa e matura coscienza sociale)⁶⁶⁰;

2) pronunciarsi *subito* a “rime adeguate” (con una sentenza il cui dispositivo è di illegittimità costituzionale parziale) se:

a. v'è una lesione di *diritti fondamentali*;

b. esistono *precisi punti di riferimento* già rinvenibili nel sistema che consentono sia di far emergere l'irragionevolezza (non necessariamente *manifesta*) della norma impugnata sia di offrirsi come norma da sostituire a quella dichiarata illegittima;

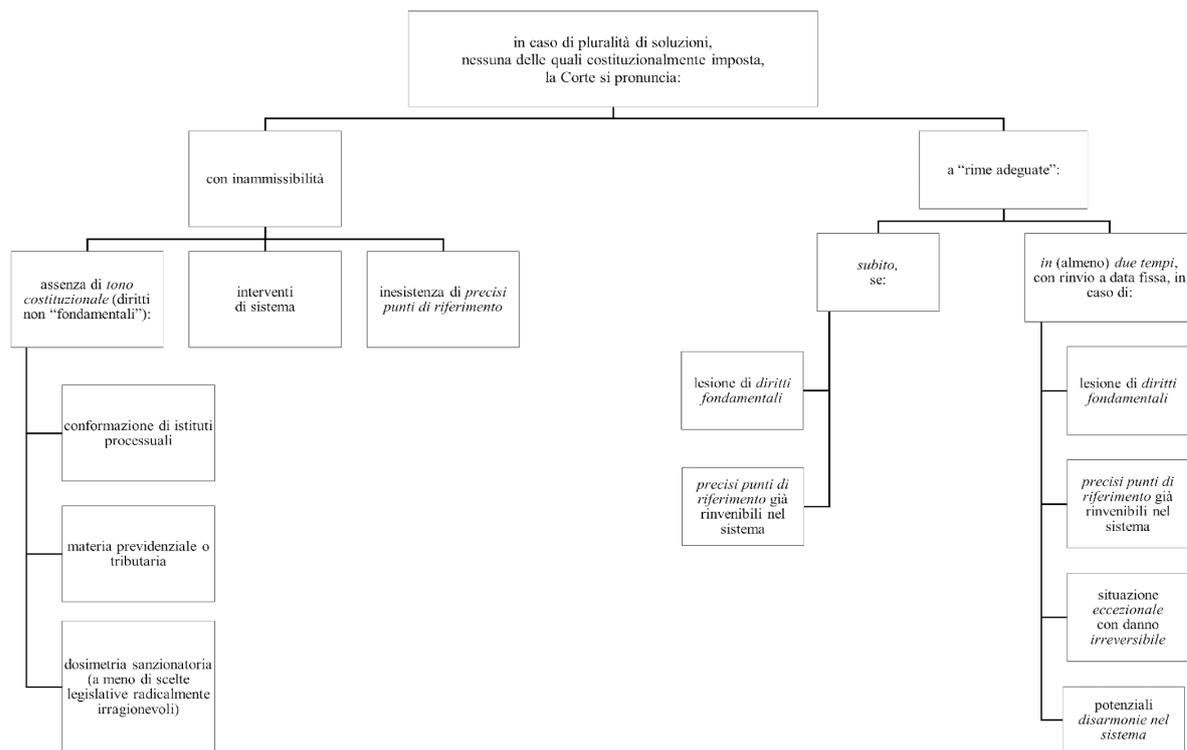
3) pronunciarsi *in* (almeno) *due tempi*, a “rime adeguate”, mediante ordinanza di *rinvio a data fissa* dell'udienza ed eventuale accoglimento nel merito in caso di mancato intervento richiesto al legislatore se, oltre all'esistenza di *diritti fondamentali* lesi e *precisi punti di riferimento* (di cui sopra):

a. la situazione normativa si presenta come *eccezionale* (cioè non prevista né prevedibile dalle norme vigenti) e il danno che si produrrebbe è *irreversibile* (perché il diritto fondamentale leso non può essere “ripristinato”);

b. se l'intervento della Corte rischia di produrre significative *disarmonie nel sistema*.

Di seguito proviamo a riassumere graficamente, in uno schema, i suesposti criteri cui la Corte dovrebbe attenersi per giustificare una decisione di inammissibilità o un accoglimento oltre le “rime obbligate”, eventualmente con rinvio a nuova udienza, sebbene – ne siamo consapevoli – tale schema rischia di avere una valenza meramente descrittiva, piuttosto che un valore prescrittivo:

⁶⁶⁰ Per l'esami delle quali si rinvia al Cap. I, § 5. Riferendoci ancora a L. PEGORARO, *op. ult. cit.*, 325, si tratterebbe in questo caso di moniti “sostanziali”, intendendo come tali quelli che «scardinano l'iter parlamentare di un progetto di legge in gestazione, introducendovi elementi non suscettibili di mediazione; oppure – quando un disegno o una proposta di legge ancora non siano stati presentati nella materia investita dal monito costituiscono oggetto di difformi interpretazioni da parte della maggioranza e dell'opposizione».



Una delle possibili vie, suggerite anche dalla dottrina, potrebbe essere quella della introduzione dei criteri suddetti (o, in genere, anche di altri) in sede autonormazione, e cioè nelle *Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*. Tuttavia, sebbene questa possa essere una soluzione di cui ci si potrebbe accontentare, forse potrebbe rischiare di essere insufficiente, per diversi aspetti.

In primo luogo, si potrebbe dire che, una volta che la Corte si è auto-attribuita tali poteri decisori per via pretoria, la conferma positiva in un *corpus* normativo quale quello delle *Norme integrative* suonerebbe come un'autolegittimazione e susciterebbe, probabilmente, critiche analoghe – se non maggiori – da parte dei “puristi” del *self restraint*. Insomma, è bene che ci sia un elenco chiaro e preciso, ancorché minimo, di criteri guida. Ma sarebbe senza dubbio preferibile che la legittimazione di questi nuovi indirizzi processualistici fosse veicolata da una legge del Parlamento, destinatario primario di queste tecniche decisorie tanto invasive della sua discrezionalità⁶⁶¹.

In secondo luogo, ad esser formalmente rigorosi, non si tratterebbe di norme sui giudizi

⁶⁶¹ In senso contrario, cfr. A. SPADARO, *op. ult. cit.*, 139 s., il quale nota invece come «Esistendo un *potere minimo di autonormazione* di ogni organo costituzionale, dunque anche della Corte – *insindacabile* (ord. n. 572/1990) – esso va ben utilizzato. I tentativi esterni, soprattutto della dottrina, di dare un ordine a tanta caotica creatività della Consulta, ripercorrendone le origini e ricostruendone la storia, sono lodevoli, ma chiaramente insufficienti. [...] La proposta testé formulata – di una *razionalizzazione normativa* autogestita – non è espressione di mero accademismo teorico, essendo invece praticamente fattibile, realistica ed in fondo nell'interesse della stessa Corte costituzionale, cui conviene “auto-normare” [*id est*: limitare] la quasi sconfinata panoplia di tipi e sottotipi di decisioni che usa, piuttosto che in sua vece lo faccia il Parlamento, nella forma che più gli aggrada/rassicura – plausibilmente la legge costituzionale – e nella sostanza, temo, solo per contenere *pro domo sua* i poteri del Giudice delle leggi. Se la Corte – *auto-regolamentandosi* – saprà razionalizzare le sue procedure e saprà, dunque, *auto-limitarsi*, allora si potrà ancora parlare di fisiologica “evoluzione” (e non involuzione) nel rapporto fra Corte e Parlamento».

“dinanzi” alla Corte, ma di quelle «condizioni» e «forme» dei giudizi di legittimità costituzionale che la Costituzione (art. 136) riserva alla *legge costituzionale* o, al più, alla *legge* per la disciplina di quelle «altre norme necessarie» al suo funzionamento. In altri termini, a nostro avviso, non potrebbe/dovrebbe esservi mai un'autonormazione, essendo la *sedes materiae* propria o una legge costituzionale (che modificasse, integrandola, la l. cost. n. 1/1948) o una legge ordinaria (che intervenisse sulla l. n. 87/1953).

Paradossalmente – come in fondo riconosce anche la dottrina che pure auspica un'autonormazione per via regolamentare delle tecniche decisorie – sarebbe già sufficiente un'implicita auto-limitazione dei poteri della Corte per semplice via giurisprudenziale (chiarendo una volta per tutte i presupposti di adozione delle decisioni a “rime adeguate” sia *semplici* che adottate *in due tempi* con ordinanza di rinvio a data fissa dell'udienza). Ma purtroppo, almeno al momento, non esiste una “sentenza pilota” che razionalizzi in materia sufficientemente chiara e univoca tali criteri (come fu, ad es., per la sent. cost. n. 16/1978 in tema di ammissibilità del *referendum* abrogativo).

Tuttavia, sulla necessità anche di incisivi interventi normativi del Parlamento, parleremo nei prossimi paragrafi.

SEZIONE II

COME IL PARLAMENTO POTREBBE GESTIRE IL SUPERAMENTO DELLE *RIME OBBLIGATE*

3. La via delle riforme: modifiche costituzionali, legislative e dei regolamenti parlamentari: a) Revisione dell'art. 136, II c., Cost.: espunzione dell'equivoco inciso «*ove lo ritengano necessario*»

Veniamo adesso alle proposte di riforma cui si è fatto cenno all'inizio di questo Capitolo.

L'obiettivo è quello di guardare *simultaneamente* alle due facce del problema: il c.d. *attivismo* della Corte e l'*inerzia* del Parlamento; un approccio che guardi ad uno soltanto di questi aspetti rischierebbe di risultare infruttuoso. Se è vero che l'*attivismo* della Corte nasce dall'incapacità del Parlamento di dar seguito alle pronunce della Corte, il problema non è forse della Corte (che, per alcuni, dovrebbe attenersi ad un rigoroso *self-restraint* anche a costo di venir meno all'effettiva tutela dei diritti fondamentali, sacrificati sull'altare dell'assoluto rispetto della discrezionalità legislativa). Il problema, ci sembra, è l'incapacità *strutturale* del Parlamento di dar seguito ai moniti della Consulta: spesso, dietro questa incapacità, si nasconde *anche* la precisa volontà politica di non decidere, confidando che sia la Corte a farlo⁶⁶².

L'obiettivo, quindi, è quello di mettere il Parlamento nelle condizioni di pronunciarsi su una determinata questione che la Corte non “vorrebbe” decidere per non “temere” di essere accusata di sostituirsi alla discrezionalità del legislatore “facendo politica”. Il Parlamento, in altri termini, deve essere messo nelle condizioni di pronunciarsi – anche negativamente – sui moniti della Consulta. Poi, chiaramente, la Consulta potrà sempre decidere, qualora ne ricorrano i presupposti, di dichiarare l'incostituzionalità della norma indubbiata. A ben vedere, è un meccanismo di controllo simile al rinvio presidenziale delle leggi: il Parlamento può approvare nuovamente la legge rinviata, senza accogliere i rilievi del Presidente della Repubblica; questi, com'è noto, dovrà poi promulgarla, ma potrebbe anche non farlo in casi estremi e particolarmente gravi (in caso, ad es., di leggi eversive e anticostituzionali).

A livello costituzionale, la riforma che sommessamente qui si ipotizza è piuttosto “semplice”: un primo intervento, *chirurgico*, sul II comma dell'art. 136 Cost., che abroghi l'inciso «*ove necessario*» e che aggiunga, fra i soggetti destinatari della comunicazione della decisione della Corte, anche «*il Governo*»; un ulteriore intervento volto all'aggiunta di un III comma sempre al suddetto articolo, del seguente tenore: «*La Corte comunica altresì alle*

⁶⁶² In argomento, da ultimo, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano 2023, 207 s.: il quale nota come il problema «*attiene alla prospettiva politico-istituzionale e rimonta a un malfunzionamento sistemico che era stato segnalato addirittura a inizio Novecento da James Bradley Thayer*», il quale «*osservò che in presenza di un controllo di costituzionalità delle leggi i Parlamenti sovente manifestano la tendenza a sentirsi sotto tutela giurisdizionale, nel senso che finiscono per delegare ai giudici la soluzione dei problemi costituzionalmente più delicati, scaricando su di essi la propria responsabilità. La questione [...] sembra di particolare attualità in sistemi come l'italiano, a fronte – cioè – di maggioranze poco coese e attraversate da ideologie all'un tempo deboli e differenziate. In simili condizioni di sfondo [...] l'ipotesi di un fruttuoso dialogo tra giudice costituzionale e legislatore appare particolarmente difficoltosa. Nel caso italiano esibisce tratti particolarmente marcati il comune malfunzionamento che i sistemi politici (e amministrativi) subiscono quando sono sottoposti a sempre più frequenti controlli giurisdizionali: il titolare di un potere decisorio – e dunque della connessa responsabilità – una volta che è stato attivato un controllo giurisdizionale preferisce attenderne l'esito, per poi assumere le proprie eventuali determinazioni ulteriori dietro lo “scudo” della pronuncia giurisdizionale*».

Camere, ai Consigli regionali interessati e al Governo le decisioni di rinvio dell'udienza, nelle materie riservate alla discrezionalità legislativa, affinché provvedano nelle forme e nei tempi necessari».

Potrebbe essere questa anche l'occasione per intervenire anche su altri punti dell'art. 136 Cost. (ad es. sostituendo la "cessazione di efficacia" di cui al I comma con il "non poter avere applicazione" già previsto dall'art. 30 della l. n. 87/1953); interventi che potrebbero essere anche aggiuntivi, volti a razionalizzare la tipologia delle decisioni della Corte ormai affermatesi per via giurisprudenziale. Sarebbe però un tema troppo ampio da trattare in questa sede; ciò ch'è di nostro attuale interesse è immaginare una forma di "razionalizzazione" del *seguito delle sentenze* della Corte da parte del Parlamento.

Ad un primo impatto potrebbe sembrare una riforma utopica e/o ingenua, nella misura in cui si veda in essa un'improbabile autolimitazione del Parlamento che imponga a se stesso l'obbligo giuridico, addirittura di rango costituzionale, di *dover* (e non più semplicemente *poter*) dar seguito alle pronunce della Consulta. Poiché però il senso di questa attuazione sarà dato dalla lettura combinata delle disposizioni della l. n. 87/1953 e dei regolamenti parlamentari – entrambi attuativi della Costituzione – il significato anche "politico" (e non solo giuridico) sarà dato proprio da queste ultime fonti, nelle quali sarà previsto a *quali* pronunce dar seguito e *con quali procedure*. In altri termini, l'espunzione proposta avrebbe un significato eminentemente "politico": sottolineare come il Parlamento debba sempre attivarsi per eventualmente adottare i provvedimenti conseguenti a una dichiarazione di illegittimità costituzionale. In teoria, il Parlamento può anche decidere di non dar seguito alle decisioni della Consulta, ma è bene che lo faccia espressamente soprattutto quando a ciò è esplicitamente invitato dalla Consulta. È un modo, se si vuole, di riaffermare – almeno a parole – una (parvenza di) centralità del Parlamento.

La menzione del *Governo* quale destinatario aggiuntivo delle decisioni della Corte (rispetto «*alle Camere e ai Consigli regionali*») è funzionale a un riconoscimento (implicito, ma evidente) dell'importanza che il Governo ormai ha nel processo di produzione normativa. Tuttavia, lo scopo di questo riferimento al Governo non intende certo legittimare la possibilità che questo ordinariamente, ossia automaticamente, dia seguito legislativo alle sentenze della Corte mediante decreto-legge⁶⁶³, bensì solo che questo si possa attivare con un disegno di legge di iniziativa governativa⁶⁶⁴. Quest'ultima è, infatti, la prima «forma costituzionale» con cui il

⁶⁶³ In senso contrario, invece, L. PEGORARO, *op. ult. cit.*, 295, per il quale «l'individuazione del Governo quale destinatario del documento non si può che condividere: non solo e non tanto per l'esistenza di un'area di iniziative doverose e/o riservate all'esecutivo, ma anche per il ruolo da questi svolto nel sistema istituzionale». Dello stesso avviso è anche A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano 1988, 248, come si vedrà subito *infra*.

⁶⁶⁴ Lo stesso L. PEGORARO, *op. ult. cit.*, 313, tuttavia precisa che «occorre distinguere la competenza di "attivare" da quella di "concludere" positivamente l'iter legislativo consequenziale: la prima spetta al Governo, ma non esclude la concorrenza degli altri soggetti indicati dall'art. 71 Cost. La seconda è posta a carico del Governo in determinati casi (legislazione delegata, decreti-legge), del Parlamento in ogni altra circostanza». A sostegno di questo obbligo di attivarsi nel dar seguito alle sentenze della Consulta, Pegoraro (p. 307 s.) adduce tre ragioni: «a) La predisposizione del bilancio [...] condiziona ogni forma di iniziativa legislativa: non poche esortazioni della Corte comportano oneri gravosi a carico dell'erario, e ciò conferisce una patina di velleitarità a tutte le proposte di legge scollegate da previ impegni di spesa contemplati in bilancio. b) Allorché la Corte costituzionale fa riferimento, nelle proprie direttive, a particolari condizioni di urgenza, solo il Governo è in grado di provvedere

Governo può dare seguito alle sentenze della Consulta. Come abbiamo già visto *supra* (Cap. II, § 3), però, la vicenda del c.d. “ergastolo ostativo” (in cui il Governo ha disciplinato la materia oggetto di esplicito monito contenuto in una ordinanza di rinvio a nuova udienza, intervenendo con decreto-legge) ha dato luogo a un primo precedente che sarebbe bene non si verifichi più. In questo senso si condividono le giuste osservazioni di chi considera tale condotta del Governo l’«ennesima prassi abusiva in tema di decretazione d’urgenza», da «scongiurare», in quanto «ragioni di ordine costituzionale [...] impediscono al decreto-legge di porre rimedio all’incostituzionalità prospettata dalla Corte»⁶⁶⁵ nel caso di rinvio a data fissa dell’udienza. Ciò, secondo il pensiero dell’A., per almeno tre ragioni:

1) per la scelta linguistica adoperata dalla Corte, che individua «quale destinatario della richiesta di collaborazione istituzionale, non il *legislatore*, da intendersi genericamente come “produttore” di atti aventi forza e valore di legge, bensì il *Legislatore*, ossia il Parlamento»⁶⁶⁶;

2) l’incisione sui diritti fondamentali, che pertanto «involgono parametri costituzionali che espressamente contemplan al proprio interno una riserva di legge [...] *assoluta*»⁶⁶⁷;

3) il decisivo motivo per cui, in questo tipo di decisioni, sono sempre implicati «delicati bilanciamenti»⁶⁶⁸ tra interessi ed esigenze contrapposti i quali, venendo in rilievo «la garanzia del principio democratico che è sottesa all’intervento parlamentare»⁶⁶⁹, escludono che possa essere il Governo a disciplinare la materia⁶⁷⁰.

Insomma, il Governo può intervenire «nelle forme costituzionali», ossia presentando eventualmente un disegno di legge, anche se non può escludersi, sia pure in situazioni eccezionali, il ricorso alla decretazione d’urgenza⁶⁷¹.

con la dovuta tempestività mediante quella forma atipica di iniziativa legislativa rappresentata dal decreto-legge. c) Sopra tutto, però, va individuato nel Governo l’organo chiamato a colloquiare direttamente con la Corte, se si tengano presenti da un lato la posizione ad esso assegnata nel sistema, dall’altro il ruolo di fatto esplicitato dalla Corte costituzionale mediante le sentenze-indirizzo ed in genere la sua giurisprudenza».

⁶⁶⁵ L. PACE, *op. ult. cit.*, 123 ss.

⁶⁶⁶ *Ivi*, 125. L’A. ritiene, dunque, che «l’intera operazione, dischiudasi con l’ordinanza di rinvio a data fissa, possa risultare in armonia con il sistema costituzionale solo se tale tecnica decisoria si legge nel senso che essa presupponga – e si badi bene, non certo che istituisca – una riserva di organo, il Parlamento, e quindi una riserva della specifica fonte, la legge».

⁶⁶⁷ *Ivi*, 127.

⁶⁶⁸ L’A., *ivi*, precisa che tale concetto è formulato dalla stessa Corte costituzionale, nella nota ord. n. 207/2018, *Cons. dir.*, punto n. 10, dove la Corte espressamente precisa che «... i delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento».

⁶⁶⁹ L. PACE, *op. ult. cit.*, 130.

⁶⁷⁰ Anche perché, osserva *ivi*, 140, l’A., «se ci si limita a prendere atto del processo di decadimento della produzione normativa del Parlamento, al fine di giustificare lo sbilanciamento nelle dinamiche dell’esercizio della funzione normativa a favore del Governo, si finisce per legittimare non solo la concreta strutturazione dei rapporti di forza che si determinano nella dimensione dell’essere, ma anche il completo assorbimento del principio democratico nel principio di maggioranza». Inoltre, ricorda l’A., *ivi*, 147, «la legge di conversione non è ordinario esercizio della funzione legislativa».

⁶⁷¹ Come rileva A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore. Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica*, Milano 1988, 248. Egli sottolinea infatti che «proprio dalle sentenze di accoglimento dalle quali derivano, come sia indietro osservato, obblighi di *facere*, può emergere l’esigenza di un immediato esercizio della funzione legislativa “conseguenziale”, quale può essere fornito principalmente dal Governo e, talora, *solo* da questi (a mezzo di un decreto-legge). Ed anzi si potrebbe, con buoni

Il senso della seconda modifica, quella aggiuntiva di un III comma, sta nella necessità che vengano comunicate dalla Corte al Parlamento non solo le decisioni che dichiarano l'incostituzionalità (sentenze), ma anche quelle che... la “minacciano” (ordinanze di rinvio dell'udienza a data fissa).

È forse opportuno ora provare a spiegare il senso della disposizione costituzionale in parola, sia per come originariamente formulata dal Costituente (al fine di cogliere “come” questi intendeva declinare il seguito delle sentenze della Consulta) sia per come concretamente attuata nella prassi.

Uno dei primi commenti relativi al tema specifico del seguito delle sentenze della Consulta, quello di A. Ruggeri, – in riferimento all'inciso «ove necessario» e alla discrezionalità del seguito legislativo che ne discenderebbe – precisa il significato di tale formula alla luce dei lavori preparatori in sede di Assemblea costituente. Nella ricostruzione dell'A., il problema del “seguito”, «nell'accezione correntemente attribuita all'espressione» dalla dottrina allora dominante, non starebbe a «indicare la varietà delle possibili soluzioni legislative praticabili onde rimediare ai vuoti prodotti dalle sentenze costituzionali, bensì, ed esclusivamente, alla considerazione da dare alla *stessa legge* oggetto del giudizio costituzionale. In altri termini, l'unico “seguito” che il costituente ebbe presente fu quello che avrebbe dovuto avere la legge dichiarata incostituzionale. La comunicazione alle assemblee legislative fu inizialmente prevista in questa limitata prospettiva, al fine di dar modo ad esse di abrogare la legge invalidata dalla Corte ovvero di riprodurne il contenuto nella “forma costituzionale” corretta della revisione costituzionale»⁶⁷². In pratica, secondo l'intenzione del Costituente, le Camere avrebbero potuto, con legge costituzionale, «riprodurre norme di legge ordinaria in precedenza invalidate senza con ciò incidere sul giudicato costituzionale», trattandosi di una «facoltà che lo stesso costituente intese riconoscere»⁶⁷³.

Di conseguenza, la comunicazione alle Camere avrebbe dovuto rispondere all'esigenza «di dar modo a queste ultime di scegliere fra la soluzione della formale abrogazione delle norme invalidate e l'altra, opposta, di confermarne la vigenza facendo ricorso alla procedura stabilita per la formazione delle leggi costituzionali (e la prima eventualità fu poi scartata, mentre si mantenne (né, a ben vedere, avrebbe potuto essere altrimenti) la seconda»⁶⁷⁴.

Nel tempo si è poi affermata una lettura dell'art. 136, II comma, Cost. che guardava al seguito come intervento (necessario) del Parlamento per colmare le lacune normative

argomenti, sostenere che le sentenze in parola determinino, quantomeno nei casi più gravi, l'insorgenza di una di quelle situazioni straordinarie di necessità ed urgenza che costituiscono il presupposto giuridico per l'emanazione dei decreti-legge».

⁶⁷² Ci si riferisce sempre ad A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 27.

⁶⁷³ *Ivi*, 53. L'A. nota poi (p. 54) come la “riproduzione” di norma già caducata dalla Corte è lecita tanto se operata mediante il ricorso al procedimento stabilito nell'art. 138 Cost., quanto se determinata con legge ordinaria (od atto equipollente) «posteriormente alla modifica dell'originario parametro costituzionale di riferimento». Ma, per un necessario aggiornamento della giurisprudenza costituzionale sul punto, v. ora A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, spec. 120 s., 187, 190 s., 235, 302, 305.

⁶⁷⁴ *Ivi*, 38.

eventualmente prodotte dagli interventi demolitori della Corte⁶⁷⁵: un antidoto al possibile *horror vacui* derivante dalle decisioni della Corte, insomma. Antidoto che però, come sappiamo, la Corte stessa è stata costretta a reperire altrove e, cioè, nelle sentenze additive.

Di fatto, come vedremo soprattutto nel § 5, la mera comunicazione alle Camere delle decisioni della Corte non è di per sé sufficiente a garantire alcun tipo di seguito legislativo⁶⁷⁶. A nostro avviso è chiaro che il cuore del problema, a questo punto e come presto si vedrà, risiede nelle norme dei regolamenti parlamentari: se queste non prevedono procedure chiare ed efficienti per esaminare l'oggetto della comunicazione (e cioè la decisione della Corte), la comunicazione è destinata a rimanere sterile, se non del tutto inutile. Ad oggi, infatti, si può pacificamente affermare che quasi nessuna fortuna «ha avuto, in tutta la storia repubblicana, l'accoglienza delle sentenze costituzionali da parte del Parlamento e dei Consigli regionali, ai quali la Costituzione [...] stabilisce che siano comunicate le sole sentenze di accoglimento, evidentemente allo scopo di indurli a colmare il vuoto eventualmente lasciato dalla norma dichiarata incostituzionale. Benché i regolamenti parlamentari prevedano apposite procedure [...], infatti, è molto raro che il Parlamento nazionale adotti i provvedimenti resi opportuni o necessari dell'avvento di una sentenza costituzionale di accoglimento “secco”»⁶⁷⁷.

4. (segue): b) Riforma della l. n. 87/1953

La compiuta razionalizzazione delle tecniche decisorie della Corte, come abbiamo accennato, può essere realizzata sia in sede di autonormazione che in via di eteronormazione (come forse sarebbe preferibile). Se quest'ultima deve essere la via, la fonte da prendere in

⁶⁷⁵ Cfr. G. PARODI, *art. 136*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino 2006, 2650: «In merito al 2° co. dell'art. 136, si è notato che la sua origine, per quanto concerne il legislatore par lamentare, si connette all'ipotesi iniziale, *poi superata*, di far seguire alla dichiarazione d'incostituzionalità un atto di abrogazione da parte del Parlamento, o, eventualmente, la riproduzione della legge di chiarata incostituzionale nella “forma costituzionale” corretta della revisione costituzionale» (mio il corsivo). Ancora a commento della disposizione in parola, l'A., *ivi*, 2670, «Nonostante l'inciso “ove lo ritengano necessario”, contenuto nel 2 co dell'art. 136 – che ha indotto la maggior parte dei commentatori a configurare come libera, o discrezionale, l'attività legislativa consequenziale – una parte della dottrina non ha rinunciato a teorizzare un vero e proprio “obbligo” delle Camere e dei Consigli regionali interessati di provvedere alle attività consequenziali alla pronuncia d'incostituzionalità». Ancora, cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri: una nuova edizione aggiornata*, Bologna 1999, 82, secondo cui la procedura di seguito prevista dai regolamenti parlamentari presenta: «un limite oggettivo nel fatto che essa appare in prevalenza orientata a *colmare i vuoti delle sentenze di accoglimento*, mentre l'esigenza di dar vita ad una legislazione consequenziale alle pronunce della Corte si impone forse di più in relazione alle indicazioni espresse tanto in talune sentenze di inammissibilità quanto nelle sentenze di rigetto aperte verso la successiva adozione di una “doppia pronuncia”» (mio il corsivo).

⁶⁷⁶ Ne dava conto, già nel 1987, L. PEGORARO, *op. cit.*, 229 s., secondo cui, il «labile interesse delle Camere per le sentenze della Corte», era determinato soprattutto dalla «carente informazione dei membri delle assemblee elettive, che gli strumenti introdotti nel 1971, onde assicurare un più intimo raccordo tra Corte e Parlamento, hanno attenuato solo in parte».

⁶⁷⁷ E. LAMARQUE, *Articolo 136*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevari, Bologna 2021, 461. Sul tema, L. PEGORARO, *op. cit.*, 315, in termini decisamente più netti e già nel 1987 rilevava che «L'esame dell'attività legislativa e delle procedure parlamentari “consequenziali” alla giurisprudenza della Corte fa affiorare un affresco dai colori spenti: l'iniziativa delle leggi è abbandonata alla buona volontà delle parti, i raccordi istituzionali sono insufficienti e di rado percorsi nella prassi; la dialettica tra l'indirizzo tratteggiato dalla Corte costituzionale e quello indicato dal Parlamento e dal Governo appare priva di linfa».

considerazione è senza dubbio la l. n. 87/1953.

Com'è noto, questa legge stabilisce le «*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*». Senza indugiare qui sulla storia e sulla “tenuta” di questa legge a 70 anni dalla sua emanazione⁶⁷⁸, nonché sull'opportunità dell'introduzione di una nuova legge che ad essa si sostituisca al fine di aggiornare e razionalizzare la disciplina in oggetto⁶⁷⁹, proveremo ora ad offrire alcuni spunti di riforma relativi al tema di nostro specifico interesse.

Sia che si tratti di innovazioni da innestare sul *corpus* della l. n. 87/1953, sia che si tratti di una nuova ed eventuale legge sul funzionamento della Corte, crediamo che sia comunque necessario prevedere positivamente alcune norme relative al modo d'essere del rapporto fra Corte costituzionale e discrezionalità legislativa. Le disposizioni della suddetta legge che più da vicino riguardano il tema ora oggetto di analisi sono l'art. 28⁶⁸⁰ e l'art. 30⁶⁸¹. Per quanto di nostro attuale e più urgente interesse in questa sede, e al di là delle possibili innovazioni relative alla razionalizzazione delle altre tecniche decisorie, potremmo immaginare le seguenti innovazioni:

- a) Un'integrazione dell'art. 28, accennata *supra* (Cap. II, § 1) e che qui riformuliamo:
«Il controllo di legittimità della Corte costituzionale esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, *sempreché l'uso di tale potere non sia irragionevole, arbitrario e in ogni caso lesivo di principi fondamentali o diritti inviolabili della persona*», con una formula che

⁶⁷⁸ A ciò è stato dedicato il recente Convegno “*I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*”, 26-27 maggio 2023 - Como, Università degli Studi dell'Insubria. Fra le relazioni del Convegno, sul tema ora in discorso, v. spec. G. GRASSO, *La storia della l. n. 87 del 1953: le aspettative sui futuri giudizi della Corte costituzionale e lo “spirito” della legge, 70 anni dopo* [Testo provvisorio predisposto per la presentazione orale e la discussione nel corso del Convegno], 1: «La legge n. 87/1953 è l'unica legge ordinaria sulla costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale discussa, approvata e promulgata prima della costituzione della Corte costituzionale: fu promulgata l'11 marzo 1953 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 62 del 14 marzo mentre i primi giudici della Corte costituzionale prestarono giuramento il 15 dicembre 1955. Essa, perciò, quantomeno sul piano storico, costituisce il paradigma della legge ordinaria prevista dall'art. 137, secondo comma, Cost. nel senso che il Parlamento intese stabilire con questa legge ordinaria le “altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte”, nella astratta purezza di pensiero con cui il legislatore del 1953 poteva pensare a ciò che era inevitabile predefinire per attivare il mosaico normativo costituito dal combinarsi della Sezione I del Titolo VI della Parte II della Costituzione con le leggi cost. 1/48 e 1/53 e consentire alla Corte costituzionale di costituirsi come organo costituzionale e iniziare i propri lavori».

⁶⁷⁹ E che tenga conto dell'evoluzione della giurisprudenza e delle tecniche decisorie e dei poteri nel frattempo affermatesi in via di prassi in questi 70 anni di attività.

⁶⁸⁰ Si riporta qui, per comodità, il testo originario (e rimasto immutato) dell'art. 28: «*Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*».

⁶⁸¹ L'art. 30 (rimasto testualmente immutato ma oggetto di una sentenza interpretativa di accoglimento, la n. 68/2021) così invece dispone: «*La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, entro due giorni dal suo deposito in cancelleria, è trasmessa, di ufficio, al Ministro di grazia e giustizia ed al Presidente della Giunta regionale affinché si proceda immediatamente e, comunque, non oltre il decimo giorno, alla pubblicazione del dispositivo della decisione nelle medesime forme stabilite per la pubblicazione dell'atto dichiarato costituzionalmente illegittimo.*

La sentenza, entro due giorni dalla data del deposito, viene, altresì, comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati affinché, ove lo ritengano necessario, adottino i provvedimenti di loro competenza.

Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

richiama la nota sent. 1146/1988⁶⁸².

- b) l'introduzione di un art. 28-bis: «*La Corte costituzionale, nel caso in cui ritenga di dover sindacare l'uso del potere discrezionale del Parlamento per eccesso di potere legislativo dal quale derivi una lesione di principi fondamentali o diritti inviolabili della persona, in assenza (o sproporzione) dell'intervento del legislatore può sostituire la disposizione dichiarata illegittima con un'altra disposizione vigente che disciplini casi simili o materie analoghe*»⁶⁸³.
- c) l'introduzione di un art. 28-ter: «*In casi eccezionali, da cui possano derivare danni gravi e irreversibili alla persona, la Corte può, con ordinanza motivata, rinviare la data dell'udienza per un periodo non superiore ad un anno, prorogabile una sola volta e per sei mesi, se ritenga che la propria decisione possa implicare valutazioni di natura politica o che da questa possano derivare disarmonie nel sistema, al fine di consentire al legislatore le iniziative che questi riterrà opportune. L'ordinanza di rinvio indica altresì le disposizioni strettamente necessarie che la Corte costituzionale intenda eventualmente introdurre in luogo di quelle dichiarate illegittime, secondo i criteri di cui all'art. 28-bis*»⁶⁸⁴.
- d) l'introduzione di un art. 28-quater: «*Le decisioni pronunciate ai sensi degli articoli 28-bis e 28-ter non precludono il riesercizio della funzione legislativa, con i limiti imposti dal rispetto del giudicato costituzionale*»⁶⁸⁵.

Siamo consapevoli che le suddette innovazioni, se contenute in una legge ordinaria, rischierebbero di seguire la stessa sorte dell'art. 28 sopra citato: una norma sostanzialmente

⁶⁸² Per il senso di questa innovazione, si rimanda al Cap. II, § 1.

⁶⁸³ Con questo nuovo articolo si potrebbero razionalizzare i presupposti delle “semplici” pronunce a “rime adeguate”, che la Corte può pronunciare senza necessariamente dover articolare in due tempi il giudizio mediante ordinanza di rinvio a nuova udienza. I presupposti, come si ricorderà (v. il § 3 di questo Capitolo) sono: 1) la lesione di diritti fondamentali e 2) l'esistenza di «precisi punti di riferimento già rinvenibili nel sistema normativo», che abbiamo voluto tradurre con «casi simili o materie analoghe». Il riferimento all'art. 12, II comma, delle cc.dd. preleggi (*Disposizioni sulla legge in generale*) è intenzionale: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano *casi simili o materie analoghe*; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (mio, ovviamente, il corsivo).

⁶⁸⁴ Con questa disposizione si intende disciplinare i requisiti ulteriori necessari per la sperimentazione della decisione in due tempi con rinvio a data fissa dell'udienza. Come già esplicito nel § 3, i criteri dovrebbero essere, oltre a quelli «di cui all'art. 28-bis» (cioè la lesione di *principi fondamentali e diritti inviolabili* e l'individuazione di «precisi punti di riferimento»), l'*eccezionalità* della situazione, il danno grave e irreversibile e il rischio di *potenziali disarmonie nel sistema*. Un altro requisito funzionale alla garanzia della prevedibilità delle decisioni e alla certezza del diritto è la necessaria indicazione delle disposizioni che la Corte intende introdurre; queste devono inoltre essere «strettamente necessarie», auspicando con ciò di porre un argine alle possibili degenerazioni “creative” della Consulta.

⁶⁸⁵ Questa disposizione vorrebbe, infine, ribadire espressamente il carattere *sussidiario* dell'intervento della Corte. In base a questa disposizione, la Corte sarebbe obbligata a formulare il proprio giudizio “in due tempi” in una logica autenticamente sussidiaria, dichiarando espressamente – come pure è avvenuto finora – che il legislatore potrà sempre intervenire per una nuova e diversa disciplina della materia. Si potrebbe forse considerare una norma probabilmente inutile dal punto di vista *giuridico* (come pure è stato considerato “inutile” l'art. 28 nella sua originaria formulazione, in quanto consapevolmente ripetitivo del disposto dell'art. 136 Cost.: v. Cap. I); cionondimeno avrebbe un chiaro valore *politico* (di *limite* imposto alla Corte e di *autolimita* imposto dal legislatore a se stesso) che riteniamo meritevole di specifica formulazione espressa.

nella prassi disapplicata e ignorata. Nulla esclude, però, che tali disposizioni possano essere introdotte con legge costituzionale, lasciando alla fonte primaria soltanto le norme “minori” effettivamente relative all’*organizzazione* e al *funzionamento* della Corte (e non, in definitiva, ai suoi poteri).

5. (segue): c) Riforma dei regolamenti parlamentari: obbligatorietà del seguito legislativo, almeno sul piano dell'esame e discussione delle *sentenze monito* e di *rinvio a nuova udienza*, e valorizzazione del ruolo delle opposizioni

Il seguito legislativo delle sentenze della Corte costituzionale è oggetto di una disciplina specifica, e in parte simile, nei regolamenti di Camera e Senato.

Come si è già accennato, intervenire sulle procedure parlamentari di seguito legislativo potrebbe essere uno dei tasselli fondamentali – a nostro avviso, probabilmente, il più importante – per tentare di rendere davvero effettivo il seguito delle sentenze della Consulta⁶⁸⁶. Ma prima di ragionare sulle possibili riforme è forse utile richiamare la disciplina attualmente vigente, rimasta peraltro immutata dal 1971 ad oggi.

art. 108 r.C.	art. 139 r.S. <i>Sentenze della Corte costituzionale - Invio alle Commissioni e decisioni consequenziali delle Commissioni stesse</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Le sentenze della Corte costituzionale sono stampate, distribuite e inviate contemporaneamente alla Commissione competente per materia e alla Commissione affari costituzionali. 2. Entro il termine di trenta giorni, la Commissione competente esamina la questione con l'intervento di un rappresentante del Governo e di uno o più relatori designati dalla Commissione affari costituzionali. 3. La Commissione esprime in un documento finale il proprio avviso sulla necessità di iniziative legislative, indicandone i criteri informativi. 4. Il documento è stampato e distribuito e viene comunicato dal Presidente della Camera al Presidente del Senato, al Presidente del Consiglio e al Presidente della Corte costituzionale. 5. Se all'ordine del giorno della Commissione si trovi già un progetto di legge sull'argomento, o questo sia presentato nel frattempo, l'esame dovrà essere congiunto e non si applicano in tal caso i commi 3 e 4. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Nell'ipotesi in cui sia stata dichiarata, a norma dell'articolo 136 della Costituzione, l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge dello Stato, il Presidente comunica al Senato la decisione della Corte costituzionale non appena pervenutagli la relativa sentenza. Questa è stampata e trasmessa alla Commissione competente. 2. Sono parimenti trasmesse alle Commissioni tutte le altre sentenze della Corte che il Presidente del Senato giudichi opportuno sottoporre al loro esame. 3. La Commissione, allorché ritenga che le norme dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale debbano essere sostituite da nuove disposizioni di legge, e non sia già stata assunta al riguardo un'iniziativa legislativa, adotta una risoluzione con la quale invita il Governo a provvedere.

⁶⁸⁶ Anche A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del "modello" e fluidità dell'esperienza*, in A. Ruggeri - G. Silvestri, *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano 2000, 72, evidenzia come l'equilibrio tra Corte e Parlamento «può esser reso ancora più stabile di quanto pure non possa fare una misurata ed accorta disciplina costituzionale, di cui pure si avverte il bisogno, soprattutto a mezzo di nuove procedure di raccordo simultaneamente introdotte sia presso la Corte che alle Camere e, possibilmente, convenzionalmente definite».

	<p>4. Analoga risoluzione può adottare la Commissione quando ravvisi l'opportunità che il Governo assuma particolari iniziative in relazione ai pronunciati della Corte.</p> <p>5. Il Presidente del Senato trasmette al Presidente del Consiglio la risoluzione approvata, dandone notizia al Presidente della Camera dei deputati.</p>
--	--

Mette conto sottolineare come la procedura del seguito parlamentare delle sentenze della Consulta sia stata introdotta per la prima volta proprio nei regolamenti del 1971. Prima – sebbene la comunicazione alle Camere fosse formalmente prevista già dalla Costituzione del 1948 – non esisteva una procedura specifica di seguito legislativo⁶⁸⁷.

Dal punto di vista storico, ciò che mosse il Parlamento ad introdurre questa specifica disciplina nei regolamenti fu la constatazione che mancava, in effetti, un raccordo fra la Corte e il Parlamento e che quindi la Costituzione, per quell'aspetto, era ancora inattuata. Così, in un clima politico decisamente “caldo”, anche in tema di riforme istituzionali, politiche e sociali, le riforme dei regolamenti parlamentari tennero conto dell'evoluzione del ruolo della Corte nel sistema e della legittimazione che questa era riuscita, a fatica a conquistarsi: un riconoscimento del ruolo della Corte che le consentì, come sappiamo, di rivolgersi sempre più frequentemente al legislatore auspicando interventi legislativi in settori in cui più alta era la discrezionalità politica)⁶⁸⁸. Tale “riconoscimento”, prima, era impensabile⁶⁸⁹. Questa nuova sensibilità emerge già nei lavori preparatori dei regolamenti parlamentari, in cui si ammette (con riferimento in particolare alla discussione occorsa in seno alla Giunta per il regolamento alla Camera) che si «è voluta inserire questa disposizione nella parte riguardante il procedimento legislativo, ad

⁶⁸⁷ È da rilevare, comunque, che la (sola) “comunicazione” delle sentenze di accoglimento era prevista già dall'art. 90 del Regolamento del Senato del 1950 e dall'art. 30, comma 2, della l. n. 87/1953 (dove si specifica che la comunicazione della decisione deve avvenire entro due giorni dal deposito in cancelleria).

⁶⁸⁸ L. PEGORARO, *op. cit.*, 289: «Mutati i tempi, i regolamenti del 1971 si aprirono [...] alla società civile ed alle altre realtà istituzionali, rompendo l'isolamento in cui il Parlamento aveva costretto se stesso nel dopoguerra, privilegiando il rapporto col solo Governo». Tuttavia, all'epoca, come segnala l'A. (p. 291) la Corte costituzionale «veniva percepita [...] quale organo ausiliario del Parlamento, e ciò si atteggiava assai bene alla concezione di quest'ultimo quale punto focale del sistema, verso il quale dovevano convergere gli *inputs* (non solo conoscitivi) degli organi “satelliti”».

⁶⁸⁹ Oggi, invece, autorevole dottrina nota come «in un modo o nell'altro la funzione legislativa deve “convivere” con la Corte e con il suo attivismo», ritenendo le norme regolamentari sul seguito, per l'A. ritenute «comunque sia [...] «utili [...] a rompere lo scollamento paradossale tra l'attività dei due organi costituzionali»: così A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna 2003, 430. Sia consentito notare, comunque, l'atteggiamento piuttosto scettico dell'A. sulle norme regolamentari in parola, avendo queste una funzione probabilmente solo simbolica, nella misura in cui esse sono “*comunque sia... utili*” (ad avvicinare i due organi): il sottinteso è che la loro principale funzione (e cioè l'attivazione concreta delle procedure ivi previste), non dà però i frutti che dovrebbe. Al riguardo, cfr. anche A. PIZZORUSSO, *art. 136*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 176: «l'esplicita previsione di un collegamento fra l'attività della Corte e quella del Parlamento risulta indubbiamente opportuna, anche se il suo effettivo funzionamento non dipende tanto dalle regole procedurali fissate, quanto dalla realizzazione di una omogeneità di orientamenti fra Corte e Parlamento, la quale ovviamente non può essere creata d'autorità e risulta altresì più o meno realizzabile con riferimento ai diversi ordini di problemi su cui l'attività della Corte venga concretamente ad interferire».

indicare l'intima connessione che deve stabilirsi tra l'opera del supremo organo di garanzia costituzionale e un'attività normativa della Camera che, ove se ne ravvisi la necessità, sollecitamente *colmi i vuoti* derivanti dalle sentenze dichiarative di illegittimità e sia avvertita delle sollecitazioni e dei *preavvisi spesso inseriti in sentenze interpretative della Corte*. In questo modo l'*organizzazione interna della Camera* intende porsi nelle condizioni di provvedere “nelle forme costituzionali” secondo il precetto dell'articolo 136 della Costituzione»⁶⁹⁰ (miei i corsivi).

L'obiettivo dichiarato era dunque duplice: provvedere, ove necessario, dinanzi ai vuoti normativi creati dalle sentenze di accoglimento della Consulta e, inoltre, tentare di dar seguito anche ai suoi moniti⁶⁹¹. È da rilevare, inoltre, come il seguito legislativo fosse già allora visto come un problema essenzialmente di organizzazione dei lavori e delle procedure parlamentari; come vedremo, è proprio in ottica “organizzativa” che il problema potrebbe oggi essere riconsiderato⁶⁹².

Rimanendo nell'ambito dell'attività della Camera, e sempre nei lavori preparatori (questa volta in Assemblea), emerge però come non si sia voluto creare alcun automatismo nell'attivazione delle procedure di seguito: «non si è introdotto un sistema automatico, d'altra parte non consentaneo con il nostro sistema costituzionale che prevede la presentazione di disegni o proposte di legge [...]; ma si è prevista una sede nella quale si proceda a primo esame in Commissione e si segnali l'indirizzo legislativo»⁶⁹³.

Tuttavia, già dopo pochi anni si registrano segnali di inefficienza delle norme regolamentari sul seguito legislativo. Infatti, nell'ambito dei lavori del *Comitato per le Questioni istituzionali*⁶⁹⁴ istituito nel 1982, si lamentava, già in quella sede – a poco più di dieci

⁶⁹⁰ Camera dei deputati. Giunta del regolamento, *Relazione sul progetto di nuovo regolamento*, V legislatura, 10 luglio 1970, 16.

⁶⁹¹ Moniti che, come abbiamo visto, erano chiamati “preavvisi” dai relatori al progetto (gli Onorevoli Bozzi, Luzzatto e Rognoni): il ché rivela come il legislatore regolamentare fosse ben consapevole che quei moniti, presto o tardi, avrebbero condotto a una declaratoria di illegittimità fino ad allora solo “preavvisata”.

⁶⁹² Lo rilevava già E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 82: «il limite maggiore di questa procedura sul seguito delle sentenze costituzionali discende dal fatto che essa, in pratica – salvo rarissime eccezioni – non ha mai funzionato. Le ragioni di questo scarso successo della disciplina posta in materia dai regolamenti parlamentari sono probabilmente varie, ma credo che in larga parte vengano a collegarsi alla ristrettezza dei tempi del lavoro parlamentare contrapposto alla quantità e alla complessità tecnica dei prodotti giurisprudenziali che andrebbero sottoposti ad esame (e, se del caso, anche a critica). Se così è, le difficoltà sinora registrate nell'attivazione della procedura sul seguito delle sentenze potrebbero, forse, essere superate attraverso qualche limitato accorgimento organizzativo: ad esempio, istituendo una struttura *ad hoc* nell'ambito di ciascuna Commissione affari costituzionali, con il compito di istruire, selezionare e graduate, secondo la loro importanza, i problemi aperti dalle pronunce della Corte, ovvero prevedendo, sempre per questo compito, un raccordo “interfaccia” tra gli uffici studi del Parlamento e le strutture equivalenti della Corte costituzionale. In ogni caso, la disciplina sul “seguito” delle sentenze costituzionali andrebbe recuperata nella prassi e, se possibile, potenziata».

⁶⁹³ Camera dei deputati. Assemblea, *Resoconto stenografico*. V legislatura, seduta n. 312, 15 luglio 1970, 19095. *Ivi*, più in generale, in ragione alle procedure di seguito legislativo, si ammette e si riconosce come sia «stato largamente avvertito il disagio di una situazione caratterizzata dall'inefficacia di norme dichiarate incostituzionali dalla Corte e con un Parlamento poco sollecito nel sostituire le norme caducate con disposizioni corrispondenti alla Costituzione e alle indicazioni della Corte. Ciò è accaduto in più casi, con ritardi che sono stati spesso pregiudizievoli».

⁶⁹⁴ Com'è noto, il dibattito sulle riforme istituzionali, in corso dal finire degli anni '70, ha visto l'adozione di diverse soluzioni metodologiche nel corso del tempo. La prima fase delle riforme, precedente alla istituzione della I commissione bicamerale presieduta dall'On. Bozzi (istituita nel 1983), risale al 1982, con l'istituzione di

anni dalla entrata in vigore dei nuovi Regolamenti – la «inadeguatezza dell'articolo 139 del Regolamento [del Senato] che – prevedendo esclusivamente la trasmissione delle sole sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale alla Commissione competente – non assicurerebbe “il pur indispensabile raccordo fra Parlamento e Corte costituzionale”»⁶⁹⁵; in quella sede, si constatava pure di «non disporre di strumenti regolamentari idonei a mettere in moto meccanismi di iniziative conseguenti a sentenze (o, più in generale, a provvedimenti) della Corte»⁶⁹⁶. Qualche anno dopo venne rilevato che «al banco di prova della prassi, le riforme introdotte nel '71 rivelarono una debolezza di fondo che non è imputabile solo alle lacune della normativa, ma origina invece dalla mitizzata centralità del Parlamento di cui era pregna la cultura politica italiana di quegli anni»⁶⁹⁷. In dottrina si parlò di un vero e proprio «naufragio delle procedure», testimoniato «sia dal numero (esiguo), sia dall'indole delle sentenze prese in considerazione dalle commissioni: nei primissimi anni di sperimentazione, i casi di esame congiunto (sentenza più proposta di legge) si contano alla Camera sulla punta delle dita [...]. L'esame autonomo venne attivato ancor più di rado, e solo dalla commissione affari costituzionali»⁶⁹⁸.

Per entrambi i rami del Parlamento, dunque, si prevedono oggi procedimenti speciali (non legislativi), che si concludono con meri atti di indirizzo (un “documento finale” alla Camera; una relativamente più penetrante “risoluzione” al Senato), con cui solo *eventualmente* si può attivare un procedimento legislativo. L'unica possibilità che, in seguito all'esame in Commissione delle sentenze della Consulta, si attivi un procedimento legislativo è che *esista già* un'iniziativa legislativa in relazione alla materia interessata dalla pronuncia della Corte, a cui abbinare l'esame (già avviato o da avviare)⁶⁹⁹. Allo stato, dunque, il Parlamento si potrebbe concretamente occupare della materia interessata da una pronuncia di incostituzionalità, attivando un *iter legis* in tal senso... solo se *già* aveva intenzione di occuparsi di detta materia. Altrimenti, il seguito è destinato a restare confinato nel limbo delle buone intenzioni (e cioè, formalmente, nel “documento finale” o nella “risoluzione”).

Un'altra analogia che, ai nostri fini, merita di essere segnalata è relativa alle modalità con cui, almeno sulla carta, gli inquilini del Parlamento sono messi a conoscenza delle pronunce

Comitati di studio “ristretti” all'interno delle Commissioni Affari costituzionali di Camera e Senato, il cui compito era presentare un documento con un inventario delle proposte istituzionali già in esame, valutandone lo stato, e considerando eventuali altri punti rilevanti e suggerimenti di modifiche regolamentari necessarie.

⁶⁹⁵ Senato della Repubblica, VIII legislatura, *Relazione del Comitato per lo studio delle questioni istituzionali*, trasmessa al Presidente del Senato il 29 ottobre 1982, 51 s.

⁶⁹⁶ *Ibidem*.

⁶⁹⁷ L. PEGORARO, *op. cit.*, 295.

⁶⁹⁸ *Ivi*, 296.

⁶⁹⁹ Cfr. L. PEGORARO, *op. cit.*, 294: «l'ultimo comma dell'art. 108 [r.C.] prevede che l'esame sia congiunto se all'ordine del giorno della commissione si trovi già un progetto di legge sull'argomento, o questo venga presentato nel frattempo. Si registra pertanto una biforcazione del procedimento, che si articola in due sub-procedimenti egualmente percorribili: la scelta dell'uno o dell'altro è gravida di conseguenze anche per quanto riguarda il documento conclusivo. Questo assume il nome di “documento finale”, e viene redatto solo se la commissione decide di svolgere l'esame disgiunto della sentenza; nel qual caso [...] esso viene stampato, distribuito e comunicato al Presidente del Senato, al Presidente del Consiglio e al Presidente della Corte costituzionale. Quale che sia la natura di siffatto documento, essa non fu esattamente percepita allorché venne redatto il regolamento della Camera, tant'è vero che una proposta di emendamento al testo della Giunta suggerì di adottare la formula della «risoluzione, preferita d'altronde anche al Senato».

della Corte. Queste, una volta trasmesse da Palazzo della Consulta, sono *stampate* (alla Camera anche *distribuite*) e *trasmesse/inviate* alla Commissione competente per materia (e, alla Camera, anche alla Commissione Affari costituzionali).

Un'ulteriore analogia è relativa al tipo di atto oggetto di comunicazione: le sentenze (e non anche, ad esempio, le ordinanze, oggi invece particolarmente rilevanti: si pensi appunto a quelle di rinvio a data fissa). Nel dettaglio, il Regolamento della Camera prende in considerazione *tutte* le sentenze della Corte; quello del Senato, invece, solo quelle di accoglimento e «tutte le altre sentenze della Corte che il Presidente del Senato giudichi opportuno sottoporre al loro esame». L'esclusione della comunicazione di atti diversi dalle sentenze si spiega se si considera che, fino a quel momento, questi erano gli unici atti contenenti valutazioni attinenti al merito delle questioni di legittimità costituzionale. È solo a partire dagli anni '80, con l'esigenza di smaltimento dell'arretrato, che la Corte inizia a trattare (anche solo marginalmente) il merito delle questioni in atti quali le ordinanze (spesso, come abbiamo visto, di inammissibilità: v. in argomento il Cap. I, § 2).

È chiaro che, in prospettiva di riforma, sarebbe opportuno che i regolamenti camerale si occupino di far trasmettere, più in generale, le “decisioni” di incostituzionalità, ivi comprese, dunque, anche le ordinanze, per lo meno quelle con valenza monitoria, in cui l'incostituzionalità della norma scrutinata è accertata – o anche solo prefigurata – ma non dichiarata; ordinanze che, ad oggi, sono invece formalmente escluse dal perimetro applicativo delle disposizioni esaminate⁷⁰⁰.

Al di là delle ulteriori analogie (e differenze) fra la disciplina del seguito legislativo prevista dal regolamento della Camera rispetto a quella del Senato, due dati sembrano essere evidenti.

Il primo è che l'attivazione della procedura di seguito delle sentenze della Consulta è solo *eventuale*, prima ancora che del tutto discrezionale: questo ci sembra un grave difetto della disciplina regolamentare, che non consente di valutare effettivamente *come* venga esercitata la discrezionalità legislativa su una data materia se non *prima* venga attivata la procedura di seguito. È vero che anche decidere di *non* attivare la procedura di seguito è stata sinora considerata una scelta discrezionale pienamente legittima, soprattutto se il legislatore si ritiene politicamente “soddisfatto” della caducazione di una data disciplina operata dalla Consulta.

⁷⁰⁰ P. FALZEA, *op. cit.*, 152 s., già diversi anni fa rilevava come «non è superfluo rilevare che le ordinanze costituiscono provvedimenti di natura processuale adottate dalla Corte in occasioni nelle quali ritiene di non poter procedere allo scrutinio di merito della questione. Un problema di seguito legislativo con riferimento a tali pronunce non dovrebbe nemmeno porsi se la Corte si limitasse, come è avvenuto nei primi anni della sua giurisprudenza, a dichiarare l'inammissibilità della questione tutte le volte in cui riteneva non sussistenti le condizioni richieste dalla legge per una legittima instaurazione del giudizio incidentale. Tuttavia, in anni più recenti, la Corte ha fatto ricorso a tale tipo di pronuncia anche quando l'illegittimità costituzionale della norma sottoposta al suo esame era già stata da essa accertata e pronunciata. [...] Se la forma che tali decisioni assumono non sembra avere alcun rilievo in ordine all'esigenza di un seguito legislativo, [...] deve rilevarsi l'inadeguatezza delle procedure previste dai regolamenti parlamentari, i quali, riferendosi solo alle sentenze della Corte, non prendono in considerazione le decisioni che hanno la forma dell'ordinanza e che pure pongono seri problemi di seguito legislativo. In concreto, tuttavia, il problema è stato superato dalla prassi costituzionale perché le Camere, indipendentemente dalle previsioni regolamentari, prendono in considerazione le ordinanze allo stesso modo di quanto fanno per le sentenze».

Tuttavia, è ben più difficile accettare che il legislatore tenga la medesima condotta nel caso delle pronunce monitorie (e, in genere, dei moniti, anche se incidentalmente contenuti in una decisione di accoglimento o di rigetto nel merito).

Nella prospettiva della leale collaborazione, oggi, da più parti si avverte come la legittimità della condotta inerte o omissiva del legislatore sia decisamente da biasimare. Sarebbe perciò auspicabile che, almeno in relazione ai moniti legislativi, il Parlamento si pronunci in maniera espressa, dichiarando – se lo ritiene – di *non* voler dar seguito a un determinato monito della Consulta, anche per ragioni puramente politiche. Se ne avvantaggerebbe proprio la “tutela” dell’indirizzo politico e di riflesso l’autorevolezza del Parlamento, posto che la Consulta, a quel punto, si mostrerebbe probabilmente più prudente nell’invadere così platealmente il campo riservato alla discrezionalità di un Parlamento che prende espressamente posizione⁷⁰¹. Beninteso: che la Corte possa poi mostrarsi più “prudente” non significa, ovviamente, che arrivi ad essere “paralizzata”: se una norma dovesse risultare incostituzionale e il Parlamento decidesse, cionondimeno, di ignorare il monito a riconsiderare la disciplina, non ci sono dubbi sul fatto che la Corte *debba* in ogni caso procedere con la declaratoria dell’incostituzionalità prefigurata, anche a costo di un possibile conflitto istituzionale.

Il secondo punto di palmare evidenza che ci sembra di poter criticamente rilevare è relativo alla effettiva conoscenza delle sentenze (e/o dei moniti ivi contenuti) da parte dei parlamentari. Non solo per il semplice e banale dato per cui la mera *comunicazione* di un qualsiasi messaggio non implica mai la effettiva *conoscenza* di esso (s’intende: del suo contenuto) da parte del destinatario. Ma anche – e soprattutto – perché le modalità con cui nel nostro caso il messaggio (cioè la sentenza della Consulta) è comunicato sembra essere progettata al fine di rispettare solo formalisticamente il precetto della norma regolamentare. L’analisi di quanto avviene nella prassi a tal riguardo è, a questo punto, opportuna.

Prendiamo in considerazione quanto avviene presso la Camera dei deputati. Sul sito istituzionale della Camera, dove ormai è possibile conoscere e prendere visione con estrema facilità di ogni atto relativo alla sua attività (legislativa o meno), nella pagina dedicata ai lavori della I Commissione (Affari costituzionali) troviamo un’apposita sezione dedicata alle sentenze trasmesse dalla Corte costituzionale⁷⁰². Questa categoria di documenti non è materialmente “stampata”, come invece accade ad altre categorie di documenti⁷⁰³, ma semplicemente

⁷⁰¹ Ciò non esclude affatto, beninteso, che la Corte scelga comunque di sanzionare l’omissione incostituzionale del legislatore (che dipenderebbe però non da un’inerzia ma da una precisa ed espressa scelta politica), qualora ne ricorrano gli estremi. Sarebbe però uno scontro politicamente più diretto e più acceso rispetto al quale la Corte potrebbe ritenere preferibile – a beneficio della propria legittimazione – fare un passo indietro, nell’ottica della leale collaborazione istituzionale e del rispetto dei rispettivi ruoli, limitando le decisioni cc.dd. creative e/o fortemente manipolative solo ai casi più manifesti di illegittimità costituzionale.

⁷⁰² Cfr. https://www.camera.it/leg19/1375?shadow_organoparlamentare=3501&id_tipografico=01. Qui si legge che «Questa sezione contiene l’elenco delle sentenze emesse dalla Corte costituzionale - che costituiscono la categoria VII dei "Doc" (Documenti stampati dalla Camera) - nella legislatura in corso per la Commissione. Le sentenze, ai sensi dell'articolo 108 del Regolamento, possono essere esaminate autonomamente o congiuntamente a progetti di legge sulla medesima materia».

⁷⁰³ Le categorie di “DOC”, almeno alla Camera, sono oltre 250 (v. <https://www.camera.it/leg19/168>); ciascuna di queste, normalmente, ricomprende al suo interno decine di singoli documenti: a ben vedere, la scelta

contrassegnata da un collegamento ipertestuale (c.d. link) alla pronuncia per come visibile sul sito internet della Corte costituzionale. Ricapitoliamo: il modo in cui viene comunicata la sentenza della Corte, alla Camera, è un semplice link al sito della Corte medesima dove è possibile leggere la sentenza interessata.

The screenshot shows the website of the I Commissione (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni). The page has a header with the text "Commissioni permanenti" and "I COMMISSIONE (AFFARI COSTITUZIONALI, DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO E INTERNI)". On the left side, there is a vertical menu with the following items: "Composizione", "Convocazioni", "Resoconti", "Progetti di Legge", "Atti del Governo", "Proposte di nomina", "Atti di indirizzo e controllo", "Proposte di Commissioni parlamentari di inchiesta", "Indagini Conoscitive", and "Atti e documenti dell'Unione europea". The main content area is titled "SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE" and contains a paragraph explaining that this section lists sentences issued by the Constitutional Court, which constitute category VII of "Doc" (Documents printed by the Chamber) in the current legislature. It notes that sentences, in the sense of article 108 of the Regulation, can be examined autonomously or jointly with legislative projects on the same matter. Below this, there is a section titled "I COMMISSIONE (Affari Costituzionali)" with a list of documents:

- Doc. VII, n. 11 - (Sentenza n. 195 del 23 giugno - 26 luglio 2022)
- Doc. VII, n. 43 - (Sentenza n. 237 del 5 ottobre - 28 novembre 2022)
- Doc. VII, n. 47 - (Sentenza n. 241 del 10 novembre - 1° dicembre 2022)
- Doc. VII, n. 66 - (Sentenza n. 262 del 19 - 22 dicembre 2022)
- Doc. VII, n. 115 - (Sentenza n. 60 del 7 marzo - 6 aprile 2023)
- Doc. VII, n. 136 - (Sentenza n. 88 del 9 marzo - 8 maggio 2023)
- Doc. VII, n. 137 - (Sentenza n. 89 del 22 marzo - 8 maggio 2023)

Insomma: se ci è consentito, si tratta di un modo di “comunicazione” delle sentenze della Consulta pressoché inutile, posto che il deputato della Commissione interessata può reperire il medesimo materiale senza passare dal sito istituzionale della Camera, consultando – allo stesso modo e anzi con minor sforzo – il sito internet della Corte. Viceversa, in tempi in cui la tecnologia non era ancora evoluta e le comunicazioni erano senz’altro più difficili, aveva certamente più senso e maggiore utilità, per il singolo parlamentare, trovarsi la sentenza della Corte già concretamente “stampata” insieme agli altri documenti necessari al lavoro parlamentare (ad es. i testi di proposte di legge con le relative relazioni e il fascicolo degli emendamenti; mozioni; risoluzioni; documenti e relazioni da esaminare; ecc.).

In definitiva, il seguito delle sentenze della Corte si riduce, alla Camera, ad un semplice collegamento ipertestuale fra i due siti internet delle rispettive istituzioni.

Un discorso analogo può essere predicato anche in relazione al seguito delle sentenze della Corte costituzionale presso il Senato della Repubblica, con l’unica (marginale) differenza relativa al testo delle sentenze che qui vengono effettivamente “stampate” (anche solo in formato digitale) senza un rimando diretto al sito della Consulta.

All’atto pratico, dunque, il seguito legislativo è un istituto previsto solo sulla carta e mai concretamente attuato⁷⁰⁴. Autorevole dottrina ha notato come, in relazione al seguito delle

di “stampare” solo alcune categorie di documenti (principalmente quelli prodotti dalla stessa Camera) e predisporre un semplice link per tutte le altre categorie di documenti trasmessi da altri enti è da valutare positivamente.

⁷⁰⁴ È un dato confermato anche da G. RIZZONI, *Il seguito in Parlamento delle sentenze della Corte costituzionale. Tendenze recenti e prospettive evolutive*, in *Quad. cost.*, n. 4/2023, 849 s. L’A., da un punto di vista certamente privilegiato (che lo vede Capo del Servizio Studi presso la Camera dei deputati) ha di recente rilevato come le aspettative sottese alle procedure parlamentari di seguito legislativo disegnate dal legislatore regolamentare del 1971 «non hanno tuttavia trovato riscontro nella concreta prassi parlamentare intervenuta

sentenze della Consulta, solo «qualcosa è stata fatta con i Regolamenti parlamentari del 1971; [...] ma assai di più poteva essere realizzato a livello normativo e (soprattutto) organizzativo delle singole Camere»⁷⁰⁵. In ogni caso, si conferma che «tali procedure hanno avuto scarsa applicazione nella concreta esperienza parlamentare»⁷⁰⁶.

Negli ultimi venti anni, almeno alla Camera, non risulta alcun documento finale approvato ai sensi dell'art. 108 r.C.⁷⁰⁷. Si tratta di una «tendenza di fondo [che] ha conosciuto peraltro significative eccezioni, come quelle rappresentate dai seguiti parlamentari alle decisioni della Corte in materia di sistema radio-televisivo (a partire dalla storica sent. n. 225/1974) o in tema di utilizzabilità dei processi penali delle dichiarazioni dei c.d. *collaboratori di giustizia* (ci riferiamo alla sent. n. 361/1998 che dichiarò incostituzionale la riforma dell'art. 513 c.p. approvata dal Parlamento nel 1997)»⁷⁰⁸.

Una forma particolare ed embrionale di seguito che, invece, si va affermando in via di prassi è relativa ai c.d. dossier dei servizi studi delle assemblee legislative e della Corte costituzionale. Si tratta di un adempimento non disciplinato espressamente da alcuna norma regolamentare e che entrambe le istituzioni attuano, da qualche anno, spontaneamente, nell'ambito della normale attività di documentazione e di studio propedeutica, in modi diversi, all'attività tipica dei due organi-poteri (legislativa in un caso, «giurisdizionale» nell'altro). Come si legge in un documento del Servizio studi predisposto dalla Camera dei deputati, infatti, «a partire dal 2021 i Servizi Studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica curano una *Rassegna di giurisprudenza costituzionale*, che viene pubblicata con cadenza trimestrale. Nella Rassegna si riepilogano le sentenze di illegittimità costituzionale di disposizioni statali pronunciate dalla Corte costituzionale, accompagnate da alcuni Focus su pronunce di particolare interesse nel periodo considerato dal punto di vista del procedimento legislativo e del sistema delle fonti. Al contempo, nella Rassegna si dà conto delle sentenze con valenza monitoria rivolte al legislatore, con l'ausilio della documentazione messa a disposizione dal Servizio Studi della stessa Corte. Ciascuna segnalazione è accompagnata da

nell'oltre mezzo secolo trascorso dal varo delle nuove norme regolamentari. Pur essendo le sentenze della Corte regolarmente assegnate all'esame delle Commissioni parlamentari, queste ben di rado ne hanno avviato l'esame per i seguiti di propria competenza. I casi di espresso esame da parte delle Commissioni parlamentari di una sentenza sono stati complessivamente qualche decina, e ancora più rare sono state le occasioni in cui l'esame si è concluso con l'approvazione di un documento di indirizzo». Si rimanda *ivi* per i relativi dettagli.

⁷⁰⁵ V. DI CIOLO - L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano 2013, 699. Gli Autori, oltre ad essere professori ordinari in diritto pubblico e parlamentare, sono (stati) anche Consiglieri parlamentari presso il Senato della Repubblica.

⁷⁰⁶ *Ivi*, 701.

⁷⁰⁷ G. RIZZONI, *op. cit.*, 849, nt. 5, illustra come, alla Camera, «i più recenti documenti approvati dalle Commissioni al termine dell'esame di sentenze della Corte costituzionale risalgono alla XIV legislatura e vennero approvati dalla Commissione Ambiente: si tratta dei Doc. VII-*bis* n. 1 e Doc. VII-*bis* n. 2, approvati il 4 dicembre 2003, e riguardanti, rispettivamente, le sentt. nn. 303 e 307/2003 in tema di competenze fra Stato e Regioni; del Doc. VII-*bis*, n. 3, approvato il 28 aprile 2004 e concernente la sent. n. 27/2004 in tema di nomine degli organi di vertice degli enti parco nazionali. In precedenti legislature, si ricordano il documento approvato nella XIII legislatura dalla Commissione Giustizia il 14 febbraio 1999 (Doc. VII-*bis*, n. 1) sulla sent. n. 361/1998 che aveva dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 513, primo e secondo comma, 238 e 210 del c.p.p. e il documento approvato nella IX legislatura dalla Commissione Affari costituzionali il 10 novembre 1983 (Doc. VII, n. 20/A) riguardante la sent. n. 170/1984, la nota sentenza *Granital* in tema di rapporti fra diritto interno e diritto comunitario.».

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

una breve analisi normativa e dal riepilogo dell'attività parlamentare in corso sulla materia oggetto della pronuncia»⁷⁰⁹.

Si tratta di una lodevole attività introdotta dal Servizio studi della Corte costituzionale che, a partire dal 2019, produce un analogo dossier⁷¹⁰ (anche se più scarso ed essenziale) relativo al «Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale»⁷¹¹ dell'anno appena trascorso. L'obiettivo di questa attività documentativa, si intuisce, è quello di (sperare di) incidere sull'attività istruttoria delle leggi, di modo che si tenga conto delle decisioni della Corte già nella fase del procedimento di formazione della legge, al fine di salvarla da una futura incostituzionalità⁷¹².

Sia consentito osservare come la necessità di realizzare simili dossier nasca proprio, ci sembra, dalla implicita consapevolezza dell'insufficienza della semplice "comunicazione" delle sentenze alle Camere prevista da entrambi i regolamenti parlamentari. A ben vedere, infatti, la mera comunicazione risulta insufficiente per almeno due motivi. In primo luogo, la comunicazione, come abbiamo visto, è generalizzata (tutte le sentenze alla Camera; tendenzialmente solo quelle di accoglimento al Senato); è però evidente però che non tutte le sentenze della Corte meritano la stessa attenzione, anche alla luce del fatto che solo alcune di queste contengono moniti espressi al legislatore. In secondo luogo, come ricordavamo, le norme regolamentari non prevedono alcuna forma di comunicazione per le ordinanze: non è certo un caso, infatti, che la prassi dei dossier sul dialogo fra Corte e legislatore abbia visto la luce (o sia stata significativamente rafforzata e pubblicizzata) solo dopo la tecnica del rinvio a nuova udienza inaugurata nel 2018 con il c.d. "caso Cappato", in cui espressamente la Corte si rivolge

⁷⁰⁹ Camera dei deputati. Servizio studi, *Il dialogo tra Parlamento e Corte costituzionale*, XVIII legislatura, 31 gennaio 2022, https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1318327.pdf?_1705159044888.

⁷¹⁰ In realtà, A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 72 s. dà atto che – già negli anni 2000 – la Corte aveva «istituito al proprio interno un "ufficio" apposito, col duplice compito di segnalare a Parlamento e Governo le pronunzie che specificamente sollecitano un intervento in legislativa, estraendole dalla massa delle decisioni che altrimenti, anche a motivo del loro numero, non sarebbero realisticamente neppure lette, e di acquisire informazioni sul "seguito" parlamentare, riferendone al Presidente della Corte (è evidente quanto ciò possa influire sull'esito dei giudizi in corso e, ancora prima, sulla formazione dell'agenda dei lavori della Corte). Al livello parlamentare, invece, le procedure sono rimaste in pratica quelle che erano anche prima della riforma del regolamento della Camera, che pure [...] ha potenziato le attività istruttorie [...]».

⁷¹¹ Corte costituzionale. Servizio studi, *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale*, febbraio 2019, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_311.pdf.

⁷¹² Ne dà conto P. FALZEA, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., 142. Egli suggerisce di non guardare solo alla concreta attivazione delle procedure del seguito parlamentare, in relazione alle quali era dimostrata la «casualità delle risposte legislative», ma di misurare il problema del seguito legislativo osservando l'influenza delle sentenze della Corte nel procedimento di formazione delle leggi. In tale contesto, infatti, «risulta frequente il richiamo alle *rationes decidendi* espresse dalla giurisprudenza costituzionale anche nelle sentenze di rigetto. Il che dimostra che la finalità ultima a cui tendevano le richiamate disposizioni regolamentari può considerarsi sostanzialmente conseguita nella misura in cui la prassi della normazione legislativa si svolge con la conoscenza, specie se approfondita, della giurisprudenza della Corte. Tuttavia [...] il tipo di influenza che la giurisprudenza costituzionale esercita sul legislatore nella formazione delle leggi è ben lontana dal qualificarsi di tipo propulsivo [...]: se il legislatore decide di intervenire – e ciò fa solo se ritiene politicamente opportuno e non perché sollecitato dalla Corte – deve uniformarsi alla giurisprudenza della Corte per non correre il rischio di censure di incostituzionalità, e di questa conformità si preoccupa di dare esplicita attestazione. È di esempio l'influenza che hanno avuto i principi fissati dalla Corte su alcune delle riforme legislative più importanti: aborto, segreto istruttorio, servizio pubblico radio televisivo, contratti agrari».

al legislatore concedendogli un anno di tempo per legiferare in senso costituzionalmente conforme.

La prassi in parola, come si diceva, è una spia del cattivo funzionamento delle norme regolamentari sul seguito legislativo. Proveremo ora a ipotizzare alcune riforme in merito.

L'idea di fondo vuole essere quella di ricercare un punto di equilibrio fra la necessità del seguito legislativo e la necessità di preservare la discrezionalità legislativa, immaginando di riformare non solo gli articoli dei regolamenti parlamentari che più da vicino si occupano del seguito delle decisioni della Consulta (art. 108 r.C. e 139 r.S.), ma anche alcune disposizioni regolamentari in tema di organizzazione dei lavori (spec. artt. 23 e 24 r.C. e artt. 53 e 55 r.S.).

Per quanto attiene alle norme sul seguito legislativo, le disposizioni di cui sopra potrebbero essere modificate come segue:

art. 108 r.C.	art. 108 r.C. <i>(proposta di riforma)</i>
<p>1. Le sentenze della Corte costituzionale sono stampate, distribuite e inviate contemporaneamente alla Commissione competente per materia e alla Commissione affari costituzionali.</p> <p>2. Entro il termine di trenta giorni, la Commissione competente esamina la questione con l'intervento di un rappresentante del Governo e di uno o più relatori designati dalla Commissione affari costituzionali.</p> <p>3. La Commissione esprime in un documento finale il proprio avviso sulla necessità di iniziative legislative, indicandone i criteri informativi.</p> <p>4. Il documento è stampato e distribuito e viene comunicato dal Presidente della Camera al Presidente del Senato, al Presidente del Consiglio e al Presidente della Corte costituzionale.</p> <p>5. Se all'ordine del giorno della Commissione si trovi già un progetto di legge sull'argomento, o questo sia presentato nel frattempo, l'esame dovrà essere congiunto e non si applicano in tal caso i commi 3 e 4.</p>	<p>1. Le decisioni della Corte costituzionale, relative alla illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, sono trasmesse contemporaneamente alla Commissione competente per materia e alla Commissione affari costituzionali.</p> <p>2. <i>[Invariato]</i></p> <p>2-bis. Sono esaminate obbligatoriamente le decisioni con cui la Corte costituzionale rivolge al Parlamento un invito espresso ad intervenire e prioritariamente quelle derivanti da ordinanze con rinvio a data fissa.</p> <p>3. La Commissione adotta una mozione con la quale esprime il proprio avviso sulla necessità di iniziative legislative, indicandone i criteri informativi.</p> <p>4. <i>[Abrogato]</i></p> <p>5. Se all'ordine del giorno della Commissione si trovi già un progetto di legge sull'argomento, o questo sia presentato nel frattempo, l'esame dovrà essere congiunto e non si applicano in tal caso i commi 3 e 4. Nei casi previsti dal comma 2-bis, l'esame dovrà essere avviato entro il calendario successivo, con priorità rispetto agli altri argomenti.</p>

Si è scelto, per semplicità, di prendere in considerazione la disposizione del solo regolamento della Camera; si auspica in ogni caso che riforme dello stesso tenore possano

essere adottate anche in relazione all'analogia disposizione del regolamento del Senato.

Al primo comma si è ritenuto opportuno precisare che alla Camera debbano essere comunicate, genericamente, le “decisioni” relative all’illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge. Si è inclusa, così, la possibilità che alla Corte vengano comunicate anche le ordinanze di inammissibilità che rilevano (senza dichiarare) l’incostituzionalità della norma indubbiata per rispetto della discrezionalità del legislatore; sono parimenti incluse – a maggior ragione – le ordinanze di rinvio a data fissa dell’udienza. Inoltre, sempre al primo comma, si è previsto che le decisioni vengano semplicemente “trasmesse” alla Commissione affari costituzionali e alla Commissione volta per volta competente (ritenendo ormai superflua la “stampo” e la “distribuzione” ai singoli parlamentari).

Con l’introduzione di un comma 2-*bis* si vorrebbe finalmente introdurre la previsione di criteri di priorità con cui esaminare le decisioni della Corte: prima quelle che richiedono l’intervento del legislatore (soprattutto se di rinvio a data fissa dell’udienza), poi le “altre” decisioni (e, fra queste, le sentenze di accoglimento dovrebbero logicamente avere la precedenza rispetto alle sentenze di infondatezza). L’auspicio che accompagna l’introduzione dei suddetti criteri è il riflesso della consapevolezza che, realisticamente, il Parlamento non può prendere in considerazione in maniera compiuta ed effettiva *tutte* le decisioni della Corte; sarebbe un risultato ottimale se però riuscisse ad occuparsi almeno di quelle più importanti ed “urgenti”.

Al terzo comma si sostituisce la “mozione” al semplice “documento finale”. Com’è noto, la mozione è un atto di indirizzo mediante il quale i promotori⁷¹³ intendono «promuovere una deliberazione» dell’Assemblea su una determinata questione (in senso analogo dispongono tanto l’art. 110 r.C. quanto l’art. 157 r.S.). A nostro avviso sarebbe opportuno prevedere l’adozione in particolare di una mozione e non di una “risoluzione” (come prevede invece tuttora il regolamento del Senato) per due motivi. In primo luogo, sebbene «la differenza principale tra i due strumenti non riguarda né la forma, né la sostanza, né gli effetti dell’atto, ma solo alcuni profili procedurali, quali i tempi e le modalità di presentazione»⁷¹⁴, le *risoluzioni* sono sempre indirizzate al Governo in funzione specificativa dell’indirizzo politico⁷¹⁵; le *mozioni*, invece, «in alcuni limitatissimi casi [...] sono servite perché una Camera impegnasse sé stessa ad un determinato comportamento»⁷¹⁶. In secondo luogo, l’adozione di

⁷¹³ I soggetti titolati a presentare una mozione sono, alla Camera, «un presidente di Gruppo o sette deputati» (art. 110 r.C.); al Senato, invece, «almeno cinque Senatori» (art. 157 r.S.).

⁷¹⁴ G. LASORELLA, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, Torino 2023, 444.

⁷¹⁵ Le risoluzioni, inoltre, fungono da strumento conclusivo della discussione; la mozione, al contrario, serve ad introdurla. Come nota G. LASORELLA, *op. cit.*, 445, la distinzione in parola «è stata ribadita espressamente alla Camera, anche in sede di Giunta per il regolamento, allorché, nella seduta del 29 Marzo 2011, con riferimento alla questione del termine per la presentazione delle risoluzioni in caso di comunicazioni del governo, il Presidente ha precisato che la prassi interpretativa dell’art. 118 «è nel senso che sia possibile presentare proposte di risoluzione dal momento in cui il Governo prende la parola per rendere le comunicazioni stesse e fino all’intervento con il quale rappresentante del Governo rende il parere. Non è invece possibile presentarle prima. Si tratta, infatti, di strumenti che ‘accedono’ al dibattito e non di strumenti che lo ‘introducono’, come le mozioni e che, come tali, sono iscritte all’ordine del giorno della seduta».

⁷¹⁶ *Ivi*, 445. L’Autore porta quale esempio, nell’ambito dei lavori della XVII legislatura, le mozioni «concernenti l’avvio del percorso delle riforme costituzionali, esaminate nella seduta del 29 maggio 2013 sia alla

una mozione e non di una risoluzione avrebbe come obiettivo “simbolico” quello di escludere il Governo dai soggetti titolati ad intervenire per attivare le procedure di seguito con gli strumenti della decretazione d’urgenza (per i motivi chiariti *supra*, § 3), ferma restando sempre la possibilità, per il Governo, di presentare un disegno di legge ex art. 71 Cost.

Ad ogni modo, siamo consapevoli che si tratti di una nuova *species* di mozione quale atto che, almeno finora, può presentarsi solo in Assemblea (e non in Commissione); tuttavia, in questo modo, si doterebbe la Commissione del potere di impegnare l’Assemblea sull’avviso di iniziative legislative o, viceversa, di esprimere il proprio avviso sulla *non necessità* di iniziative legislative. Ciò che conta, lo ribadiamo, è che il Parlamento si esprima – anche in Commissione – quantomeno sulla necessità o meno di dare ascolto ai moniti della Consulta.

Al comma 5, infine, si è voluto aggiungere un secondo periodo relativo, invero, a un aspetto organizzativo dei lavori della Camera, imponendo che l’esame debba essere effettivamente avviato entro il calendario successivo, con priorità rispetto agli altri argomenti. In questo modo potrebbero esserci buone probabilità che il Parlamento, finalmente, quantomeno “risponda” ai moniti della Corte recedendo dalla condotta inerte che finora l’ha quasi sempre contraddistinto nei casi di rinvio a nuova udienza.

In merito alle prospettive di riforma dei regolamenti parlamentari, restano ora da prendere in esame quelle concernenti l’organizzazione dell’attività del Parlamento. Orbene, si deve subito premettere che in dottrina si è ritenuto che «naturalmente nessuna soluzione procedurale può sostituirsi alle dinamiche del libero confronto politico in sede parlamentare»⁷¹⁷. Si tratta di un’osservazione tanto giusta e autorevole, quanto anche insieme scontata ed apodittica, tant’è che, senza essere mai formalmente negata, sembra smentita dalla storia parlamentare. Si consideri, infatti, la “rivoluzione copernicana” veicolata dall’introduzione del c.d. contingentamento dei tempi per porre fine all’ostruzionismo parlamentare⁷¹⁸: ai protagonisti della c.d. “crisi di fine secolo” sarebbe sembrata

Camera che al Senato o a quelle concernenti iniziative in materia di riforma elettorale, esaminate nella seduta del 21 settembre 2016 alla Camera)». Naturalmente, nota l’A., «impegnare sé stessa (in realtà la formula utilizzata in questi casi è: «*La Camera/Il Senato... premesso che... delibera*») ha un valore eminentemente simbolico: si tratta, in sostanza, di un impegno assunto con particolare enfasi, in genere in occasioni di speciale rilievo politico, come quelle sopra richiamate. Nulla impedisce che le Camere (così come avviene per il Governo) si determinino successivamente, in concreto, al mutare delle circostanze politico-istituzionali che avevano indotto ad assumere l’impegno, in maniera divergente (o solo parzialmente corrispondente) rispetto all’impegno assunto (o che addirittura non si determinino affatto)».

⁷¹⁷ G. RIZZONI, *op. cit.*, 859. Secondo l’A., le vie da percorrere per ottimizzare le procedure di seguito legislativo (escluse quelle di tipo organizzativo, per cui noi invece ci sentiamo di propendere) sono: il ricorso sempre più frequente alla «tecnica dell’esame congiunto delle pronunce con le iniziative legislative assegnate in sede referente»; l’istituzione «in seno alle Commissioni Affari costituzionali delle due Camere, di Comitati per l’esame dalla giurisprudenza costituzionale»; infine, soprattutto (p. 860), il «rafforzamento dei canali di comunicazione e informazione fra Corte costituzionale e Parlamento. Sul versante parlamentare questo indirizzo può trovare attuazione nell’irrobustimento delle procedure consultive e istruttorie che facciano della considerazione della giurisprudenza costituzionale una tappa obbligata dell’iter decisionale del Parlamento, ferma ovviamente la piena autonomia del legislatore sulle modalità e i termini di traduzione degli elementi così acquisiti nella concreta produzione normativa».

⁷¹⁸ L. GIANNITI - N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna 2023, 225, mettono in luce come «l’idea che il tempo a disposizione di ciascun parlamentare per i suoi interventi e, a maggior ragione, quello spettante a una Camera, per l’esame di un certo provvedimento, potesse essere limitato è stata a lungo, in effetti, una sorta di tabù. Questo spiega, per un verso, la pressoché impossibile attuazione della programmazione dei lavori

un'innovazione inaccettabile e antidemocratica⁷¹⁹.

Ad ogni modo, com'è noto, con i regolamenti parlamentari del 1971 si è introdotta la programmazione quale *metodo normale di organizzazione dei lavori*, tanto alla Camera quanto al Senato. A tal fine, i due regolamenti prevedono un *programma* dei lavori (che contiene l'elenco degli argomenti che ciascuna camera intende esaminare, secondo l'ordine di priorità stabilito), un *calendario* (che ne dà attuazione stabilendo a tale scopo tempi e modalità delle discussioni: è in questa sede che viene stabilito in concreto il contingentamento dei tempi), un *ordine del giorno* per ogni singola seduta.

Com'è noto, i regolamenti parlamentari prevedono, in sede di programmazione e organizzazione dei lavori, che «alcuni argomenti devono essere necessariamente inseriti nella programmazione (peraltro, in alcuni casi, entro precisi e tassativi limiti temporali) in virtù di specifiche disposizioni costituzionali o regolamentari»⁷²⁰. Le discipline sono sensibilmente diverse nei due rami del Parlamento, ma la *ratio* è ovviamente comune: le due Camere possono liberamente decidere gli argomenti da trattare, stabilendo *quando* e *per quanto tempo*; alcuni argomenti, però, entrano “in automatico” nell'agenda dei lavori, *imponendosi quindi sulle priorità individuate dalla politica* in quanto atti sostanzialmente “dovuti”⁷²¹.

In questo senso, un necessario corollario delle proposte di riforma che qui sono avanzate è l'introduzione del seguito delle sentenze come argomento che *in automatico* è inserito nel programma. Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se questa novità debba introdursi per via

e, per altro verso, ancora in tutti gli anni '70, a battaglie ostruzionistiche condotte grazie a vere e proprie “maratone oratorie” (con singoli interventi superiori alla decina di ore, senza interruzioni)».

⁷¹⁹ Cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1994*, II ed., Bari 2002, 255 s., racconta come in relazione all'ostruzionismo (che, per «la prima volta nella storia parlamentare italiana», la minoranza aveva posto in essere per impedire l'approvazione di disegni di legge considerati liberticidi), il dibattito fosse stato «protratto senza limiti attraverso i lunghissimi interventi degli oratori, la presentazione di proposte di sospensiva, di pregiudiziali e di ordini del giorno, la formulazione di un gran numero di emendamenti e di articoli aggiuntivi per ogni parte dei disegni di legge, le richieste di verifiche del numero legale per interrompere le sedute e le continue votazioni per appello nominale. Pelloux [all'epoca Presidente del Consiglio dei Ministri] [...] pensò di liquidare la resistenza dell'estrema Sinistra proponendo una modifica del regolamento che stroncasse le resistenze dilatorie dei suoi avversari. La modifica proposta [...] tendeva a ridurre a non più di quindici minuti il tempo concesso a ogni deputato per intervenire nel dibattito, qualunque fosse il numero degli ordini del giorno, o emendamenti o articoli aggiuntivi e sostitutivi da lui proposti. [...] Pelloux [...] obbligò la Camera a procedere alla discussione delle modifiche del regolamento e così l'ostruzionismo della Sinistra si trasferì proprio su queste [...]. Impose la chiusura delle Camere [...] e fece emanare per decreto reale buona parte delle misure restrittive previste dai provvedimenti politici». Com'è noto, fu poi la Corte di Cassazione a dichiarare nullo il decreto. Per approfondimenti, cfr. L. LACCHÈ, *La lotta per il regolamento: libertà politiche, forma di governo e ostruzionismo parlamentare. Dalle riforme Bonghi al regolamento Villa del 1900*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 15/2008, 33 ss.; M. MALVICINI, *Le opposizioni parlamentari e la crisi di fine secolo*, in E. Rossi - L. Gori - F. Pacini (a cura di), *Il Parlamento “interlocutore”*, Pisa 2018, 231 ss.

⁷²⁰ G. LASORELLA, *op. cit.*, 273.

⁷²¹ *Ibidem*: «al riguardo mentre alla Camera, gli artt. 23, c. 8, e 24, c. 4, specificano che sono inseriti (automaticamente) nel programma e nel calendario – al di fuori dei criteri fin qui analizzati –, i disegni di legge finanziaria e di bilancio (oggi “legge di bilancio”), i progetti di legge collegati alla manovra di finanza pubblica, il disegno di legge comunitaria (oggi “legge europea”) e gli atti dovuti diversi dalla conversione in legge dei decreti-legge (si pensi, ad es., ai disegni di legge di ratifica dei trattati internazionali o alle deliberazioni senza degli artt. 68 e 96 Cost. ovvero alle proposte della Giunta delle elezioni), al Senato l'art. 55, c. 6, nel riconoscere un potere autonomo presidenziale di modifica del calendario soltanto in determinati casi si riferisce in genericamente all'inserimento di “argomenti che, per disposizione della costituzione del regolamento, debbono essere discussi e votati in una data ricadente nel periodo considerato dal calendario stesso”».

interpretativa (facendo rientrare il seguito delle sentenze fra gli atti “dovuti”) oppure per effetto di una espressa menzione negli artt. 23, comma 8, r.C. e 55, comma 6, r.S.

Quest’ultima ipotesi è relativamente semplice da immaginare e interesserebbe, peraltro, il solo Regolamento della Camera, atteso che quello del Senato (v. art. 55) è piuttosto generico e non contiene un elenco di argomenti che debbono entrare automaticamente negli atti di programmazione). Basterebbe, infatti, statuire che nel programma (e nel calendario) dei lavori debbano automaticamente inserirsi anche «i progetti di legge presentati ai sensi dell’art. 108 r.C.» (per come *supra* si è ipotizzato di riformarlo).

La prima ipotesi, invece, è relativamente più complessa e presuppone la risoluzione preliminare di due questioni: in quale modo (dal punto di vista tecnico-procedurale) far rientrare il seguito delle decisioni della Corte fra gli atti “dovuti” e, prima ancora, se il seguito possa davvero (e in che misura) ritenersi “dovuto”.

Dal punto di vista procedurale, potrebbe essere sufficiente una decisione del Presidente d’Assemblea, previo parere della Giunta per il Regolamento. Decisione che può conseguire anche su impulso espresso dell’opposizione⁷²² la quale chieda per iscritto se possa considerarsi “dovuto” il seguito delle decisioni della Corte costituzionale, anche alla luce dell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale e del dovere di leale collaborazione istituzionale. È noto, infatti, che il Presidente d’Assemblea ha un ruolo decisivo nell’interpretazione e applicazione del Regolamento, specie per i casi non espressamente disciplinati da questo⁷²³. Così come è parimenti noto che il Presidente, in quest’attività ermeneutica, è coadiuvato «apparati burocratici di assistenza regolamentare»⁷²⁴ radicati nell’Amministrazione interna delle Camere

⁷²² G. LASORELLA, *op. cit.*, 188: «Tradizionalmente la Giunta è investita di una determinata questione su iniziativa del Presidente, spesso a seguito di una espressa richiesta in questo senso, il più delle volte da parte di un gruppo di opposizione. Tale è ancora la regola alla Camera, laddove [...] il regolamento del Senato, con la riforma del 2017 ha introdotto un vero e proprio obbligo di convocare la Giunta»; ciò accade, a norma dell’art. 18, comma 3-bis, r.S., «quando uno o più presidente di gruppo, la cui consistenza numerica sia pari ad almeno un terzo dei componenti del Senato sollevino una questione di interpretazione del regolamento».

⁷²³ Cfr. R. IBRIDO, *L’interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel “processo” di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano 2015, 169 ss. Cfr. pure N. LUPO, *Il Presidente di Assemblea come “giudice” del diritto parlamentare*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli 2011, 2053 ss.; V. LIPPOLIS - N. LUPO (a cura di), *Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere. Il Filangieri. Quaderno 2012-2013*, Napoli 2013. Più in generale, sulla figura del Presidente d’Assemblea, v. A. TORRE, *Il Magistrato dell’Assemblea. Saggio sui Presidenti parlamentari*, Torino 2000; M. IACOMETTI, *I Presidenti di assemblea parlamentare*, Milano 2001; A. SCIORTINO, *Il Presidente di assemblea parlamentare*, Torino 2002.

⁷²⁴ *Ivi*, 252 ss.: «è indubbio che nell’itinerario storico dei parlamenti, quello del funzionario parlamentare sia stato un ruolo di assoluto primo piano. Questa posizione di “dominus” del procedimento, riconosciuta al funzionario tanto nella letteratura scientifica come dagli operatori politico-istituzionali, risulta particolarmente marcata nell’attività di assistenza regolamentare, funzione che generalmente svolto sotto la direzione del Segretario generale». Sul tema, cfr. pure O. FRADDOSIO - G.F. CIAURRO, *L’apparato tecnico-burocratico delle Camere del Parlamento*, in *Responsabilità e dialogo*, n. 1/1969, 101 ss.; C. CHIMENTI, *Gli apparati delle Camere*, in *Quad. cost.*, n. 3/1981, 573 ss.; ID., *Ruolo delle Camere e amministrazioni parlamentari*, in AA.VV., *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano 1994, 238 ss.; AA.VV., *La burocrazia parlamentare. Funzioni, garanzie e limiti*, Atti del convegno organizzato dal Sindacato unitario funzionari parlamentari, Roma, 5-6 giugno 1981, Camera dei deputati, Roma 1983; AA.VV., *L’amministrazione della Camera dei deputati*, Atti della conferenza promossa dal Presidente della Camera, Roma, 2-3 luglio 1984, Camera dei deputati, Roma 1985; C. DE MICHELI - L. VERZICHELLI, *Il Parlamento*, Bologna 2004, 267 ss., N. LUPO, *il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei principi generali e dei mutamenti dell’assetto istituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Rass. parl.*, n. 1/2012, 51 ss.; per una prospettiva comparata sul ruolo delle amministrazioni parlamentari, cfr.

(su tutti, grande importanza rivestono in questo ruolo i Consiglieri parlamentari). I pareri della Giunta per il regolamento costituiscono infatti, sostanzialmente, un «*genus* delle fonti integrative del regolamento», fornendo «l'enunciazione di orientamenti interpretativi ritenuti nella prassi tendenzialmente vincolanti per la successiva interpretazione presidenziale»⁷²⁵.

La questione preliminare da risolvere, come si diceva, è però relativa alla “doverosità” del seguito legislativo e alla sua effettiva portata.

Ora, non v'è dubbio che il Parlamento è – e deve restare – libero di articolare come ritiene più opportuno il proprio indirizzo politico, tanto nei temi quanto nelle tempistiche e nelle priorità della sua attuazione⁷²⁶. Per questa ragione, sarebbe forse contrario al disegno costituzionale obbligare il Parlamento a conformarsi a dettami o moniti eccessivamente specifici e dettagliati contenuti nelle decisioni della Corte⁷²⁷. Infatti, anche nel caso più celebre di «sentenza-legge»⁷²⁸ relativa al c.d. caso Cappato, in cui la Corte ha dettato le condizioni

T. CHRISTIANSEN - E. GRIGLIO - N. LUPO (a cura di), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, London-New York 2023.

⁷²⁵ G. LASORELLA, *op. cit.*, 187. Sul punto, cfr. pure L. GIANNITI - N. LUPO, *op. cit.*, 173.

⁷²⁶ Cfr. L. PEGORARO, *op. cit.*, 302, il quale, in merito alla natura dell'obbligo di dar seguito alle sentenze della Consulta, sostiene che «le motivazioni delle pronunce costituzionali non sono idonee a produrre veri e propri effetti giuridici, né mai il legislatore è giuridicamente obbligato a dar seguito alle manifestazioni ottative, ma a suo carico insorgono vincoli di varia intensità in relazione al tipo di sentenza ed all'indole della sollecitazione pervenutagli. Scartata l'ipotesi della giuridica vincolatezza dei moniti, non resta che battere la strada dell'obbligo politico, indagando su quali soggetti esso incomba», per poi concludere (p. 306) che «l'obbligo di attivarsi per dare seguito ad una sentenza costituzionale incombe sul Governo».

⁷²⁷ Cfr. P. FALZEA, *op. cit.*, 143: in relazione alla «prospettività di un vero e proprio obbligo giuridico del legislatore ad attivarsi in funzione attuativa della Costituzione, si deve riconoscere che i lodevoli contributi della dottrina per dimostrarne l'esistenza non sono approdati a risultati persuasivi. In particolare, se [...] è difficile trovare un fondamento nella Costituzione ad un tale obbligo del legislatore – e ciò anche laddove la Costituzione stessa fissi un termine entro il quale una determinata legge avrebbe dovuto essere emanata – difficoltà certamente maggiori si incontrano nel fare discendere questo obbligo dalla sentenza della Corte [...]. Se la decisione della Corte va comunicata alla Camera è perché essa reagisce sul sistema normativo ordinario la cui conformazione è di competenza costituzionale del potere legislativo, al quale, dunque, deve essere offerta, attraverso la ufficiale comunicazione della Corte, la conoscenza delle eventuali modifiche del sistema normativo causate dalle sentenze costituzionali –. Il legislatore è vincolato alla decisione della Corte, ma unicamente nel senso che non può legiferare in contrasto con il contenuto della sentenza costituzionale senza commettere un abuso legislativo che si paga con la illegittimità costituzionale della legge adottata. Non resterebbe altra soluzione, perciò, se non configurare l'esistenza di tale obbligo come avente natura essenzialmente politica».

⁷²⁸ A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito "e legge" (o, meglio, "sentenza-legge")*, frutto di libera invenzione della Consulta. A margine di Corte cost. n. 242 del 2019, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2019, 633 ss. Il concetto in parola è in realtà risalente almeno ad A. PREDIERI, *Parlamento 1975*, in A. PREDIERI (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano 1975, 67: «La Corte Costituzionale, non solo ha dichiarato illegittime le leggi esistenti, ma ha indicato i principi e criteri direttivi ai quali il parlamento (ridotto quasi al ruolo di legislatore delegato) doveva attenersi»; v. anche V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 76 su tale tipologia di sentenze, e cioè «sentenze che contengono l'enunciazione di principi direttivi, atti ad assicurare la conformità della legislazione ai precetti della Costituzione. "Sentenze-delega", le ha chiamate argutamente il collega Alberto Predieri durante un convegno svoltosi di recente a Firenze: naturalmente, è una battuta scherzosa, ma il guaio è che la stessa idea si era affacciata alla mente di molti parlamentari come se così fosse davvero, provocandone il risentimento espresso anche in documenti ufficiali». Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 103 ss. e, per una recente critica allo stesso, v. F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Dir. soc.*, n. 4/2019, 791 ss.

Sia consentito notare come, in tema di “doverosità” del seguito legislativo – ma con riferimento al seguito “classico”, ovverosia quello derivante da sentenze di accoglimento – sul finire degli anni '80 lo stesso A. RUGGERI,

specifiche in virtù delle quali considerare non punibile l'aiuto al suicidio, il Parlamento ha conservato comunque il potere di disciplinare la materia oggetto di sindacato di costituzionalità; potere che, com'è tristemente noto, non ha esercitato. La Corte, in quello come negli altri casi, si è limitata a tracciare la strada, indicando cioè al legislatore le possibili modifiche per ricondurre a legalità costituzionale le materie oggetto di scrutinio; di solito la Corte non formula, però, questi "suggerimenti" come un *precetto* al quale il Parlamento deve conformarsi necessariamente e prontamente.

Poste queste premesse, ciò che si può ritenere costituzionalmente obbligatorio, in virtù del principio di leale collaborazione istituzionale, è però che il Parlamento almeno "risponda" al monito formulato dalla Corte. Pertanto, a nostro avviso, ciò che può ritenersi "dovuto" (ai fini dell'inserimento automatico di tali argomenti nel programma e nel calendario) è l'avvio e la conclusione in tempi ragionevoli dell'*iter* legislativo che può essere attivato in seguito alle decisioni monitorie della Corte, secondo le riforme regolamentari che qui si sono proposte.

Infatti, così come è "necessario" e "dovuto" approvare in tempi certi alcuni provvedimenti (come la legge di bilancio o la legge europea e di delegazione europea), così può ritenersi parimenti – e forse a maggior ragione – necessario approvare quei progetti di legge che si propongono di porre rimedio alle zone di *sofferenza costituzionale* dell'ordinamento segnalate dalla Corte. Si badi bene: come si è già ribadito in altro contesto, il Parlamento ben può decidere di ignorare, o persino contrastare, nel merito, i rilievi via via formulati dalla Corte; l'importante, tuttavia, è che decida, in un senso o nell'altro, esplicitamente. Spetterà poi alla Corte valutare se e in che misura sanzionare la scelta legislativa del Parlamento, arrivando a dichiarare l'incostituzionalità delle norme che il Parlamento *ha scelto* di non modificare o che *ha scelto* di modificare in senso diverso da quello auspicato dalla Corte. C'è da scommettere che sarebbe lo stesso legislatore ad avvantaggiarsene, posto che la Corte avrebbe probabilmente un atteggiamento più *prudente* nel porre nel nulla una recente ed espressa decisione politica del Parlamento. Quantomeno, la Corte sarebbe indotta ad interventi certamente meno *creativi*.

Insomma: che sia in virtù di un'espressa modifica regolamentare o per opera di un parere della Giunta per il regolamento, si potrebbe rendere giuridicamente doveroso avviare e concludere il seguito delle decisioni della Consulta, quantomeno di quelle con valenza monitoria (e, fra esse, primariamente, quelle di rinvio a data fissa dell'udienza).

Sarebbe parimenti opportuno, però, individuare criteri e limiti a questa possibilità. Ciò al duplice fine, da un lato, di non compromettere eccessivamente la libertà politica del Parlamento e della sua maggioranza di attuare il proprio indirizzo politico nei tempi e con le modalità ritenuti più opportuni; dall'altro lato, per evitare che la Corte costituzionale stessa sia

Le attività «conseguenziali», cit., 89 s., riconobbe che «una volta riconosciuta, in base ad elementi di natura sostanziale e procedimentale, la doverosità dell'attività, la constatazione della insufficienza degli strumenti di coazione in talune ipotesi, così come – per fermare l'esame alla fattispecie qui in esame – il rilievo della inadeguatezza delle procedure positivamente stabilite di "seguito" [...], dovrebbero indurre alla faticosa ma appassionante ricerca dei modi più congrui onde superare gli ostacoli fattuali (perlopiù di natura politica) in atto ovvero rimediare alle carenze procedimentali. Senza perciò sposare dogmaticamente (ma aprioristicamente) tesi di uno scetticismo concettuale che mena a negare l'esistenza di obblighi che la Carta fondamentale ha invece inteso stabilire, nel quadro della *collaborazione necessaria* tra gli organi costituzionali, al fine di soddisfare pienamente gli interessi primari ed irrinunciabili dell'ordinamento».

indotta a ricorrere massicciamente a ordinanze monitorie e soprattutto a ordinanze di rinvio a data fissa dell'udienza.

Una soluzione procedurale idonea allo scopo potrebbe essere quella di limitare il numero di decisioni che il Parlamento “deve” prendere in considerazione nelle procedure di seguito legislativo, limitando l'esame “obbligatorio” ad almeno una decisione per ogni programma, di modo che si abbia la certezza che il Parlamento prenda in considerazione almeno uno dei moniti formulati dalla Corte costituzionale nelle proprie decisioni. Va da sé che il Parlamento può decidere di esaminare anche più di una decisione monitoria della Corte ma, vista l'inerzia che finora ha contraddistinto questo settore dell'attività parlamentare, è lecito mostrare scetticismo. Così come è pure possibile che non ci sia alcuna decisione cui dar seguito; ma questa è un'eventualità del tutto irrealistica se si guarda alla giurisprudenza degli ultimi anni (per l'esame della quale si rimanda ancora al Cap. I, § 3.4).

Ovviamente, posto che i moniti della Consulta possono essere contenuti in molteplici decisioni (e posto che non di rado la Corte fonda le proprie decisioni di accoglimento su moniti rimasti inascoltati risalenti a molti anni addietro), sarebbe opportuno immaginare alcuni criteri di priorità dei moniti cui dar seguito, di cui si è già fatto cenno *supra* e che qui proviamo a specificare dal punto di vista prettamente organizzativo.

In primo luogo, si potrebbe immaginare che, fra tutte le decisioni monitorie, sia previsto come prioritario l'esame delle decisioni che rinviino l'udienza a data fissa concedendo un termine massimo al legislatore per intervenire.

Al secondo ordine di priorità potrebbero collocarsi poi le decisioni di inammissibilità motivate dal necessario rispetto della discrezionalità del legislatore.

Infine, al terzo ordine, dovrebbero porsi le decisioni di infondatezza che comunque contengono un invito al legislatore a riconsiderare la disciplina oggetto di scrutinio in quel caso e per il momento “salvata” dall'incostituzionalità.

La logica di questo ordine discendente, si intuisce, è quella di riconoscere priorità alle situazioni normative in cui più grave è l'incostituzionalità che la Corte rileva senza dichiarare (almeno in prima battuta).

Nell'esame del seguito delle sentenze della Consulta, poi, potrebbe essere valorizzato il ruolo delle opposizioni. La maggioranza politica, infatti, potrebbe – legittimamente – scegliere quale decisione esaminare per il seguito legislativo (ci si immagina che sia quella più “utile”, o meno “scottante”, dal punto di vista politico, rispetto agli orientamenti della maggioranza). Ma i regolamenti parlamentari, com'è noto, prevedono dei meccanismi in base ai quali viene riservata alle opposizioni una quota di tempi e di argomenti da discutere in ciascun programma e calendario. Sebbene tali meccanismi siano stati nella prassi «attivati raramente e, in ogni caso, solo parzialmente (e con scarsa efficacia)»⁷²⁹, le recenti modifiche apportate nel 2017 e nel

⁷²⁹ G. LASORELLA, *op. cit.*, 269. Al riguardo, L. GIANNITI - N. LUPO, *op. cit.*, 222, parlano espressamente di un «bilancio non esaltante» dell'applicazione della quota di tempo riservata all'opposizione, specialmente in relazione al procedimento legislativo. Infatti, notano gli Autori, «la previsione di una quota (di tempo o di argomenti) riservata all'opposizione va bilanciata con il principio maggioritario, che naturalmente ispira tutti i procedimenti decisionali che in Parlamento hanno luogo. Questo bilanciamento è particolarmente difficile nel procedimento legislativo, posto che la legge non può che essere il frutto di una serie di successive deliberazioni assunte a maggioranza [...]. Certo, un'accurata scelta del progetto di legge in discussione da parte dell'opposizione

2022 hanno rafforzato i margini di manovra delle opposizioni. In primo luogo, l'art. 53, comma 3, r.S., prevede che «i disegni di legge, gli atti di indirizzo e gli atti di sindacato ispettivo sottoscritti da almeno un terzo dei Senatori sono inseriti *di diritto* nel programma dei lavori quale argomento immediatamente successivo a quelli la cui trattazione ha già avuto inizio, in ragione, rispettivamente, di uno ogni tre mesi». In secondo luogo, l'art. 55, comma 5, prevede un ulteriore automatismo nella misura in cui impone alla Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari di «fissa[re] la data entro cui i disegni di legge, gli atti di indirizzo e gli atti di sindacato ispettivo, sottoscritti da almeno un terzo dei Senatori e inseriti nel programma dei lavori ai sensi dell'articolo 53, comma 3, debbono essere posti in votazione o svolti». Va da sé che, in prospettiva di riforma, sia auspicabile che anche la Camera di doti di una previsione regolamentare analoga.

L'opposizione avrebbe dunque la possibilità di far avviare l'iter del seguito della decisione della Corte che ritiene più urgente, in aggiunta a (o in sostituzione di) quella “scelta” dalla maggioranza.

A beneficiarne sarebbe l'ordinamento nel suo complesso, nella misura in cui è il decisore politico a rimuovere i *vulnus* di costituzionalità presenti nell'ordinamento, nel pieno della sua discrezionalità politica, e non invece la Corte costituzionale (che non può far molto mediante lo strumento suo proprio: le sentenze). Né si dimentichi che, non a caso, la Corte resta un organo per sua natura tendenzialmente contro-maggioritario.

In conclusione di questo Capitolo, si rende necessario un cenno alle altre proposte di riforma volte a “costringere” il Parlamento ad attivare le procedure di seguito previste dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari.

Fra tali proposte, spicca senz'altro, per originalità, quella di F. Paterniti, il quale immagina di poter istituire, «analogamente a quanto fatto con la c.d. legge eurounitaria, una sorta di “legge di adeguamento costituzionale”, quale strumento normativo con cadenza periodica ed avente la finalità di sottoporre all'attenzione del Parlamento tutte le gravissime questioni evidenziate dalla Corte costituzionale che, trovando (evidenti) riscontri nel perimetro del testo costituzionale, appaiono bisognose di una regolamentazione legislativa indispensabile per concretizzare il disegno costituzionale. Nella prospettiva accennata, il Governo potrebbe essere chiamato a predisporre – con cadenza annuale o, comunque, periodica – un dettagliato progetto di legge che, recepiti gli indirizzi sollecitatori formulati dalla Consulta, sottoponga la complessiva analisi della questione e la conseguente decisione finale alle Assemblee parlamentari. Al fine di garantire efficacia sostanziale a siffatto strumento, potrebbe per di più essere stabilito che, qualora il Parlamento – per inerzia o per incapacità politica – non legiferi, entro un tempo determinato, sulle questioni oggetto degli orientamenti espressi dalla Corte e

(sempre che questa sia dotata, sul tema, di una certa compattezza) può, talvolta, evidenziare le fratture esistenti all'interno della maggioranza. Ma vi è anche il rischio che tale tattica si riveli un boomerang, e la maggioranza riesca a “ricompattarsi”, approvando emendamenti che stravolgano il senso dell'originaria proposta di legge (magari ulteriormente peggiorativi, dal punto di vista dell'opposizione, rispetto alla legislazione vigente). Decisamente più efficace, e al tempo stesso meno rischioso, può rivelarsi l'uso della quota riservata all'opposizione, quando essa sia applicata all'esercizio della funzione di controllo: e dunque essenzialmente riguardo a procedimenti conoscitivi, di indirizzo e fiduciari».

tradotti in proposta normativa dall'iniziativa dell'Esecutivo, quest'ultima possa intendersi approvata, per come formulata nel progetto governativo, così acquisendo efficacia e forma legislativa»⁷³⁰.

Su questa effettivamente estrema proposta si è espresso in senso critico R. Romboli, il quale ha notato come una simile soluzione presupponga «una iniziativa normativa del governo (disegno di legge?), mancando la quale (cosa tutt'altro che difficile da prevedere dal momento che il governo deve essere sorretto dalla maggioranza parlamentare) il sistema non potrebbe funzionare. Maggiori perplessità suscita l'approvazione di una proposta normativa del governo approvata per omissione, un tipo di legge che al momento non esiste nel sistema delle fonti e che non si vede come potrebbe qualificarsi»⁷³¹.

Oltre a condividere le perplessità di Romboli, ci sembra di poter rilevare anche che la proposta di Paterniti si collochi in una logica diversa rispetto a quella della “legge europea”. Se per quest'ultima entrano in gioco fattori “esterni” quali la responsabilità (politica e giuridica) dell'Italia dinanzi ad eventuali inadempienze, per il seguito delle sentenze della Consulta non solo si rimane in una logica meramente “interna” ma, soprattutto, si entra nel diverso campo delle garanzie costituzionali. Anche per questo motivo (oltre che per quelli già evidenziati da Romboli) convince poco l'iniziativa riservata al Governo per la generica, ampia ed annuale c.d. “legge di adeguamento costituzionale”. Se per la “legge europea” è comprensibile riservare al Governo tale tipo di atto, in una logica “esecutiva” delle decisioni prese dal legislatore europeo con i margini di discrezionalità che l'ordinamento eurounitario riconosce agli ordinamenti interni, per il seguito delle decisioni della Corte questo potrebbe essere più problematico: il Governo potrebbe non avere interesse o convenienza politica a dar seguito alle decisioni della Consulta. Viceversa, se il Governo si rendesse inadempiente rispetto agli obblighi europei, esporrebbe se stesso – e di riflesso l'intero Paese – a una perdita di credibilità politica che lo indebolirebbe nell'ambito della *governance* europea, conseguendo in tal modo un risultato politicamente non desiderabile: non è un caso che, come insegna la storia politica recente, anche i Governi composti da quelle forze politiche storicamente “euroscettiche” e critiche nei confronti degli obblighi europei si siano poi dimostrate decisamente “europeiste” una volta giunte al governo del Paese.

Ed è per questo che, a nostro avviso, il meccanismo di seguito delle sentenze della Consulta deve essere attivato non già dal Governo, ma dal Parlamento stesso e, anzi, addirittura, l'attivazione dovrebbe essere efficacemente consentita alla minoranza parlamentare. Così si valorizzerebbe la logica contromaggioritaria e garantista che costituisce l'essenza stessa di ogni Tribunale costituzionale. Il senso della proposta qui formulata, dunque, è quello di anteporre l'esame delle ricordate pronunce della Corte agli atti non urgenti e non “dovuti” con cui la maggioranza (e il Governo) intende attuare l'indirizzo politico, sul presupposto che i vizi di costituzionalità di cui può essere affetto un particolare settore legislativo debbano essere rimossi

⁷³⁰ F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli 2023, 198.

⁷³¹ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, n. 3/2023, 825, ora in AA.VV. *Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa 2024, 301-334.

con priorità rispetto ad ogni altra proposta di innovazione dell'ordinamento giuridico.

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI

1. Il difficile cammino della giurisprudenza costituzionale fra “fonti inter- e sovra-nazionali” (c.d. tutela multilivello dei diritti), “Carta del 1948” (parametro costituzionale nazionale), e “coscienza sociale” (ma non opinione pubblica)

Volendo trarre le fila di questo lavoro, l'immagine che emerge dei rapporti fra Corte costituzionale e Parlamento non può che confermarsi, ancora una volta, dinamica. Abbiamo così provato a fornire una chiave di lettura per spiegare l'atteggiamento apparentemente ondivago fra *autolimitazione* e *attivismo* della Corte, che continua ad adottare decisioni di inammissibilità per necessario rispetto della discrezionalità del legislatore sebbene il limite delle “rime obbligate” sia stato ormai superato. L'obiettivo di questa tesi, che si spera raggiunto, era proprio quello di rendere meno *liquido* il rapporto tra le due istituzioni, pur riconoscendone l'inevitabile *dinamicità*.

A tal riguardo, è opportuno distinguere il piano dell'*essere* (ciò che la Corte oggi fa) da quello del *dover essere* giuridico (ciò che la Corte, secondo noi, in prospettiva di riforma, dovrebbe fare).

Come abbiamo visto, infatti, da un lato, non esiste ancora una giurisprudenza chiara sui presupposti di utilizzo delle nuove tecniche decisorie: non sembra essere ancora chiaro, allo stato, quando la Corte *può* e quando *deve* (o dovrebbe) adottarle, decidendo quindi nel merito, e quando ancora *deve* (o dovrebbe) continuare a dichiarare le questioni sottoposte inammissibili. Dall'altro lato, con le proposte di riforma formulate nel Capitolo precedente, si vorrebbe proprio rendere chiari ed espressi i suddetti presupposti di utilizzo delle nuove tecniche decisorie che la Corte dovrebbe adottare, in uno con la riforma del seguito delle sentenze della Corte medesima che le Camere dovrebbero porre in essere, al fine di rivitalizzare il circuito di *decisione* (politica) e controllo (*giuridico-costituzionale*) delle leggi.

Accanto all'individuazione dei presupposti suddetti, si è posta l'esigenza di definirne le categorie giuridiche sottese. Abbiamo così avuto modo di constatare che, sebbene la Corte ne faccia un uso indistinto (e per questo, a volte, apparentemente contraddittorio), la categoria dell'*inammissibilità per discrezionalità legislativa* non è una categoria unitaria. Questa si articola in due forme: un'*inammissibilità “tecnico-giuridica”* (per assenza di *tono costituzionale*, per richieste di *interventi di sistema* e/o slegati dall'esistenza di *precisi punti di riferimento* nel sistema normativo) e un'*inammissibilità “politica”* (per questioni “eticamente sensibili” e/o “scientificamente controversi”). In entrambi i casi la Corte *non può* decidere, perché l'intervento di cui è richiesta andrebbe oltre i poteri suoi propri.

In relazione a quest'ultimo aspetto, la Corte sembra ancora oggi avere atteggiamenti incerti, decidendo a volte nel merito (tanto nel senso della fondatezza quanto nel senso dell'infondatezza) e a volte, invece, arrestandosi all'*inammissibilità* della q.l.c. Con le proposte di riforma relative all'utilizzo delle nuove tecniche decisorie (a *rime adeguate* e, se necessario, anche di *rinvio a data fissa* dell'udienza), si è auspicato che la Corte non si fermi più al carattere esteriormente “eticamente sensibile” della questione con lo scopo di dichiararne l'*inammissibilità*: se la questione è *matura* nella coscienza sociale (e se esistono tutti i

presupposti descritti nel Capitolo precedente), a nostro avviso la Corte *deve* decidere nel merito, eventualmente con un monito a data certa al legislatore. Analogo discorso può esser predicato in relazione alle questioni scientificamente controverse: la Corte dovrebbe utilizzare tutti gli strumenti istruttori a propria disposizione per verificare la ragionevolezza scientifica della legge.

In tutti i casi in cui, invece, la questione sembra non essere ancora *matura* nella coscienza sociale (e, come vedremo a breve, la Corte deve chiaramente e dettagliatamente spiegarne il perché), nonché in tutti i casi in cui sia rinvenibile una soluzione scientificamente condivisa, la Corte deve (*dovrebbe*) continuare a dichiararla inammissibile (o, meglio, a nostro avviso, *infondata*: v. Cap. I).

Se le questioni “scientifiche” non pongono grossi problemi alla Corte (che deve semplicemente limitarsi a prendere atto dell’esistenza o meno di soluzioni scientificamente condivise), allora emerge chiaramente come l’aspetto realmente problematico è relativo alle questioni “eticamente sensibili”. In quest’ultimo caso, l’elemento decisivo per orientarsi fra l’ammissibilità e l’inammissibilità della questione “politica” ruota attorno al concetto di “coscienza sociale”, il cui accertamento non può essere “esternalizzato” (così come avviene per le questioni scientifiche, la cui fondatezza è conosciuta dagli esperti del settore).

Nelle questioni eticamente sensibili, poi, il sindacato di costituzionalità è reso ancor più complesso dal concorrere di altri fattori ulteriori alla debita considerazione della coscienza sociale: la Corte, com’è noto, quando decide le questioni di legittimità costituzionale deve tener conto del parametro costituzionale e anche delle fonti internazionali (pattizie e non) e sovranazionali (diritto dell’UE). A questo, appunto, si aggiunga che il parametro costituzionale deve essere interpretato anche alla luce della coscienza sociale (per come “cristallizzata” nella Carta del 1948 e per come nel frattempo si è “evoluta”).

Sui rapporti fra sindacato di costituzionalità e fonti internazionali ed europee, per ovvie ragioni, non è possibile qui indugiare⁷³². Del resto, sarebbe probabilmente poco utile ai nostri fini: è noto che la discrezionalità del legislatore nazionale trova oggi un limite nel rispetto di tali fonti, come si è peraltro già detto nel Cap. I. Al più, può essere utile rilevare il peso che il rapporto con gli ordinamenti esterni gioca nel sindacato di costituzionalità sotto la veste di *argomento* comparatistico: sebbene questo non abbia – ovviamente – alcun valore giuridico (in altri termini: non è un parametro in senso tecnico), può avere ed ha avuto sovente, come abbiamo visto, un valore politico e retorico (è un “parametro” in senso puramente argomentativo)⁷³³.

⁷³² Su questo argomento, fra i moltissimi, v. V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008; ID., *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano 2019; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli 2018; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, IV ed., Torino 2023, spec. 69 ss. e 111 ss.

⁷³³ Sul punto, v. quanto già rilevato al Cap. II § 3 a proposito del “caso Cappato” e dei riferimenti agli ordinamenti inglese, canadese e nordamericano. In generale, sul tema, v. A. SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano 2001; ID., *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino 2019, 62 ss.; AA. VV., *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004; G.F. FERRARI - A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli 2006; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2017, spec. p. 400 ss.; A.A. CERVATI, *Per uno studio*

In altri termini, poiché la Corte necessita sempre, per pronunciarsi a *rime adeguate*, di *precisi punti di riferimento* esistenti nell'ordinamento giuridico e poiché è necessario che la questione sia *matura nella coscienza sociale*, guarda agli altri ordinamenti – pur non essendovi tecnicamente obbligata – per saggiare la risposta normativa che quegli ordinamenti hanno fornito alla questione che, nel nostro ordinamento, risulta ancora eticamente controversa: è un “punto di riferimento” se si vuole improprio, fortemente politico, che ha nondimeno una buona valenza argomentativa. Certo, si potrebbe contestare che è la Corte a “scegliere” gli ordinamenti da prendere a punto di riferimento: ci si potrebbe chiedere, ad es., perché nel caso Cappato la Corte abbia voluto guardare agli ordinamenti del Canada, del Regno Unito e degli Stati Uniti d’America (e alle risposte che le Supreme Corti hanno dato nei rispettivi ordinamenti)⁷³⁴ e non, per esempio, a ordinamenti a noi geograficamente più vicini (e peraltro membri dell’Unione europea), come quello ungherese o quello polacco, certamente molto conservatori (se non del tutto «illiberali»⁷³⁵). È chiaro, infatti, che è proprio la scelta che si intende adottare (se accogliere o meno la questione, “riconoscendo” il diritto controverso) a condizionare l’ordinamento che si sceglie come termine di paragone, e non viceversa. Infatti, se la Corte ha già “scelto” di “riconoscere” un diritto per via giurisprudenziale, guarderà ovviamente agli ordinamenti che già l’hanno riconosciuto (e non a quelli che, invece, l’hanno negato o maggiormente limitato). In altri termini: se la Corte sceglie di dare una determinata soluzione a un problema, banalmente non guarderà mai agli ordinamenti che una simile risposta non hanno valuto (o non sono riusciti a) dare. È questo un aspetto particolarmente critico dell’uso dell’argomento comparatistico, che indurrebbe ad utilizzarlo con maggior cautela: ciò che giuridicamente e politicamente si è ritenuto maturo “li” (negli ordinamenti presi a paragone) non è detto lo debba essere anche “qui” (nell’ordinamento italiano)⁷³⁶.

comparativo del diritto costituzionale, Torino 2009, spec. 71 ss., 233 ss.; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 293 ss.; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011; P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un’indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*, in *Consulta Online*, n. n. 2/2015, 589-611; A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell’esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 125 ss.; A. RIDOLFI, *Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra corti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 2-65; D. DE LUNGO, *L’argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale, a partire dal caso Cappato*, in *federalismi.it*, n. 17/2019, 2 ss.

⁷³⁴ V. in questi termini quanto osservato al Cap. I, par. 5.3.

⁷³⁵ Così sono definite le democrazie polacca e ungherese da A. SPADARO, *Cenni sulle pericolose involuzioni dello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Crisi dello stato costituzionale e involuzione dei processi democratici. Atti del Convegno di studi Reggio Calabria, 7 novembre 2019*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli 2020, 6. Sul tema v. pure ID, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo stato*, n. 8/ 2017, 139-164; ID, A. SPADARO, *Dalla “democrazia costituzionale”, alla “democrazia a maggioranza populista/sovranista” alla “democrazia illiberale”, fino alla... “democrazia”, in DPCE*, n. 3/2020, 3875-3898.

⁷³⁶ Per B. MARKESINIS- J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna 2009 (ed. origin. London 2006), 159 ss., un proficuo dialogo fra ordinamenti – e dunque un “corretto” uso dell’argomento comparatistico potrebbe svolgersi in almeno sette circostanze diverse: quando la corte deve scoprire “i principi comuni del diritto”; quando il diritto locale presenta lacune o ambiguità, o ha un evidente bisogno di essere modernizzato, e una guida sarebbe benvenuta; quando vi è un problema in molti sistemi simili, ed è preferibile avere una risposta armonizzata; quando l’esperienza straniera (suffragata da prove raccolte empiricamente) aiuta a smentire le paure locali circa le conseguenze di una particolare soluzione giuridica; quando il diritto straniero fornisce una prova “ulteriore” del fatto che una certa soluzione ha funzionato in altri sistemi;

L'altro elemento di cui la Corte deve tener conto nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, come si accennava, è relativo all'evoluzione della coscienza sociale. Come si è già accennato poc'anzi, la coscienza sociale non è un *parametro* giuridico vero e proprio, quanto piuttosto un *argomento*⁷³⁷, similmente all'*argomento comparatistico* di cui si è appena detto.

Ora, è chiaro che una compiuta analisi sulla rilevanza della *coscienza sociale* nel giudizio di costituzionalità presupporrebbe un'indagine su una questione che fa da sfondo a questi temi, e cioè al rapporto tra tesi c.d. *originaliste* e tesi c.d. *evolutive* nell'interpretazione dei principi costituzionali e, in definitiva, della Costituzione. Abbiamo visto che questa, per alcuni, «non è un *living document* cui far dire quel che oggi si vorrebbe dicesse»⁷³⁸. Per converso, il Presidente Barbera, di recente, a proposito del «ruolo del Parlamento nel cogliere le pulsioni evolutive della società pluralista, con le quali la Costituzione respira», suggerisce di leggere proprio in questa chiave «il coinvolgimento del legislatore che questa Corte sollecita nell'assunzione di scelte che necessariamente richiedono una lettura dei parametri costituzionali non strettamente testuale, “non originalista”»⁷³⁹.

Ovviamente, in questa sede, non è purtroppo possibile diffondersi anche su questo argomento così vasto⁷⁴⁰. Per brevità, si rimanda (e si aderisce) a quella equilibrata dottrina per la quale «ogni Costituzione è, nello stesso tempo, un *atto* (puntuale nel tempo) ed un *processo* (storico), sicché l'unico modo con cui le Corti possono tentare di superare l'*handicap* prima segnalato è quello di svolgere una delicatissima funzione di equilibrio e bilanciamento. Quindi: non piattamente “conservativa” o di cristallizzazione dei significati della Carta (che pure certo vanno ricostruiti alla luce de – o quanto meno non in contrasto con – l'*original intent* dei costituenti), né ciecamente “progressista” e stravolgente (perché forma di supino adeguamento

quando la norma che si interpreta proviene da un altro sistema giuridico o trova origine in uno strumento internazionale; quando una corte ha a che fare con una legge che regola questioni altamente tecniche invece che con problemi eticamente connotati.

⁷³⁷ Cfr. A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, n. 4/2019, 523-600; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 377-398.

⁷³⁸ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 94.

⁷³⁹ *Riunione straordinaria della Corte costituzionale. Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera*, Roma, 18 marzo 2024, 12. Il Presidente *ibidem* precisa, però, che «questa Corte è chiamata ad essere “custode della Costituzione”, ma è tenuta ad essere altrettanto attenta a non costruire, con i soli strumenti dell'interpretazione, una fragile “Costituzione dei custodi”».

⁷⁴⁰ Sul dibattito fra tesi *originaliste* e non, cfr. F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 2008; M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 1/2009, 1 ss.; P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 281 ss. e, più recentemente, A. SPADARO, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 16/2021, 208 ss.; G. PORTONERA, *Brevi note su testualismo, originalismo e diritto italiano*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1/2022, 297 ss.; v. pure la “lettera” della Rivista AIC, n. 7/2022, su Originalismo e Costituzione, introdotta da un contributo di C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, e seguita dalle repliche di L.P. Vanoni, N. Zanon, Q. Camerlengo, O. Chessa, M. D'Amico, G. Razzano, F. Pedrini, C. Valentini e C. Bologna: <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>.

ad ogni contingente desiderio-pulsione sociale o politica). Le Corti devono invece svolgere una funzione “stabilizzatrice”, “moderatrice” ed “equilibratrice” attraverso un intelligente – e dunque *ragionevole* – aggiornamento nel tempo dei bisogni-valori originari, comunque protetti nel loro nucleo duro intangibile: e questi dovrebbero essere, nello stesso tempo, il fine ed il limite di ogni giurisprudenza costituzionale c.d. *evolutiva*»⁷⁴¹.

Tutto ciò premesso, è forse interessante, ai nostri fini, ragionare ancora attorno al tema specifico della “coscienza sociale”.

2. Una definizione di “coscienza sociale”

Non torneremo in questo paragrafo sui presupposti e sulle modalità di utilizzo della *coscienza sociale* nella giurisprudenza costituzionale: in proposito, si rimanda al Cap. I, § 5. Indagheremo qui invece su alcune questioni di fondo, a carattere più generale, relative alla “coscienza sociale” in sé⁷⁴², e in particolare: 1) *cosa* debba intendersi con questo lemma; 2) *quali* differenze (e rapporti) intercorrono tra i concetti di “coscienza sociale” e mera “opinione pubblica”; 3) *quando* la coscienza sociale può dirsi “matura”; 4) *chi* è il soggetto istituzionale deputato ad accertarne l’avvenuta “maturazione”.

In relazione al primo punto, mette conto sottolineare come non esiste, nella giurisprudenza costituzionale, una definizione puntuale del concetto di “coscienza sociale”, sebbene il suo uso sia risalente e costante e dunque – per la sua rilevanza per la stessa Corte – non eludibile da parte dello studioso costituzionalista, proprio in quanto dato empirico reale (*giurisprudenziale*)⁷⁴³: il significato di questa espressione è dunque sempre stato dato per

⁷⁴¹ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2022, 19 s. (dove si riprende quanto a suo tempo sostenuto da A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3/1998, 343 ss., cui si rimanda per approfondimenti). L’*handicap* cui gli Autori fanno riferimento è dato dalla difficoltà, *ibidem* rilevata, che ordinariamente affligge i tribunali costituzionali: questi non hanno, com’è noto, il potere di attuare/eseguire le proprie decisioni e che, anche laddove questi (p. 18) «godano della pronta disponibilità all’esecuzione/attuazione delle proprie decisioni da parte degli organi competenti, permane un limite insuperabile alla loro c.d. “sovranità” (una sorta di presunta “onnipotenza”): quello dell’effettiva *obbedienza* dei consociati al precetto e/o alla chiave di lettura proposta in sede giurisprudenziale. La verità ultima, dunque, è che le Corti costituzionali sono in grado di svolgere le loro funzioni solo a condizione e fintantoché esiste un diffuso “consenso sociale” sulle Costituzioni stesse (*idem sentire de re publica*)».

⁷⁴² Sul tema, v. D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena 2021.

⁷⁴³ Il primo riferimento al concetto di “coscienza sociale” è, probabilmente, contenuto nella sent. n. 125/1957 dove, in relazione alla punibilità dell’offesa alla religione dello Stato mediante vilipendio di immagine sacra, di cui all’allora vigente art. 404 c.p., la Corte argomentava l’infondatezza della q.l.c. relativa alla norma incriminatrice sul presupposto che la «coscienza etica della Nazione italiana» fosse «largamente cattolica». Il successivo riferimento alla «coscienza del popolo italiano» si ha nella sent. n. 58/1960, in tema di giuramento articolato con formula religiosa: «La su trascritta formula risponde alla coscienza del popolo italiano, costituito nella quasi totalità di credenti e, quindi, presupponendo nel giurante la credenza in Dio, è adeguata a qualsiasi confessione, anche acattolica». Ancora di «coscienza del popolo» si parla nella sent. n. 64/1961 (infondatezza), in tema di adulterio femminile, poi superata, qualche anno dopo, con l’accoglimento della questione con la sent. n. 126/196), proprio perché «negli ultimi anni, è sostanzialmente mutata in materia la coscienza collettiva». Il primo riferimento espresso e testuale alla «coscienza sociale» è nella sent. n. 76/1971 (di infondatezza), in cui si legge

“presupposto”, ma la Corte non ha esitato ad usare il termine “coscienza sociale”, che dunque non può essere ignorato. Com’è noto, il diritto è inevitabilmente costellato di principi generali e concetti indeterminati⁷⁴⁴ (fra i quali rientra appunto anche quello di “coscienza sociale”) e ciò paradossalmente anche in settori dell’ordinamento, quale quello penale, particolarmente esigenti in termini di sufficiente determinatezza dei precetti normativi (quale noto corollario del principio di legalità). La stessa Corte costituzionale, al riguardo, già da tempo ha rilevato come, in questi casi, il riferimento a espressioni quali la «difesa del pudore, il rinvio alla morale, al buon costume, e nominativamente al “comune sentimento” (art. 529 c.p.) è legittimo, trattandosi di *concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione*. La Costituzione stessa usa locuzioni come “senso di umanità”, “buon costume”, “dignità sociale”, né si può dire che le relative norme manchino di un identificabile valore positivo⁷⁴⁵. Ciò che la Corte ha predicato in relazione al concetto di “buon costume”, potremmo quindi ora noi adattarlo anche alla “coscienza sociale”: un *concetto generalmente compreso, sebbene non suscettibile di una categorica definizione*.

Si comprende che una risposta simile – ancorché massimamente autorevole – alla nostra domanda di partenza rischia di risolversi in una definizione circolare che, come, tale, potrebbe lasciare insoddisfatti. Neppure le definizioni disponibili in campo sociologico sembrano essere soddisfacenti: E. Durkheim, parlando di *coscienza collettiva*, definì questa come «l’insieme delle credenze e dei sentimenti comuni alla media dei membri di una società»⁷⁴⁶.

Attingendo sempre alla giurisprudenza costituzionale, possiamo allora, ai nostri fini,

che «La finalità che, invece, giustifica la “partecipazione” di cittadini alle Sezioni specializzate non è quella di farvi risuonare la voce di una generica “coscienza sociale”, bensì l’altra di acquisire l’apporto di conoscenze tecniche o di particolari esperienze di vita, quando ciò sia riconosciuto utile ad una migliore applicazione della legge ai rapporti concreti». V. poi le sentt. nn. 110/1962; 115/1964; 42/1965 (particolarmente interessante, ai nostri fini, perché è una sentenza di infondatezza – oggi sarebbe di inammissibilità – con monito al legislatore: in relazione al disposto dell’art. 116 c.p. in tema di concorso nel reato e principio di personalità della responsabilità penale, si legge che «Ciò che invece questa Corte ritiene di dover rilevare è che le incertezze e i contrasti suscitati dalla disposizione dell’art. 116, sebbene da ultimo avviati dalla giurisprudenza a una più equilibrata ed esatta soluzione, non possono dirsi del tutto dissipati nella coscienza sociale e giuridica: onde la opportunità di un intervento del legislatore, al fine di stabilire se la norma in questione debba rimanere nel nostro ordinamento e, in caso positivo, quali esattamente debbano esserne il fondamento e i limiti, e in quali termini, inoltre, debba realizzarsi una logica coordinazione della norma stessa con tutto il sistema e con norme analoghe, in particolare con quella dell’art. 83 del Codice penale»). I riferimenti alla coscienza sociale sono sporadici, ma comunque costanti: salvo errori, abbiamo contato 88 decisioni in cui il lemma ricorre. Più di recente, si segnalano solo le sentt. nn. le 84-286/2016; 265-272/2017; 112/2018; 221/2019; 230/2020; 1-41-79-131/2022.

⁷⁴⁴ La bibliografia al riguardo è sterminata; si segnalano, fra i moltissimi: V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 41 ss.; ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, spec., 15 s.; N. BOBBIO, «*Principi generali*», in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino 1966, 887 ss.; S. BARTOLE, «*Principi generali (dir. cost.)*», in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455 ss.; F. MODUGNO, «*Principi generali*», in *Enc. giur.*, XXIV, Roma 1991; F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento giuridico*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma 1991, 10 ss.; U. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 379 ss. Da ultimo, si segnalano L. DANIELE - A. BURATTI (a cura di), *Principi generali del diritto. Diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, Padova 2019; G. ALPA, *I principi generali*, III ed., Torino 2023.

⁷⁴⁵ Corte cost. n. 191/1970; mio il corsivo.

⁷⁴⁶ Cfr. E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano 2021 (I ed. 1893). In ambito sociologico, v. anche F. FERRAROTTI, *Trattato di sociologia*, Torino 1968, 132 ss.; P.L. BERGER – T. LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, Bologna 1969; N. ELIAS, *La società degli individui*, Bologna 1990. Da ultimo, in prospettiva giuspubblicistica, v. D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena 2021.

scorgere ulteriori indizi utili a ricostruire una definizione del concetto ora in discussione. Quando la Corte usa l'*argomento* della coscienza sociale, accompagna questa sempre con aggettivi quali «matura», «radicata», «diffusa»: ci sembra che, solo se dotata di questi attributi, la “coscienza sociale” possa esistere (o sia comunque un fatto giuridicamente rilevante nel giudizio di costituzionalità). Se la coscienza sociale, in relazione alla situazione normativa scrutinata, ha queste caratteristiche, allora la Corte tendenzialmente accoglie la questione sottoposta⁷⁴⁷. Viceversa, se così non è (e cioè se non esiste una matura, radicata e diffusa coscienza sociale), la Corte dichiara la questione inammissibile.

Porteremmo dunque sostenere che la “coscienza sociale” è una particolare forma di “opinione pubblica” *radicata* nel tempo e nello spazio (*diffusione*): è un “sentire comune” (*idem sentire*) su cui la generalità dei consociati è concorde da un tempo indefinito. Pertanto, affinché si registri un mutamento nella coscienza sociale, è necessario che la “nuova” opinione pubblica si innesti sulle medesime *radici* su cui si innerva l’albero della coscienza sociale, costituendone un frutto *maturo* che, *cadendo*, andrà ad alimentare le medesime *radici*. Questo è possibile finché il frutto, col suo seme, cade sulla *terra buona* dei valori costituzionali nel loro intangibile nucleo duro.

L’opinione pubblica, invece – e qui veniamo al secondo punto – è instabile, mutevole, non necessariamente diffusa. È un sentire comune che non ha “radici” profonde nei valori condivisi dalla generalità dei consociati: in questo senso, non è “radicata”. Se ci è consentito restare nella metafora (non solo) botanica, l’opinione pubblica è un seme caduto *su un luogo sassoso, dove non c’è molta terra*, e cioè fuori dal recinto dei valori costituzionali e che naturalmente, nonostante germogli subito (spesso populisticamente stimolato dalla contingenza), è destinato a *seccare subito* proprio perché incapace di mettere radici in quel terreno.

In via di analogia, e tornando in ambito giuridico, il rapporto tra opinione pubblica e coscienza sociale ci sembra simile al rapporto tra la mera *prassi* e la *consuetudine* quale fonte del diritto: gli elementi costitutivi di questa, com’è noto, sono la *diuturnitas* e l’*opinio iuris ac necessitatis*. Analogamente, la coscienza sociale esiste e si diversifica dalla mera opinione pubblica quando ricorre un elemento oggettivo (potremmo dire: la *maturitas*) e un elemento soggettivo-psicologico (potremmo dire: *idem sentire de moralis*, che volutamente rimanda all’*«idem sentire de re publica»*).

Quest’ultima analogia ci consente agevolmente di affermare un altro aspetto importante del rapporto fra opinione pubblica e coscienza sociale: così come non sono ammesse consuetudini *contra constitutionem*, non sono neppure ammesse traduzioni legislative della coscienza sociale contrarie a costituzione: ne deriva che, com’è già stato a suo tempo rilevato (cfr. ancora Cap. I, § 5), «non ogni mutamento in atto nella realtà sociale può essere di per se

⁷⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 32 s., già tempo addietro notava come siano ammissibili, perché rispettosi della discrezionalità legislativa, «gli interventi della Corte su leggi superate dalla *coscienza politica diffusa* e quelli motivati su *valori largamente accettati* in sede politica come fondamentali criteri della nostra convivenza (anche se non risultano espressamente dal testo della Costituzione). Ciò significa che, se in questi casi gli interventi della Corte possono svolgersi con una certa ampiezza, al contrario in tutte le questioni sulle quali il dibattito politico nel paese e tra le forze politiche sia aperto, gli interventi della corte possono ammettersi solo nei limiti della chiara ed aperta contraddizione con la normativa costituzionale» (miei i corsivi).

stesso assecondato»⁷⁴⁸. Di conseguenza, un'eventuale legge che pretendesse di registrare un mutamento incostituzionale della coscienza sociale (e dunque un'involuzione della stessa), dovrebbe essere certamente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

In relazione al terzo punto (*quando* la coscienza sociale può dirsi “matura”), non è possibile, anche qui, fornire una «categorica definizione» e una risposta sicura. Possiamo tuttavia servirci di alcuni indizi o *indici sintomatici* (richiamando le “figure sintomatiche” dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo, di cui si è discusso anche al Cap. I § 3.2). Pertanto, la coscienza sociale può ritenersi “matura”, e un'eventuale q.l.c. essere scrutinata nel merito, se:

- a. la norma indubbiata è stata oggetto di plurimi rinvii da parte dei singoli giudici *a quo* sparsi in tutto il territorio nazionale⁷⁴⁹: se molti giudici, a diverse latitudini e con situazioni normative volta a volta differenti, dubitano della legittimità costituzionale della stessa norma, è verosimile che questa sia non più conforme alla “coscienza della Nazione”;
- b. la disposizione normativa è stata oggetto di richiesta referendaria abrogativa ma il *referendum* non si è poi svolto (ad es. se, nonostante il numero di sottoscrizioni raggiunte sia stato sufficiente, sono state riscontrate irregolarità formali dall'Ufficio centrale per i referendum presso la Corte di Cassazione o, soprattutto, se il referendum non si è svolto per ragioni relative all'ammissibilità del quesito referendario sulle quali si sia espressa la Corte costituzionale⁷⁵⁰): è chiaro che una pluralità

⁷⁴⁸ V. MARCENÒ, *op. cit.*, 384.

⁷⁴⁹ A. CIERVO, *op. cit.*, 539, fa notare che, ad es., la sentenza n. 147 del 1969, fu l'esito di ben 51 ordinanze in via incidentale. Sullo stesso tema, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 179 s., aveva a suo tempo rilevato che un'ipotesi di seguito legislativo ai sensi dell'art. 136 Cost. si potrebbe porre già in conseguenza della semplice ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, proprio in quanto “spia” di una possibile incostituzionalità della norma indubbiata, senza che si attenda la decisione della Corte. Più precisamente, «come v'è un “seguito legislativo” delle sentenze costituzionali (art. 136, II c., Cost.), così può parlarsi di un “seguito legislativo” dell'ordinanza di rimessione. Naturalmente in scala assai più ridotta e, profilo trascurabile, di natura giuridica diversa. [...] Anche se è molto improbabile che la semplice conoscenza (tramite notifica e comunicazione) dell'atto introduttivo del giudizio incidentale, da parte delle autorità in questione, dia luogo a un'attivazione delle procedure volte a modificare (o abrogare) la legge prima che la Corte pronzi la sentenza, è possibile immaginare – ma solo in teoria – un intervento *urgente* del Governo a mezzo di decreto legge, mirante ad anticipare, *melius* ad evitare le conseguenze della decisione costituzionale (o, ipotesi parimenti poco realistica, una rapida approvazione di un disegno di legge *ad hoc* predisposto dalle Camere). Non si vede, tuttavia, perché un semplice “tentativo” di “aprire” una *quaestio de legitimitate* su una legge (dall'esito del tutto incerto), esperito da uno dei migliaia di magistrati della Repubblica, possa generare tanto clamore. È più verosimile ritenere che Governo e Camere dispongano già, prim'ancora che un giudice emetta un'ordinanza di rimessione, dei dati politici e giuridici che sconsigliano o incoraggiano un intervento legislativo di modifica/abrogazione e che, tutt'al più, i convincimenti che da tali dati derivano trovino solo “conferma” nei comportamenti conformi delle autorità giudiziarie [in senso positivo (rigetto) o negativo (accoglimento) della *quaestio*]».

⁷⁵⁰ Si noti, a tal riguardo, che l'inammissibilità del referendum abrogativo e l'inammissibilità della q.l.c. per discrezionalità legislativa hanno una *ratio* comune, sebbene l'oggetto dell'attribuzione costituzione in capo alla Corte sia diverso (giudizio di legittimità costituzionale e giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo). In entrambi i casi la Corte dichiara che su una determinata materia, disciplinata dalla legge, e che si vorrebbe in senso lato “modificare” o i cui effetti si vorrebbero genericamente “annullare”, il soggetto richiesto di pronunciarsi

- di iniziative referendarie, ancorché abortite, insieme ad altri fattori può essere spia di un mutamento in atto della coscienza sociale;
- c. una pluralità di progetti di legge, su una stessa materia e con obiettivi politico-normativi simili, giacciono dinanzi alle Camere (venendo magari riproposti ad ogni inizio di legislatura)⁷⁵¹: spesso questi progetti rimangono allo stadio della semplice iniziativa legislativa e non riescono a giungere alla fase della discussione e approvazione solo perché soverchiate da altre questioni che le forze politiche ritengono (legittimamente) prioritarie, o perché il tema non “pagherebbe” in termini di consenso politico-elettorale;
 - d. accanto alle iniziative legislative, si registrano nella società numerose iniziative pubbliche di sensibilizzazione sul tema, dibattiti, movimenti di opinione, contributi scientifici, ecc. (si pensi al movimento del '68 e alle innovazioni che questo ha veicolato nella società, spesso per opera *prima* dei giudici e *poi* del legislatore);
 - e. in altri ordinamenti, si è già data una risposta – normativa o giudiziaria – alle “*political questions*”. Dovrebbe però trattarsi, chiaramente, di ordinamenti vicini al nostro in relazione ai valori condivisi e, specialmente, al nucleo duro costituzionale (principi fondamentali e diritti inviolabili che, non a caso, sono «universali»⁷⁵²), in modo da utilizzare correttamente questo argomento comparatistico di cui si è già detto poco sopra;
 - f. la norma indubbiata è stata oggetto di precedenti moniti del legislatore rimasti però inascoltati: qui è la stessa Corte che segnala al legislatore che la norma presenta dei profili di illegittimità costituzionale, ma non ci sono ragioni sufficienti a motivare un accoglimento (spesso proprio

(la Corte stessa in un caso, il popolo nell'altro) non può farlo perché quella competenza le è sottratta dalla Costituzione: le questioni riservate alla discrezionalità del legislatore, da un lato (su cui la Corte non può intervenire); la materie sottratte al referendum abrogativo dall'art. 75 Cost. e dalla giurisprudenza costituzionale, dall'altro (su cui il popolo non può pronunciarsi).

⁷⁵¹ Come abbiamo rilevato al Cap. II, § 3, questo argomento è stato già utilizzato dalla Corte nell'ordinanza di rinvio a data fissa. Ci riferiamo in particolare a Corte cost. 132/2020, punto n. 8 *Cons. dir.* la Corte motiva l'ordinanza monitoria di rinvio a data fissa anche in ragione del fatto «che vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere».

⁷⁵² A partire dalle Carte che solennemente tali li proclamano: ci riferiamo, ovviamente, alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1948. Sul tema – anche questo vastissimo – si segnalano, *ex multis*, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1992; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari 2005; G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 2/2006, 297 ss.; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, 537-568; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, spec. 113 ss.; C. PANZERA - A. RAUTI - A. SPADARO - C. SALAZAR, *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele* Napoli 2016; A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Catanzaro 2005; ID, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali*, in *Consulta online*, n. 2015, 504-515; M., FLORES, *Storia dei diritti umani*, nuova ed., Bologna 2023.

perché la questione è “divisiva” e cioè non si è raggiunto un diffuso consenso sociale attorno ad essa)⁷⁵³.

È intuitivo notare come più indici concorrono, più la questione sarà, probabilmente, “matura” nella coscienza sociale. Per (contribuire ad) accertare l’esistenza e la consistenza della coscienza sociale su una determinata questione, poi, non è da escludere che i giudici di Palazzo della Consulta – come abbiamo già accennato al Cap. I, § 5.2, – possano servirsi di “esperti di chiara fama” (introdotti, com’è noto, con la riforma nelle *Norme integrative* del 2020, di cui si è già dato conto *supra*). Questi, se auditi nella fase istruttoria del giudizio di costituzionalità, potrebbero fornire una consulenza sociologica, antropologica, demografica, che dimostri (col supporto di rilevazioni demoscopiche, statistiche, serie storiche, ecc.), in maniera scientifica e dunque verificabile, se e *quanto* sia diffuso nello spazio e nel tempo, nella società, un diritto che si vorrebbe riconosciuto o un anacronismo legislativo che si vorrebbe superato. Un supporto scientifico che aiuti a dimostrare, in altri termini, che su una determinata questione esista non una semplice e contingente “opinione pubblica” ma una ben più radicata “coscienza sociale”.

Non è neppure da escludere che, in un futuro – si scommette: non troppo lontano – la tecnologia possa offrire algoritmi in grado di “misurare”, effettivamente, il grado di evoluzione della coscienza sociale su una determinata materia. Ciò sarebbe possibile grazie agli strumenti sempre più potenti di elaborazione dei *big data*, uniti alle possibilità derivanti dall’applicazione dell’Intelligenza Artificiale. Del resto, se queste tecnologie si applicano alla straordinaria complessità degli studi sul clima, sulla salute, e da ultimo anche alla c.d. giustizia predittiva⁷⁵⁴, non si vede perché non debbano essere applicate per misurazioni della “coscienza sociale”. Ovviamente non s’intende qui legittimare decisioni completamente automatizzate, ma semplicemente *fornire un supporto al decisore* (in questo caso: il giudice costituzionale; ciò potrebbe tuttavia anche valere, a ben vedere, per il legislatore nella fase istruttoria del procedimento di formazione della legge), il quale conserva sempre la possibilità di valutare quei dati ed eventualmente discostarsene in maniera motivata.

L’identificazione di questi indici, nonché la suddetta (auspicata) possibilità di ricorrere agli «esperti di chiara fama» (già ora), nonché il ricorso ad algoritmi informativi o decisorii (in

⁷⁵³ Come abbiamo visto nei Capitoli precedenti, l’esistenza di un precedente monito rimasto inascoltato – o, nei casi più gravi e urgenti, la creazione di un monito rafforzato e a termine – è una delle condizioni che giustificano, oggi, il superamento delle “rime obbligate” e, con esse, del limite della discrezionalità legislativa.

⁷⁵⁴ In argomento, v. A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017; C. CASTELLI - D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, 153 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano 2020; A. D’ALOIA (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto: come regolare un mondo nuovo*, Milano 2020; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano 2020; AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano 2021; F. CORONA, *Giustizia predittiva. Quando gli algoritmi pervadono il diritto*, Roma 2023; G. ZACCARIA, *La responsabilità del giudice e l’algoritmo*, Modena 2023; G. ARIOLLI, *Nomofilachia, giustizia predittiva e intelligenza artificiale*, in www.giustiziainsieme.it, 3 novembre 2023, link: <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-innovazione/2942-nomofilachia-giustizia-predittiva-e-intelligenza-artificiale?hitcount=0>; A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Bioetica, diritti e Intelligenza Artificiale*, Milano 2023; L. DI MAJO, “Mi rimetto alla clemenza dell’intelligenza artificiale”. *L’AI-jurisdictional process e il cyber-lawyer*, in www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2024, link: <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-innovazione/3052-mi-rimetto-alla-clemenza-dellintelligenza-artificiale-lai-jurisdictional-process-e-il-cyber-lawyer>.

un prossimo futuro) potrebbero contribuire a ridurre i casi di inammissibilità (o infondatezza) determinati dal fatto che la questione sia “politicamente sensibile” in quanto asseritamente non ancora «matura nella coscienza sociale». La Corte avrebbe più margini per *rendere giustizia costituzionale*; le decisioni che si basano sulla avvenuta (o meno) maturazione della coscienza sociale avrebbero un supporto probatorio e documentale verificabile; la Corte, in definitiva, ne trarrebbe vantaggio in termini di prevedibilità delle decisioni, condivisibilità delle stesse e, di conseguenza, di legittimazione nel sistema.

Ad ogni modo, auspichiamo che, d’ora in avanti, la Corte non si limiti più ad affermare apoditticamente che la questione “non è ancora matura nella coscienza sociale” (e dichiarare quindi inammissibile la questione): se così è, che la Corte ne dia debitamente conto nella motivazione della decisione! Purtroppo – e realisticamente – l’impressione che abbiamo avuto guardando alla giurisprudenza della Corte è che spesso la questione è “immatura” non tanto nella coscienza sociale... quanto piuttosto nella coscienza dei giudici (e cioè della maggioranza di essi) che in quel momento sono chiamati ad esprimersi nel giudizio di costituzionalità. Del resto, siamo consapevoli che – dinanzi a una coscienza sociale incerta fra *maturità* e *immaturità*, ciò che fa la differenza è inevitabilmente la *direzione dello sguardo* dei giudici: se volto al *progresso* o, invece, volto alla *conservazione* dell’esistente, con tutte le ovvie conseguenze che ne derivano.

Giunti a questo punto della discussione, resta ancora da discutere attorno al quarto e ultimo punto: *chi* è il soggetto istituzionale deputato ad accertare l’avvenuta “maturazione” della coscienza sociale?

Come si intuisce, la risposta a questo quesito racchiude l’essenza ultima degli interrogativi che hanno mosso sin dall’inizio tutto il nostro lavoro. Per questo – e per l’opportunità di ampliare, al riguardo, la discussione – dedicheremo a tale risposta il prossimo, conclusivo, paragrafo.

3. Le prospettive future: riscoperta della *centralità* del legislatore, ma *primato* della Costituzione (e della Corte costituzionale)

Il problema di fondo della giurisprudenza “creativa” della Corte costituzionale è la asserita mancanza di legittimazione (popolare) a *introdurre*, per via giurisprudenziale, “nuovi” diritti: a questo compito dovrebbe essere preposto solo e soltanto il legislatore, dovendosi la Corte limitare a un compito di mera *legislazione negativa*. Spetterebbe dunque esclusivamente al legislatore, rappresentante della sovranità popolare, il compito di scegliere *se, quando e come* riconoscere nuovi diritti e rispondere alle istanze di giustizia sociale che emergono nella società. In dottrina si è infatti affermato che, al più, «la Corte identifica il verso dei mutamenti della coscienza sociale, ma non si pone alla loro guida, limitandosi a riconoscerne l’emersione. Al tempo stesso, ribadisce che la traduzione in nuove regole di questi mutamenti spetta innanzitutto al legislatore democraticamente legittimato: è questi che ha le “antenne” per captare i

mutamenti e tradurli in nuove regole giuridiche. Così, del resto, dovrebbe funzionare la democrazia rappresentativa»⁷⁵⁵.

A nostro avviso, tuttavia, non dovrebbe essere così. Per almeno due ragioni.

In primo luogo, è vero che *il Parlamento* ha le “antenne” per captare i mutamenti della coscienza sociale, ma è pur vero che anche *i giudici* sono dotati di “antenne”, seppur qualitativamente diverse, con cui saggiare i mutamenti della coscienza sociale. Non è certamente un caso che il nostro costituente abbia voluto un sindacato accentrato ma ad accesso diffuso: a ben vedere, sono proprio i singoli giudici a potersi rendere conto (in concreto), spesso prima che lo faccia il Parlamento (in astratto), che la coscienza sociale, associata alla validità soggettivamente percepita di una norma, registra un cambiamento in atto. Sono i singoli giudici che, rivolgendosi alla Corte, le hanno suggerito gli anacronismi legislativi (e politici) da rimuovere, legati ad esempio al ruolo sociale della donna, alla concezione patriarcale della famiglia, e così via: ben prima che se ne fosse avveduto il legislatore, come dimostra anche la nostra storia politico-istituzionale. Del resto, il Parlamento è stato più volte percepito, nella nostra storia costituzionale, come distaccato dal “Paese reale”, con conseguenti crisi di regime prodotte proprio da un diffuso antiparlamentarismo⁷⁵⁶.

In secondo luogo, posto che il Parlamento non è l’unico soggetto dotato di “antenne” per captare i mutamenti della coscienza sociale, è certamente vero che questi è l’unico soggetto astrattamente legittimato a *trasformare* il segnale captato in *output* legislativo. O almeno, per riprendere le parole della dottrina sopra citata, *così dovrebbe funzionare la democrazia rappresentativa*. Il punto dirimente è proprio questo: “*dovrebbe*”. Se però è il Parlamento stesso a non riuscire a svolgere il proprio *dovere* (interpretare la coscienza sociale divenuta matura e tradurla in legge), perché la sua *rappresentatività* è indebolita⁷⁵⁷, è comprensibile se la «lotta

⁷⁵⁵ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 7.

⁷⁵⁶ Già nella c.d. *crisi di fine secolo*, cui si è fatto cenno nel Cap. precedente, si levarono critiche contro il regime parlamentare italiano (di allora) e sull’antiparlamentarismo causato dalla distanza dalle istituzioni rappresentative percepita dal popolo: v. i “classici” contributi di G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, Palermo 1884; P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia*, I, Bologna 1889; S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto*, in *Nuova Antologia*, 1 gennaio 1897, 9-11. Su questa particolare fase della storia costituzionale italiana, v. E. CUOMO, *Critica e crisi del parlamentarismo (1870-1900)*, Torino 1996; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d’Italia. 1848-1994*, II ed., Bari 2002, 201 ss.; M.L. SALVADORI, *Storia d’Italia. Il cammino tormentato di una nazione. 1861-2016*, Torino 2018, 63 ss. Sulle forme odierne di antiparlamentarismo populista, v. almeno T. E. FROSINI, “*L’antiparlamentarismo e i suoi interpreti*”, in *Rass. Parl.*, n. 4/2008, 845-870; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta Online*, n. 2/2019, 249 ss.; AA.VV., *Crisi dello stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, cit.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l’antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 517 ss.; C.A. CIARALLI, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli 2022; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli 2020; M. PROSPERO, *L’antipolitica come professione. Un’interpretazione della crisi della Seconda Repubblica*, Milano 2021; G. DELLEDONNE - G. MARTINICO - M. MONTI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Milano 2022.

⁷⁵⁷ A. MANZELLA, *Elogio dell’assemblea, tuttavia*, Modena 2020, 10 s., a proposito della nota distinzione che corre fra rappresentatività e rappresentanza, sottolinea che «la rappresentatività di un’assemblea indica il grado di rispecchiamento in essa del pluralismo del gruppo sociale che le ha dato vita. La rappresentanza indica invece la capacità di azione dell’assemblea come interprete della volontà del gruppo sociale di riferimento. Rappresentatività e rappresentanza sono dunque [...] due momenti diversi dello stesso processo di trasformazione del gruppo sociale in comunità: ma non sono concettualmente separabili. Senza rappresentatività, cioè senza

per i diritti»⁷⁵⁸ sfrutta il canale giurisdizionale e, nello specifico, quello della giustizia costituzionale, specie in situazioni particolarmente bisognose di tutela (nel caso di diritti fondamentali messi gravemente in discussione). Il fine dello stato costituzionale liberaldemocratico non è l'esercizio del *potere per il potere*, ma la tutela e la promozione della dignità umana sopra ogni cosa: la funzione di *metabilanciamento* fra legalità costituzionale (garanzia dei diritti fondamentali) e rispetto della discrezionalità legislativa, che la Corte opera e di cui si è discusso nel presente lavoro, è ispirata da questa condivisibile logica. È la Costituzione, lo ribadiamo, a richiedere alla *Repubblica* (e non al solo "legislatore") di «rimuovere gli ostacoli» alla libertà e all'uguaglianza e, di conseguenza, al «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3 Cost.). Se a tale compito non provvede il legislatore – compito che in definitiva è non solo di attuazione, ma anche di garanzia della Costituzione – allora la Repubblica si serve di altri soggetti che la Costituzione legittima: in questa funzione (di garanzia/attuazione), la Corte costituzionale è protagonista. Se il fine dell'esercizio dei pubblici poteri è la tutela della dignità umana, e se il Parlamento non vi provvede pur essendone *primariamente* legittimato, la Corte non può «non agire di conseguenza»⁷⁵⁹, intervenendo in via sussidiaria e temporanea in luogo del Parlamento.

In questo senso, la c.d. *centralità* del legislatore – che noi non mettiamo affatto in discussione, nonostante la sua «crisi»⁷⁶⁰ – deve essere *riscoperta*.

corrispondenza con la base sociale, non vi può essere rappresentanza. Senza di questa, la rappresentatività sarebbe narcisismo sociale senza scopo. [...] Nel processo che dà vita all'assemblea (e la mantiene vitale) la rappresentatività è un valore attivo che "convalida" la rappresentanza, attraverso un confronto continuo con l'inorganica ma ben influente opinione pubblica». L'A. sottolinea inoltre (p. 27) che il «cardine della rappresentanza» si ha «quando questa si distacca concettualmente dalla rappresentatività per diventare capacità di decidere per l'intera Nazione, con la cultura storica del passato e la prospettiva vivente del futuro». Su rappresentanza e rappresentatività, tema vastissimo, si segnalano almeno D. NOCILLA – L. CIAURRO, «Rappresentanza politica», in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 543-609; D. FISICHELLA, *La rappresentanza politica*, Bari 1996; A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998; H.F. PITKIN, *Il concetto di rappresentanza*, Catanzaro 2017 (I ed. 1967); P. BILANCIA, *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino 2018; C. VALENTINI, *Rappresentanza politica*, in C. VALENTINI - C. CARUSO (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna 2021, 113-128.

⁷⁵⁸ «Lotta» che inevitabilmente è connessa all'evoluzione della coscienza sociale, come nota R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 24 s.: «La lotta per i diritti è di fatto incessante e sembra costituire l'essenza stessa dei diritti. O quantomeno ridetermina di continuo il contenuto di ognuno di essi. Può sembrare banale sottolineare come i diritti e i loro contenuti abbiano subito trasformazioni relevantissime nel tempo ma man mano evolveva la coscienza sociale. Ma, per quanto banale, è un aspetto determinante della storia dei diritti, in larga parte tracciata dall'attivismo sociale, dalle rivendicazioni sorrette dall'impegno di questo o quel settore della società e dalle risposte date dalle diverse istituzioni "imperiali" dello Stato. D'altra parte, è la struttura pluralista delle costituzioni come la nostra a stimolare visioni diverse – e molto spesso non sovrapponibili – delle tutele che essa accorda. Vale per la Costituzione ciò che vale per ogni legge: il significato della Costituzione non è imposto con la forza, ma si sviluppa nelle varie comunità secondo il particolare *nomos* che esse condividono».

⁷⁵⁹ Sia consentito questo riferimento alla enciclica *Evangelii Gaudium*, n. 213: «Se bisogna rispettare in ogni situazione la dignità degli altri, è perché noi non inventiamo o supponiamo tale dignità, ma perché c'è effettivamente in essi un *valore superiore rispetto* alle cose materiali e *alle circostanze*, che *esige* siano *trattati in un altro modo*. Che ogni essere umano possiede una dignità inalienabile è una verità corrispondente alla natura umana *al di là di qualsiasi cambiamento culturale*. Perciò l'essere umano possiede la medesima dignità inviolabile in qualunque epoca storica e *nessuno può sentirsi autorizzato* dalle circostanze a negare questa convinzione o *non agire di conseguenza*» (miei i corsivi).

⁷⁶⁰ Tema, questo, strettamente collegato al c.d. antiparlamentarismo di cui si è discusso *supra*. La crisi del Parlamento è però solo uno dei fattori che generano l'antipolitica e l'antiparlamentarismo stesso: vedi a tal

Dal punto di vista storico, il concetto in parola si afferma in maniera decisa «intorno alla metà degli anni Settanta»: è in questi anni che «il dibattito politico-istituzionale è stato polarizzato dalla cosiddetta “centralità” del Parlamento. Si rivendicava a quest’ultimo il ruolo di sede fondamentale della formazione delle decisioni politiche e del controllo sulla loro attuazione, rovesciando quindi l’esperienza precedente, nella quale il Parlamento sarebbe stato espropriato di questi compiti dall’Esecutivo e dai grandi centri di potere economico. Il termine era vivamente enfatizzato da chi, più o meno coscientemente, riteneva che mediante l’affermazione della centralità del parlamento fosse possibile perseguire un disegno generale di trasformazione dello Stato e della società; ed era altrettanto vivacemente contestato da chi riteneva che tale concezione fosse incompatibile con l’assetto costituzionale italiano. [...] È noto che la tesi della “centralità” del Parlamento non ebbe poi “quel” successo che i suoi sostenitori avevano propugnato, anche perché era molto legata ad un fatto politico di quella stagione, vale dire il superamento della *conventio ad excludendum* nei confronti del PCI. La finalità era quella di porre le premesse in Parlamento per una politica consociativa: il “tutto in Parlamento” indicava il tentativo di [...] una Repubblica gestita in comune fra maggioranza ed opposizione, al di là delle responsabilità formali di Governo»⁷⁶¹.

In quel contesto, dunque, “centralità” del Parlamento significa concretamente che «praticamente ogni scelta politica viene contrattata con le opposizioni. Le camere diventano gli organi fondamentali del sistema, che nell’esigenza istituzionale e politica di una permanente collaborazione tra la maggioranza e le opposizioni rinvergono il fondamento di un autonomo potere di elaborazione e decisione politica»⁷⁶². A dire il vero, come è stato notato, è vero che la

proposito V. V. DI CIOLO - L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano 2013, 77 ss.: «È difficile stabilire se la sensazione di declino del Parlamento sia legata all’esistenza di un modello ideale e mitico di Parlamento, modello che – sottoposto ad una serena analisi critica – non sembra trovare effettivo riscontro in alcuna epoca storica. Forse la nascita dei partiti politici come entità rigidamente organizzate e l’espansione del suffragio universale hanno fatto scambiare per un declino l’aumento della pressione degli elettori e delle forze politiche sui loro rappresentanti». Il contenuto specifico di questa crisi sarebbe relativo all’incapacità di un Parlamento che «non riesce più a svolgere efficacemente nessuna delle sue due funzioni tradizionali: non riesce a legiferare in maniera ordinata»; in secondo luogo, «nemmeno l’attività di controllo e di indirizzo (secondo gli stessi critici) sarebbe esercitata in maniera adeguata». In terzo luogo, infine, «la “crisi” del Parlamento sarebbe essenzialmente una crisi di credibilità: in sostanza, il Parlamento sarebbe scaduto nella pubblica stima, e ciò a prescindere da qualsiasi valutazione circa il modo con il quale adempie (tecnicamente parlando) alle sue funzioni istituzionali».

⁷⁶¹ *Ivi*, 85 s.

⁷⁶² S. TOSI - A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano 1999, 20. Ciò comporta effetti tanto positivi quanto anche negativi: infatti, gli AA: *ivi* rilevano che «Questa tendenza consociativa nei rapporti tra la maggioranza e le opposizioni, che tende a porre rimedio ad una sostanziale discriminazione politica nei confronti delle opposizioni anticostituzionali (il rifiuto di stipulare con queste accordi di governo), presenta l’indubbio vantaggio di integrare nel sistema queste forze politiche e le classi sociali rappresentate, impedendo o scoraggiando la formazione di agguerrite minoranze extraparlamentari; ma produce al contempo degli inconvenienti di natura politica e istituzionale molto rilevanti. Scompare infatti nel sistema una scelta programmatica precisa. L’indirizzo politico del governo, spesso generico, si attenua fortemente in parlamento fin quasi a dissolversi. I contenuti delle leggi sono sempre più spesso non solo il frutto di un compromesso tra il governo e la sua maggioranza da una parte e le opposizioni dall’altra, ma il risultato di una serie di votazioni segrete, in cui si aggregano maggioranze estemporanee che passano attraverso i diversi schieramenti. Nessuno si riconosce più nelle decisioni finali: non il governo, che era partito da una scelta politico-legislativa ben diversa da quella poi risultante dalla decisione delle camere; non le opposizioni, che se avessero avuto la consistenza numerica per decidere avrebbero certamente fatto tutt’altre scelte. I cittadini, pertanto, sono sottoposti a decisioni di natura legislativa di cui è pressoché impossibile

«“centralità del Parlamento” diventò l’asse attorno a cui fare ruotare la forma di governo; ma dietro questa espressione si nascondeva in realtà la “centralità dei partiti in Parlamento” e la ricerca di formule “consociative”»⁷⁶³.

Per di più, quella della “centralità” fu una stagione relativamente breve e relativa a una peculiare stagione della storia politica italiana, quella della “solidarietà nazionale” contro gli «opposti estremismi»⁷⁶⁴ terroristici: «l’ipotesi estremizzata della centralità, che vede il parlamento in funzione governante, ha fortuna brevissima perché termina già nel 1979, quando i comunisti ritirano l’appoggio al governo di unità nazionale. Chi aveva immaginato il parlamento centrale come organo che elabora direttamente l’indirizzo politico, o come organo che assume le decisioni politiche (il parlamento governante), si era fatto delle illusioni perché tale formula è velleitaria ed ambigua. Il parlamento, proprio perché organo rappresentativo di tutte le esigenze (tra loro contrastanti) della società civile e quindi composto da partiti fortemente organizzati e disciplinati che sostengono il governo o si oppongono al medesimo, non ha, e non può avere, la capacità di esprimere indirizzi organici e coerenti, né l’omogeneità necessaria ad assumere decisioni rapide per la soluzione dei problemi. Centralità del parlamento può solo voler dire che il parlamento svolge funzioni di mediazione tra le varie istanze sociali e di controllo del governo, il solo organo capace di assumere la direzione politica dello Stato»⁷⁶⁵.

Se queste sono le origini “storiche” della c.d. centralità del Parlamento⁷⁶⁶, è solo di recente che «è improvvisamente tornata in auge – in una chiave aggiornata e completamente rinnovata – l’esigenza della “centralità” del Parlamento», intesa come «necessità di un recupero del ruolo normativo delle Camere» e come «bisogno di un forte recupero del valore delle Assemblee [...] nei confronti degli organi di vertice degli esecutivi, forti di un’elezione diretta o di una *premiership* di fatto (come è avvenuto dal 1996 con la contrapposizione tra i candidati alla Presidenza del Consiglio), onde evitare il rischio di derive plebiscitarie o di uno svuotamento concreto delle rappresentanze elettive»⁷⁶⁷. Rischio che poi si è concretizzato con la stagione di (rivendicato) populismo incarnato principalmente da alcune forze politiche ed alimentato dalla diffusione dei social network come inedito e potentissimo veicolo della loro propaganda.

individuare gli autori, sui quali fare poi ricadere la responsabilità politica con il voto alla scadenza della legislatura».

⁷⁶³ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, VIII, 2015, 304.

⁷⁶⁴ M.L. SALVADORI, *op. cit.*, 418. Cfr. pure C. GHISALBERTI, *op. cit.*, 474 ss.; I. MONTANELLI, *L’Italia negli anni di piombo (1965-1991)*, Milano 1991.

⁷⁶⁵ M.L. MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, Torino 2005, 35.

⁷⁶⁶ Il tema, vastissimo, meriterebbe ulteriori approfondimenti. In questa sede ci limitiamo a segnalare, *ex multis* C. CHIMENTI, *Centralità e funzionalità del parlamento*, in *Democrazia e Diritto*, 1978, 627 ss.; AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti del Convegno promosso dal Gruppo parlamentare radicale (Roma, 20-22 ottobre 1978)*, Milano, 1979, spec. 155 s.; B. ANDÒ, *La centralità del Parlamento nell’attuale forma di governo*, in AA. VV., *Crisi politica e riforma delle istituzioni. Dal caso italiano alla comunità europea*, Torino 1981, 117 ss.; E. CHELI, «La centralità parlamentare»: sviluppo e decadenza di un modello, in *Quad. cost.*, n. 2/1981, 344. Da ultimo, v. L. DI MAJO, *Riduzione del numero dei parlamentari e centralità del Parlamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2020, 40 ss.; G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni. Parlamento - Presidente della Repubblica - Corte costituzionale*, IV ed., Torino 2021, spec. 9 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2021, 1 ss.

⁷⁶⁷ V. DI CIOLO - L. CIAURRO, *op. cit.*, 86.

Recentemente, autorevole dottrina si è proposta di “demistificare” il concetto ora in parola, sottolineando come “centralità” «non significa che l’assemblea sia gerarchicamente sovraordinata, “sovrana”: sovrano è l’ordine complessivo che il popolo attraverso la decisione costituente si è dato. “Sovrana” è, dunque, la costituzione con il suo disegno di equilibrio interno: l’assemblea ne è solo l’indispensabile strumento di avvio e di mantenimento»⁷⁶⁸. Si tratta, in altri termini, di una «centralità relazionale»⁷⁶⁹, di un “primato” dell’assemblea, sì, ma da intendersi come «primato rispetto agli altri organismi che con essa e intorno ad essa compongono il tessuto politico-sociale. Questo primato permane nelle costituzioni moderne rispetto al pluralismo sociale e istituzionale che le anima. Ma non vi è un grado di gerarchia in questo primato. L’assemblea si limita, per così dire, a reggere il filo conduttore che è nella costituzione, a interpretarne le connessioni sistemiche che sono al suo fondo»⁷⁷⁰. È dunque un primato solo relativo, non assoluto. Se questo è vero, è ancora più comprensibile e giustificato il superamento delle “rime obbligate”, divenute limite ormai solo relativo, e non più assoluto (come un tempo), agli interventi additivi della Corte.

Per di più, la centralità del Parlamento, nei termini appena esaminati, è tale non solo rispetto agli altri organi costituzionali, ma anche rispetto al corpo sociale stesso e alle pulsioni che da questo promanano. In questa prospettiva, il Parlamento svolge un’importante funzione di *garanzia*, avendo cura «che il complesso [dei] poteri pubblici non sfugga al controllo popolare. All’origine della stessa idea di costituzionalismo vi è questo concetto di limitazione del potere verso il corpo sociale e fra gli stessi centri di potere fra di loro. L’assemblea ne è garante»⁷⁷¹. Una funzione di garanzia costituzionale che consente all’assemblea, mediante l’istituto del «divieto di mandato imperativo, [di divenire] essa stessa “limite” alla sovranità popolare»⁷⁷². Tale funzione di garanzia ha il suo fondamento «nella necessità di assicurare la perduranza dell’appartenenza della sovranità al popolo e insieme nella esigenza di normalità dell’esercizio dei poteri, pubblici e privati, contro ogni loro straripamento»⁷⁷³.

È questa accezione di *centralità* che consente di formulare un *elogio dell’assemblea*, mostratasi viva e vitale persino durante l’eccezionalità del periodo pandemico: «il fatto che nella crisi globale non si sia dubitato che i parlamenti dovessero rimanere aperti nel mondo – sia pure con il parziale ricorso sussidiario a espedienti di [...] interventi e votazioni a distanza – è stata una prova di resistenza della loro necessità come garanzia. Mentre il potere di governo trovava la sua naturale espansione in stato di eccezione, l’assemblea attestava che anche

⁷⁶⁸ A. MANZELLA, *op. cit.*, 31.

⁷⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁷⁰ *Ivi*, 48.

⁷⁷¹ *Ivi*, 56. Continua l’A.: «Nelle parole dell’art. 1 della nostra Carta [...] risultano chiari i nodi del problema: nei termini appunto di *appartenenza* ed *esercizio* della sovranità. Con l’*appartenenza* si dice che il potere pubblico, per rimanere nei limiti della Costituzione, deve avere una perdurante riconducibilità al popolo. Con l’*esercizio*, si dice anche che le “*forme*” plurali del potere pubblico, per rimanere nei *limiti* della Costituzione, devono essere regolate secondo il paradigma che il popolo stesso si è dato nell’atto costituente».

⁷⁷² *Ivi*, 58.

⁷⁷³ *Ibidem*.

l'eccezione doveva rimanere nella sfera costituzionale»⁷⁷⁴. Elogio che, nelle parole di Manzella, «*tuttavia*» sconta ancora oggi l'inattuazione dell'ordine del giorno Perassi del 5 settembre 1946 che condizionava «l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, *tuttavia*, con disposizioni costituzionali idonee a tutelare le esigenze di stabilità del governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo»⁷⁷⁵.

Le proposte di riforma che abbiamo formulato nel Capitolo precedente vorrebbero essere anche un'umile risposta a quell'invito di «riempire la pagina bianca, rimasta aperta nel libro scritto 74 anni fa, ripensando completamente il rapporto tra rappresentatività e rappresentanza nell'assemblea. Un progetto regolamentare radicalmente nuovo deve riguardare sia la struttura delle sue procedure sia l'esercizio del singolo mandato parlamentare»⁷⁷⁶.

Considerare la centralità del parlamento in maniera non “assolutistica” ma in chiave relazionale, consente di relativizzare il problema della giurisprudenza creativa della Corte costituzionale. Finché questa giurisprudenza si presenta *nelle forme e nei limiti della Costituzione*, ogni allarmato timore di “stato giurisdizionale” è destinato, per fortuna, a rimanere infondato.

La «forma» dell'attività della Corte stabilita dalla Costituzione, e cioè la sentenza/ordinanza resa nell'ambito del giudizio di costituzionalità, esclude che la Corte possa farsi davvero “legislatore”, limitandosi solo ad interventi puntuali (ancorché eventualmente additivi) sul sistema normativo, peraltro sempre su impulso esterno delle parti e soprattutto posti in essere, come abbiamo visto, sempre nel rispetto della «logica perseguita dal legislatore», tenendo conto di «precisi punti di riferimento già rinvenibili nel sistema». Coerentemente, la Corte continua – e deve continuare – a rifiutarsi di rispondere a richieste di interventi additivi che implicherebbero interventi di sistema.

I «limiti» che la Costituzione pone all'attività della Corte, e cioè il giudizio di «legittimità» (e non di merito) costituzionale delle leggi, continua a essere rispettato finché la Corte continua debitamente a *motivare* l'incostituzionalità della norma indubbiata riferendola al parametro costituzionale (o ad eventuali parametri interposti). Questo è possibile anche nel (e grazie al) giudizio di *ragionevolezza* (che consente oggi l'utilizzo di «precisi punti di riferimento» quale *tertia comparationis* per giungere a decisioni sostitutive a “rime adeguate”). L'esistenza di questi precisi punti di riferimento (come abbiamo visto nel Capitolo I § 5: già presenti nel *sistema normativo*, già forniti univocamente dalla *scienza*, già esistenti o “maturi” nella *coscienza sociale*) è ciò che fa permanere il sindacato di costituzionalità nell'ambito di un

⁷⁷⁴ Ivi, 62. Su Parlamento e pandemia, v. per tutti U. RONGA, *L'emergenza in parlamento. Attraverso e oltre la pandemia*, Napoli 2022.

⁷⁷⁵ Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione. Resoconto sommario, 4 settembre 1946, 103, http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione/sed008/sed008nc.pdf. L'ordine del giorno, in questi termini formulato durante la seduta del 4 settembre 1946, fu poi approvato nella seduta dell'indomani con 22 voti favorevoli e 6 astenuti. Il riferimento al “tuttavia” è mutuato da Manzella proprio dall'ordine del giorno Perassi del quale si riporta, per comodità, l'esatto testo: «*La Seconda Sottocommissione, udite le relazioni degli onorevoli Mortati e Conti, ritenuto che né il tipo del governo presidenziale, né quello del governo direttoriale risponderebbero alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo*».

⁷⁷⁶ A. MANZELLA, *op. cit.*, 64.

giudizio di “legittimità”. Senza di questi “punti di riferimento”, invece, avremmo inevitabilmente un giudizio di “merito”, come tale inammissibile.

Il Parlamento, dunque, deve continuare ad essere centrale: è proprio per questo che abbiamo immaginato proposte di riforma costituzionale, legislativa e regolamentare per mettere in condizione il Parlamento, spesso de-centralizzato e marginalizzato dal Governo, di riuscire a pronunciarsi anche sui temi più sensibili nel dibattito pubblico, razionalizzando le procedure di seguito legislativo e le decisioni monitorie.

È una centralità del Parlamento che deve essere garantita anche dalla Corte costituzionale – che non deve “rubare la scena” al Parlamento – mediante la razionalizzazione delle tecniche decisorie e una riforma volta a positivizzare i criteri per la loro adozione.

In conclusione, così come, in geometria piana, l’ellisse è il luogo geometrico dei punti del piano per i quali è costante la somma delle distanze da due punti fissi detti fuochi, così nel diritto costituzionale la dignità umana è quel luogo giuridico per il quale è costante la somma delle distanze dai due punti fissi detti fuochi, metaforicamente rappresentati dal Parlamento e dalla Corte costituzionale. Più la (tutela della) dignità umana è vicina al Parlamento, più sarà distante l’influenza della Corte. Viceversa, più il Parlamento sarà lontano, più la (tutela della) dignità umana sarà vicina all’influenza della Corte.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti del Convegno promosso dal Gruppo parlamentare radicale (Roma, 20-22 ottobre 1978)*, Milano 1979.
- AA. VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano 2004.
- AA.VV., *La burocrazia parlamentare. Funzioni, garanzie e limiti, Atti del convegno organizzato dal Sindacato unitario funzionari parlamentari, Roma, 5-6 giugno 1981, Camera dei deputati*, Roma 1983.
- AA.VV., *L'amministrazione della Camera dei deputati, Atti della conferenza promossa dal Presidente della Camera, Roma, 2-3 luglio 1984, Camera dei deputati*, Roma 1985.
- AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988.
- AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989.
- AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del Seminario (Roma, 13-14 ottobre 1992)*, Milano 1994.
- AA.VV., «*Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*», a cura di B. Caravita, Torino 2021.
- AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri - G. Silvestri, Milano 2000.
- AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, vol. I, a cura di R. Pinardi, Torino 2007 e vol. II, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi - P. Costanzo, Torino 2007.
- AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la "svolta"*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Torino 2011.
- AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. Romboli, Torino 2017.
- AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, a cura di P. Carrozza - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, Pisa 2018.
- AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, Pisa 2020.
- AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano 2021.
- AA.VV., *Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa 2024.
- AA.VV., *Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini -

- R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa 2024, 21 ss.
- ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano*, I, *Il giudizio in via incidentale*, Napoli 1957.
 - ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. Amm.*, 1986, 68 ss.
 - ADAMO U., *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consultaonline.it*, n. 1/2018, 296 ss.
 - ADAMO U., *È (resterà) due senza tre? Sull'"incostituzionalità prospettata": criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consulta Online*, n. 2/2022, 819, ss.
 - AGOSTA S. - D'AMICO G. - D'ANDREA L. (a cura di), *La Procreazione Medicalmente Assistita. Bilancio di un'esperienza. Problemi e prospettive*, Napoli 2017.
 - AGOSTA S., *La leale collaborazione tra Stato e regioni*, Milano 2008.
 - AL MUREDEN E., *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Fam. dir.*, n. 3/2017, 213 ss.
 - ALPA G., *I principi generali*, III ed., Torino 2023.
 - ANDÒ B., *La centralità del Parlamento nell'attuale forma di governo*, in AA. VV., *Crisi politica e riforma delle istituzioni. Dal caso italiano alla comunità europea*, Torino 1981, 117 ss.
 - ANGELINI F., *Bilanciare insieme. Verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, 148 ss.
 - ANGIOLINI V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova 1995.
 - ANGIOLINI V., *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, 1085 ss.
 - ANZON DEMMIG A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 4/1992, 3199 ss.
 - ARIOLLI G., *Nomofilachia, giustizia predittiva e intelligenza artificiale*, in www.giustiziainsieme.it, 3 novembre 2023, link: <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-innovazione/2942-nomofilachia-giustizia-predittiva-e-intelligenza-artificiale?hitcount=0>.
 - AZZARITI G., *Appunti per le lezioni. Parlamento - Presidente della Repubblica - Corte costituzionale*, IV ed., Torino 2021.
 - AZZARITI G., *Discorso inaugurale al II anno di attività della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1957, 878 ss.
 - AZZARITI G., *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. cost.*, 1989, 653 ss.
 - AZZENA A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano 1968.
 - BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497 ss.

- BALDINI G., *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto*, Firenze 2015.
- BALDINI V., *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Loiodice*, Bari 2012, 623 ss.
- BARAK A., *The Judge in a Democracy*, Princeton 2006.
- BARBERA A., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, VIII, 2015, 263 ss.
- BARBISAN B., *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna 2008.
- BARCELLONA G., *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumdeiquadernicostituzionali.it*, (9.3.2018), 1ss.
- BARILE P., *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giur. cost.*, 1958, 1243 ss.
- BARSOTTI V., *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999.
- BARTOLE S., «*Principi generali (dir. cost.)*», in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 495 ss.
- BARTOLE S., *A proposito di una troppo lunga e confusa sentenza*, in *Giur. Cost.*, 2021, 534 ss.
- BARTOLUCCI L., *La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*, in *Consulta Online*, n. 3/2022, 941 ss.
- BASILE R., *Le decisioni di manifesta inammissibilità e infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 437 ss.
- BASILE R., *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano 2017.
- BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Brescia 2022.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano 2006, 991 ss.
- BERGER P.L. - Luckmann T., *La realtà come costruzione sociale*, Bologna 1969.
- BERTOLINO C., *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino 2007.
- BIANCA M., *La decisione della Corte costituzionale sul cognome del figlio e il diritto di famiglia mobile. Riflessioni sulla funzione della Corte costituzionale nel sistema di effettività dei diritti*, in *www.giustizainsieme.it*, 13 luglio 2022.
- BIANCHI P., *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino 2000.
- BIANCHI P., *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 281 ss.
- BICKEL A.M., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues*, 75 Harv. L. Rev. 40, 74-80 (1961).
- BIFULCO R., *La Cooperazione nello Stato unitario composto: le relazioni*

- intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica Federale di Germania e Spagna nell'Unione Europea*, Padova 1995.
- BILANCIA P., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino 2018.
 - BIN R., *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 1 ss.
 - BIN R., *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino 2005, 1 ss.
 - BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine di una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013.
 - BIN R., «Zone franche» e legittimazione della Corte, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 640 ss.
 - BIN R., *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 6/2017, poi pubblicato in G. Ferri (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, Napoli 2017, 95 ss., poi in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016)*, a cura di R. Romboli, Torino 2017.
 - BIN R., *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.
 - BIN R. - BRUNELLI G. - PUGIOTTO A. - VERONESI P. (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli 2006.
 - BIN R. - PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, IV ed., Torino 2023.
 - BISOGNI G., *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino 2017.
 - BOBBIO N., *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1963, 187 ss.
 - BOBBIO N., «Principi generali», in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino 1966, 887 ss.
 - BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1992.
 - BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Torino 2020 (I ed. 1995).
 - BONINI F., *Storia della Corte costituzionale*, Urbino 1996.
 - BONOMI A., *Questioni di costituzionalità dichiarate inammissibili sulla base di diversi motivi di inammissibilità: osservazioni sulla natura decisoria e sugli effetti preclusivi di tali pronunce (... alla luce della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (8 settembre 2014).
 - BONOMI A., *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)*, in *Osservatorio Rivista AIC*, n. 2/2021, 200 ss.
 - BORIA P., *L'illegittimità costituzionale della "Robin Hood Tax". E l'enunciazione di alcuni principi informativi del sistema di finanza pubblica*, in *Riv. giur. trib.*, n. 5/2015,

388 ss.

- BORK R.H., *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges* (2003), trad. it. di S. Fabi e S. Sileoni, Macerata 2006.
- BRADLEY C. A. - Posner E., *The Real Political Question Doctrine*, Stanford Law Review, Forthcoming, 25 luglio 2022, disponibile al link <https://ssrn.com/abstract=4172365>.
- BRANCA G., *Qui adnotabit adnotatores?*, in *Foro.it*, n. 5/1970, 1953 ss.
- BRANCATI B., *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in *Consulta Online*, n. 2/2016, 304 ss.
- BRUNELLI G., *Un'additiva "a rime possibili" in tema di eguaglianza di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Quad. cost.*, 3/2022, 594 ss.
- CALABRESI G. - BOBBIT P., *Scelte tragiche*, Milano 2006.
- CALAMANDREI P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 7 ss.
- CALDIRONI M., *Is there a political question theory in Italy?*, in *DPCE online*, n. 1/2022, 3 ss.
- CAMERLENGO Q., voce *Leale collaborazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., Agg. VI, Torino 2015, 241 ss.
- CAMERLENGO Q., *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*, in *Consulta Online*, n. 1/2022, 1 ss.
- CAMERLENGO Q., *Lo spazio costituzionale: un inquadramento teorico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 49 ss.
- CANZIAN N., *L'ultimo capitolo della saga del doppio cognome. Nota alla sentenza n. 131 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 3 /2022, 1 ss.
- CAPOLUPO C., *Le decisioni di inammissibilità*, in M. Scudiero - S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli 1999, 1 ss.
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968.
- CAPURSO M., *I giudici della Repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge*, Milano 1977.
- CARAVITA B., *Appunti in tema di "Corte giudice a quo" (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 291 ss.
- CARAVITA B., *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, Padova 1985.
- CARDI E. - Cognetti S., *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino 2012.
- CARLASSARE L., *Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice "a quo" e sui*

- giudizi di eguaglianza, in *Giur. cost.*, 1980, I, 840 ss.
- CARLASSARE L., *Le “questioni inammissibili” e la loro riproposizione*, in *Giur. cost.*, 1984, 167 ss.
 - CARLASSARE L., *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 27 ss.
 - CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017.
 - CARRINO A., *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano-Udine 2019.
 - CARTABIA M., *L’universalità dei diritti umani nell’età dei nuovi diritti*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, 537 ss.
 - CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 12 novembre 2013.
 - CARTABIA M., *La fortuna del giudizio costituzionale in via incidentale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino 2016, 799 ss.
 - CARUSO C., *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022.
 - CASAVECCHIA G., *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere - forse solo temporaneamente - un’unica questione*, in *Osservatorio Rivista AIC*, n. 2/2023, 1 ss.
 - CASERTA M., *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Roma 2005.
 - CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2019.
 - CASONATO C., *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 1 ss.
 - CASONATO C., *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 157 ss.
 - CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Bari 2005.
 - CASSETTI L., *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in A.S. Bruno - L. Cassetti, *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore: le tradizioni europee e l’esperienza latino-americana*, Torino 2019, 1 ss.
 - CASTELLI C. - PIANA D., *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, 153 ss.
 - CECCANTI S., *Scienza e politica dopo la pandemia: “chi” decide “cosa”*, in *federalismi.it*, n. 3/2022, 1 ss.
 - CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli 2008.
 - CECILI M., *La tutela multilivello dei diritti: i differenti approcci alle political questions*, in *federalismi.it*, n. 15/2020, 146 ss.
 - CELOTTO A., *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione*

- medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3846 ss.
- CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335 ss.
 - CERRI A., *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere 'privilegiato' delle valutazioni legislative*, in *Giur. cost.*, n. 1/1986, 956 ss.
 - CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, VI ed., Napoli 2019.
 - CERVATI A.A., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009.
 - CHELI E.: «*La centralità parlamentare*»: *sviluppo e decadenza di un modello*, in *Quad. cost.*, n. 2/1981, 343 ss.
 - CHELI E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri: una nuova edizione aggiornata*, Bologna 1999.
 - CHELI E., *Postfazione*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, 296 ss.
 - CHELI E., *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019, 777 ss.
 - CHIMENTI C., *Centralità e funzionalità del parlamento*, in *Democrazia e Diritto*, 1978, 627 ss.
 - CHIMENTI C., *Gli apparati delle Camere*, in *Quad. cost.*, n. 3/1981, 573 ss.
 - CHIMENTI C., *Ruolo delle Camere e amministrazioni parlamentari*, in AA.VV., *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano 1994, 238 ss.
 - CHRISTIANSEN T. - GRIGLIO E. - LUPO N. (a cura di), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, London-New York 2023.
 - CIARALLI C.A., *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli 2022.
 - CIERVO A., *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, n. 4/2019, 523 ss.
 - CIOLLI I., *L'equilibrio di bilancio è il invitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 702 ss.
 - CIOLLI I., *I diritti sociali "condizionati" di fronte alla Corte costituzionale*, in *La rivista italiana di previdenza sociale*, n. 3/2017, 353 ss.
 - COCCHIARA E., *L'evoluzione delle tecniche monitorie della Corte Costituzionale: un bilancio a settant'anni dalla legge 87 del 1953*, [versione provvisoria della relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", 26-27 maggio 2023 (Como) - I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale], in www.gruppodipisa.it, 1 ss.
 - CODACCI PISANELLI A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, 1 ss., poi in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900, 249 ss., ripubbl. in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. (I parte) e 2927 ss. (II parte).
 - COLAPIETRO C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa 1990.
 - COLAPIETRO C. - CARNEVALE P. (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino 2008.

- CONTI A., *L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle*, in *Consulta Online*, n. 2/2023, 517 ss.
- CONTI G.L., *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, *ivi*, 77 ss.
- CORONA F., *Giustizia predittiva. Quando gli algoritmi pervadono il diritto*, Roma 2023.
- CORWIN E. W., *The doctrine of Judicial review, Its legal and Historical Bases*, New York 1914.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 41 ss.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.
- CRISAFULLI V., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 929 ss.
- CRISAFULLI V., *Postilla a ord. 12 novembre 1965, n. 73*, in *Giur. cost.*, 1965, 1218 ss.
- CRISAFULLI V., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1 ss.
- CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1707 ss., poi in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 84 ss.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984.
- CRIVELLI E., *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *federalismi.it*, n. 23/2023, 122 ss.
- CRS Report LSB10756, *The Political Question Doctrine: An Introduction (Part 1)*, a cura di J. R. Lampe, 14 giugno 2022.
- CRS Report R42831, *Congressional Redistricting: An Overview*, a cura di R. Crocker, 21 novembre 2012.
- CRS Report R43773, *Zivotofsky v. Kerry: The Jerusalem Passport Case and Its Potential Implications for Congress's Foreign Affairs Powers*, a cura di J.K. Elsea, 28 settembre 2015.
- CRS Report R43834, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, a cura di J. P. Cole, 23 dicembre 2014.
- CUOMO E., *Critica e crisi del parlamentarismo (1870-1900)*, Torino 1996.
- D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino 2005.
- D'ALOIA A., *Biodiritto*, in U. Pomarici, (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino 2012, 37 ss.
- D'ALOIA A. (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto: come regolare un mondo nuovo*, Milano 2020.
- D'ALOIA A., *L'(ex) 40*, in www.confronticostituzionali.eu, 2015.

- D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina 2008.
- D'AMICO G., *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018.
- D'AMICO M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano 1993.
- D'AMICO M., *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 171 ss.
- D'AMICO M. - BIONDI F. (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018.
- D'AMICO M. - NARDOCCI C. (a cura di), *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative. Atti del Seminario di Milano, 12 novembre 2021*, Napoli 2023.
- D'ANDREA L., *La Corte commenta... se stessa (attraverso le conferenze-stampa del suo Presidente)*, in Ruggeri A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 376 ss.
- D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005.
- D'ANDREA L., *Ragione e ragionevolezza*, con appendice di F. Modugno e A. Longo, Napoli 2009.
- D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano 1981.
- DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino 2002, 145 ss.
- DAL CANTO F. - ROSSI E., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino 2018, 287 ss.
- D'ALESSIO G. (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della «Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» (1945-1946)*, Bologna 1979.
- DANIELE L. - BURATTI A. (a cura di), *Principi generali del diritto. Diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, Padova 2019.
- DE LUNGO D., *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale, a partire dal caso Cappato*, in *federalismi.it*, n. 17/2019, 2 ss.
- DE MICHELI C. - VERZICHELLI L., *Il Parlamento*, Bologna 2004.
- DE MIGUEL BÀRCENA J. - TAJADURA TEJADA J., *Kelsen versus Schmitt. Politica e diritto nella crisi del costituzionalismo*, Padova 2022.
- DE SIERVO U. (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna 1980.
- DE STEFANO R., *Assiologia* (Schema di una teoria generale del valore e dei valori), Reggio Calabria 1982, ora in Id., *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano 1990.
- DE VERGOTTINI G., *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, iv ss.
- DELFINO F., *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli 1963.

- DELLEDONNE G. - MARTINICO G. - MONTI M., *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Milano 2022.
- DI CIOLO V. - CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano 2013.
- DI CIOMMO M., *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010.
- DI MAJO L., *Riduzione del numero dei parlamentari e centralità del Parlamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2020, 40 ss.
- DI MAJO L., *Gli esperti nei processi decisionali di legislatore e Corte costituzionale. Contributo allo studio dei rapporti tra scienza, politica e diritto*, Napoli 2023.
- DI MAJO L., “Mi rimetto alla clemenza dell’intelligenza artificiale”. *L’AI-jurisdictional process e il cyber-lawyer*, in www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2024, link: <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-innovazione/3052-mi-rimetto-alla-clemenza-dellintelligenza-artificiale-lai-jurisdictional-process-e-il-cyber-lawyer>.
- DIXON Jr. R. G., *Democratic Representation - Reapportionment in Law and Politics*, New York 1968.
- DOLSO G.P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4161 ss.
- DOLSO G.P., *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano 2003.
- DOLSO G.P., *I rapporti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione nel prisma delle decisioni di inammissibilità*, in R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), “*Effettività*” e “*seguito*” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli 2006, 47 ss.
- DOLSO G.P., *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. cost.*, n. 1/2014, 739 ss.
- DOLSO G.P., *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, 398 ss.
- DOLSO G.P., *I poteri istruttori della Corte costituzionale: profili ricostruttivi e prospettive applicative*, in *federalismi.it*, n. 1/2023, 1 ss.
- DOSI G., *Doppio cognome, no alla via giudiziaria*, in *Diritto e giustizia*, n. 10/2006, 14 ss.
- DRIGO C., *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna 2012.
- DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna 2016, 146.
- DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Milano 2021 (I ed. 1893).
- EINAUDI M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d’America*, Torino 1931.
- ELIA L., *Sentenze “interpretative” di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 ss.
- ELIA L., *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di «political question»?*,

- in *Giur. cost.*, n. 1/1968, 1741 ss.
- ELIA L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81- luglio '85)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 299 ss.
 - ELIAS N., *La società degli individui*, Bologna 1990.
 - ESPOSITO C., *La Corte costituzionale come giudice "a quo"*, in *Giur. cost.*, 1960, 212 ss.
 - FALZEA A., *I principi generali del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, 455 ss.
 - FALZEA P., *In tema di sentenze di accoglimento parziale*, in *Giur. cost.*, 1986, 2600 ss.
 - FALZEA P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Torino 2005.
 - FAVILLI C., *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6/2017, 823 ss.
 - FERRARI G.F. - Gambaro A. (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli 2006.
 - FERRAROTTI F., *Trattato di sociologia*, Torino 1968, 132 ss.
 - FINKELSTEIN M., *Judicial Self-Limitation*, 37 *Harvard Law Review* 338, 344-345 (1924).
 - FIORAVANTI M., *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi - P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna 1987, 95 ss.
 - FISICHELLA D., *La rappresentanza politica*, Bari 1996.
 - FLORES M., *Storia dei diritti umani*, nuova ed., Bologna 2023.
 - FONZI A., *Il ruolo della Corte Costituzionale fra discrezionalità politica e tutela dei diritti fondamentali. La vexata quaestio della sindacabilità delle decisioni politiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 2 ss.
 - FRADDOSIO O. - CIAURRO G.F., *L'apparato tecnico-burocratico delle Camere del Parlamento*, in *Responsabilità e dialogo*, n. 1/1969, 101 ss.
 - FRONTONI E., *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2020, 276 ss.
 - FRONTONI E., *La Corte scrive la nuova disciplina del cognome dei figli*, in *Osservatorio Rivista AIC*, n. 5/2022, 162 ss.
 - FROSINI T. E., *"L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti"*, in *Rass. Parl.*, n. 4/2008, 845 ss.
 - FUSCO A., *"Chi fuor li maggior tui?": la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, in *Osservatorioaic.it*, n. 3/2017, 1 ss.
 - FUSCO M., *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa italiana sulla procreazione assistita*, in L. Chieffi - J.R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano 2015, 211 ss.
 - GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1994*, II ed., Bari 2002.

- GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, 91 ss.
- GIANNINI M. S., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 39 ss.
- GIANNINI L. - LUPO N., *Corso di diritto parlamentare*, Bologna 2023.
- GIUFFRÈ F. - NICOTRA I. (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 2008.
- GLENNON M.J., *Foreign Affairs and the Political Question Doctrine*, 83 AM. J. INT'L L. 814, 815-16 (1989).
- GLENSY R. D., *The right to Dignity*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 65 ss.
- GRASSO G., *La storia della l. n. 87 del 1953: le aspettative sui futuri giudizi della Corte costituzionale e lo "spirito" della legge, 70 anni dopo* [Testo provvisorio predisposto per la presentazione orale e la discussione nel corso del Convegno], link: https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2023_Convegno_Como/Giorgio_Grasso_-_La_storia_della_legge_n_87_del_1953.pdf
- GRISOLIA M.C., *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero il «potere monitorio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, 826 ss.
- GRISOLIA M.C., *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, 5 ss.
- GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997.
- GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma 2017.
- GROSSO E., *Il «rinvio a data fissa» nell'ordinanza 207/18. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 531 ss.
- GUARINO A., *Le sentenze costituzionali «manipolative»*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova 1979, 353 ss.
- GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356 ss.
- HÄBERLE P., *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano 2003, 4 ss.
- HAINES C. G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkley 1932.
- HENKIN L., *Is There a "Political Question" Doctrine?*, 85 Yale L.J. 597 (1976).
- IACOMETTI M., *I Presidenti di assemblea parlamentare*, Milano 2001.
- IANNUZZI A., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018.
- IANNUZZI A., *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2019, 143 ss.
- IANNUZZI A., *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio Rivista AIC*, 2/2020, 13 ss.

- IBRIDO R., *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano 2015, 169 ss.
- INGENITO C., *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it* (21 aprile 2021), n. 11/2021, 57 ss.
- INGENITO C., *Cognome e Costituzione. Percorsi evolutivi delle identità della famiglia*, Torino 2023.
- KELSEN H., *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV, 1928, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano 1981.
- LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli 2012.
- LA TORRE M. - SPADARO A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002.
- LACCHÈ L., *La lotta per il regolamento: libertà politiche, forma di governo e ostruzionismo parlamentare. Dalle riforme Bonghi al regolamento Villa del 1900*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 15/2008, 33 ss.
- LAMARQUE E., *Articolo 136*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani, Bologna 2021, 444 ss.
- LANEVE G., *Potere politico e potere giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione*, Bari 2022.
- LASORELLA G., *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, Torino 2023.
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1973, 1580 ss.
- LAZZARA P., *Discrezionalità tecnica* (voce), in *Dig. disc. pubb., Aggiornamento*, Torino 2010, 146 ss.
- LEONE S., *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.
- LIETO S., *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamento, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018.
- LIPPOLIS V. - LUPO N. (a cura di), *Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere. Il Filangieri. Quaderno 2012-2013*, Napoli 2013.
- LOLLO A., *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"*, in *Consulta Online*, n. 3/2022, 1055 ss.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 263.
- LUCARELLI A., *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli 2020.
- LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984.
- LUCIANI M., *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento:*

primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988)*, Milano 1989, 105 ss.

- LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 1/2009, 1 ss.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 1 ss.
- LUCIANI M., *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1 ss.
- LUCIANI M., *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 37 ss.
- LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto*, Milano 2023.
- LUPO N., *Il Presidente di Assemblea come "giudice" del diritto parlamentare*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli 2011, 2053 ss.
- LUPO N., *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei principi generali e dei mutamenti dell'assetto istituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Rass. parl.*, n. 1/2012, 51 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino 1997, 341 ss.
- LUZZI C., *Versatilità, e "insidie", della legge n. 87/1953 per la "Corte giudice a quo"*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. 2/2023, 173 ss.
- MADAU L., *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle Norme Integrative di cui alla delibera dell'8 gennaio 2020 alla prova dell'applicazione pratica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, 162 ss.
- MALFATTI E., *Nel prisma delle decisioni processuali. La Corte costituzionale sceglie un ibrido: le antiche e sempre nuove risorse delle ordinanze di inammissibilità*, in *Foro it.*, n. 1/2006, 1312 ss.
- MALFATTI E., *Illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno: la cornice giurisprudenziale europea non fa il quadro*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, 132 ss.
- MALFATTI E., *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos*, n. 1/2021, 1 ss.
- MALFATTI E., *Istanze di attribuzione del cognome materno e nuova regola del doppio cognome: note a margine della sentenza n. 131 del 2022*, in *Giur. cost.*, n. 3/2022, 204 ss.
- MALFATTI E. - PANIZZA S. - ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2021.
- MALVICINI M., *Le opposizioni parlamentari e la crisi di fine secolo*, in E. Rossi - L. Gori - F. Pacini (a cura di), *Il Parlamento "interlocutore"*, Pisa 2018, 231 ss.
- MANETTI M., *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, 1688 ss.
- MANETTI M., *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna*

- corporis acta, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 611 ss.
- MANNELLA F., *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011.
 - MANZELLA A., *Il Parlamento*, Bologna 2003.
 - MANZELLA A., *Elogio dell'assemblea, tuttavia*, Modena 2020.
 - MARCENÒ V., *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, 1113 ss.
 - MARCENÒ V., *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 393 ss.
 - MARCENÒ V., *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 377 ss.
 - MARKESINIS B. - FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna 2009 (ed. origin. London 2006), 159 ss.
 - MARTINES T., *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano 1957, ora in Id., *Opere*, I, *Teoria generale*, Milano 2000, 112 ss. e 206 ss.
 - MARTINES T., *Diritto costituzionale*, XVI ed., Milano 2022.
 - MARTINES T. - RUGGERI A. - SALAZAR C. - MORELLI A., *Lineamenti di diritto regionale*, XI ed., Milano 2022.
 - MASCIOTTA C., *L'eguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome: una nuova regola iuris dettata dal giudice costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, 252 ss.
 - MASSA M., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell'esecutivo*, in www.astridonline, n. 13/2010.
 - MASSA M., *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, 1323 ss.
 - MATTEONI A., *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, n. 2/2021, 348 ss.
 - MAZZONI HONORATI M.L., *Diritto parlamentare*, Torino 2005.
 - MCCORMACK W., *The Justiciability Mith and the Concept of Law*, 14 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 597, 1987.
 - MCCORMACK W., *The Political Question Doctrine. Jurisprudentially*, 70 *University of Detroit Mercy Law Review* 795, 1992-1993.
 - MEZZANOTTE C., *Il giudizio sulle leggi, Le ideologie del costituente*, Milano 1979.
 - MEZZANOTTE C., *Le nozioni di 'potere' e di 'conflitto' nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 112 ss.
 - MEZZANOTTE C., *La Corte costituzionale, esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1982, 163 ss.
 - MEZZANOTTE C., *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, (*Atti del seminario*

- svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988*), Milano 1989, 39 ss.
- MIGNEMI G., *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1995, 167 ss.
 - MODUGNO F., *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano 1989, 13 ss.
 - MODUGNO F., *La Corte e il Parlamento. La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale nei confronti del legislatore*, in *Parlamento*, 1988, 21 ss.
 - MODUGNO F., «*Principi generali*», in *Enc. giur.*, XXIV, Roma 1991, 2 ss.
 - MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007.
 - MODUGNO F., *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008.
 - MODUGNO F., *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Dir. soc.*, n. 4/2019, 791 ss.
 - MONACO G., *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 11/2021, 161 ss.
 - MONTANELLI I., *L'Italia negli anni di piombo (1965-1991)*, Milano 1991.
 - MORELLI A., *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 154 ss.
 - MORELLI A., *La Corte nel gioco dei bilanciamenti*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 707 ss.
 - MORI M., *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Torino 2008.
 - MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001.
 - MORRONE A., *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, 575 ss.
 - MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.
 - MORRONE A., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2021, 170 ss., ora in B. Caravita (a cura di), *Un riaccostamento del giudizio costituzionale?*, Torino 2021, 67 ss. e in AA.VV. *Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa 2024, 21 ss.
 - MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1960, 1098 ss.
 - MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano 1968.
 - MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro It.*, 1970, V, 157 ss.
 - MOSCA G., *Teorica dei governi e governo parlamentare*, Palermo 1884.
 - MOSCHELLA G., *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta*

- Online, n. 2/2019, 249 ss.
- MOURTADA-SABBAH N. - CAIN B.E., *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Laham, Lexington Books, 2007.
 - NEGRONI A.A., *La corte costituzionale all'Assemblea costituente*, Roma 2015.
 - NICCOLAI S., *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, 453 ss.
 - NICOTRA I., *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in www.forumcostituzionale.it.
 - NOCILLA D. - SMURRA G., *Una manifesta inammissibilità tra un'irrilevanza che non sussiste ed un'infondatezza in «penombra» (nota a 361/2005)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2005, 5126 ss.
 - NOCILLA D. - CIAURRO L., «*Rappresentanza politica*», in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 543 ss.
 - OCCHIOCUPO N. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978.
 - OCCHIOCUPO N., *La Corte costituzionale come giudice di opportunità delle leggi*, in N. Occhiocupò (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, 13 ss.
 - OLIVIERI L., *Il valore del fatto nel significato della legge. Note critiche sul giudizio di costituzionalità della “situazione normativa” e/o della “portata normativa” di una legge*, in E. Malfatti – R. Romboli - E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino 2002.
 - OLIVITO E., *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 4 ss.
 - OLIVITO E., *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'Amico - F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018, 135 ss.
 - OLIVITO E., *L'ultima parola e la prima. “Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?”*, in *Nomos*, n. 2/2022, 1 ss.
 - ONIDA V., *Quando la corte non vuole decidere*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, 1 ss.,
 - ONIDA V., *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021, 130 ss.
 - PADULA C. (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020.
 - PADULA C., *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino 2018.
 - PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano 1965.
 - PALADIN L., *Il sindacato della Corte costituzionale sull' “utilità delle leggi”*, in *Giur.*

- cost.*, 1964, I, 144 ss.
- PALADIN L., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, Milano 1956, 1028 ss.
 - PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996.
 - PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano 1997.
 - PALAZZO F., *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18 marzo 2020, 1 ss.
 - PALICI DI SUNI E., *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2006, 552 ss.
 - PANUNZIO S.P., *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 273 ss.
 - PANZERA C., *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito «circuito di produzione normativa»?)*, in *Diritto e società*, n. 3/2004, 309 ss.
 - PANZERA C., *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013.
 - PANZERA C., *L'ordinanza «una e trina»*, in www.forumcostituzionale.it, 7 giugno 2019, 1 ss.
 - PANZERA C., *Esercizio sussidiario di poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, n. 3/2020, 127 ss., ora in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, IV, Napoli 2021, 3043 ss.
 - PANZERA C. - RAUTI A. - SPADARO A. - SALAZAR C., *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele* Napoli 2016.
 - PAPA A., *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998.
 - PARODI G., *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino 1990.
 - PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996.
 - PARODI G., *art. 136*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino 2006, 2648 ss.
 - PASSAGLIA P., *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*, in *Consulta Online*, n. n. 2/2015, 589 ss.
 - PATERNITI F., *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 34/2020, 178 ss.
 - PATERNITI F., *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli 2023.
 - PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Bioetica, diritti e Intelligenza Artificiale*, Milano 2023.
 - PATRONI GRIFFI A., *Forza e limiti dell'autorimessione della questione di*

- costituzionalità (*A proposito della ord. n. 18/2021*), in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 414 ss.
- PEGORARO L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova 1987, 87 ss.
 - PENASA S., *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, 817 ss.
 - PENASA S., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2015, 2, 295 ss.
 - PESOLE L., *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 412 ss.
 - PESOLE L., *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 406 ss.
 - PETTA P., *Schmitt, Kelsen e il custode della Costituzione*, in *Storia e politica*, 1977, 506 ss.
 - PICCHI M., *La pronuncia della Corte costituzionale sul cognome dei figli: una nuova occasione di dialogo col legislatore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, 274 ss.
 - PICCIONE D., *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena 2021.
 - PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 987 ss.
 - PINARDI R., *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1988 ss.
 - PINARDI R., *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993.
 - PINARDI R., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano 2007.
 - PINARDI R., *La questione è fondata, anzi inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2081 ss.
 - PINARDI R., *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *forumcostituzionale.it* (27.04.2015).
 - PINARDI R., *Costituzionalità «a termine» di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, 288 ss.
 - PINARDI R., *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2022, 43 ss.
 - PINARDI R., *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2022, 73 ss.
 - PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano 1991.
 - PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 65 ss.
 - PIROZZOLI A., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli 2012.
 - PITKIN H.F., *Il concetto di rappresentanza*, Catanzaro 2017 (I ed. 1967).

- PIZZORUSSO A., *art. 136*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 726 ss.
- PIZZORUSSO A., *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 73 ss.
- PIZZORUSSO A., *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996.
- PIZZORUSSO A., *“Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D’Atena, Milano 2012, 1021 ss.
- POLIMENI S., *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli 2018.
- POLITI F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino 2018.
- PORTONERA G., *Brevi note su testualismo, originalismo e diritto italiano*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1/2022, 297 ss.
- PREDIERI A., *Parlamento 1975*, in A. Predieri (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano 1975, 276 ss.
- PROSPERO M., *L’antipolitica come professione. Un’interpretazione della crisi della Seconda Repubblica*, Milano 2021.
- PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994.
- PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 501 ss.
- PUGIOTTO A., *Da tecnica a tattica decisoria. L’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2022, 761 ss.
- QUATTROCCHI M., *Corte e Parlamento attraverso le decisioni di inammissibilità*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano 2000, 179 ss.
- RAUTI A., *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014.
- RAUTI A., *Il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato*, in *federalismi.it*, n. 6/2016, 2 ss.
- RAUTI A., *La Corte costituzionale e il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, in *Rass. parl.*, 2/2017, 385 ss.
- REDISH M.H., *Judicial Review and the “Political Question”*, 79 NW. U. L. REV. 1031, 1059-60 (1984-85).
- REPETTO G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011.
- REPETTO G., *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017.
- RESCIGNO U., *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 379 ss.

- RIDOLA P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 293 ss.
- RIDOLFI A., *Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra corti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 2 ss.
- RIZZONI G., *Il seguito in Parlamento delle sentenze della Corte costituzionale. Tendenze recenti e prospettive evolutive*, in *Quad. cost.*, n. 4/2023, 849 ss.
- ROBERTI I., *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del parlamento*, in *federalismi.it*, n. 17/2021, 175 ss.
- RODOMONTE M.G., *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2021, 1 ss.
- RODOTÀ C., *Storia della Corte costituzionale*, Roma-Bari 1999.
- RODOTÀ S. - TALLACCHINI M. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano 2010, 361 ss.
- RODOTÀ S. - ZATTI P. (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano 2010.
- ROMBOLI R. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino 1991.
- ROMBOLI R., *La mancanza o l’insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 229 ss.
- ROMBOLI R. (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006.
- ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. 10/2015*, in *Il Foro italiano*, 2015, parte I, 1513 ss.
- ROMBOLI R., *Dalla «diffusione» all’«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro it.*, n. 1/2018, 2227 ss.
- ROMBOLI R., *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle “rime obbligate”: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro It.*, 2020, IX, 2565 ss.
- ROMBOLI R., *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 1 ss.
- ROMBOLI R., *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, n. 3/2023, 812 ss., ora in AA.VV. *Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? Ricordando Alessandro Pizzorusso*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa 2024, 301 ss.
- RONGA U., *L’emergenza in parlamento. Attraverso e oltre la pandemia*, Napoli 2022.
- ROSSI E., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale a una svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino 2011, 214 ss.
- RUFFOLO U. (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano 2020.
- RUGGERI A., *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore. Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica*, Milano 1988.

- RUGGERI A., *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990.
- RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994.
- RUGGERI A., *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del “modello” e fluidità dell’esperienza*, in A. Ruggeri - G. Silvestri, *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano 2000.
- RUGGERI A., *La Corte e il drafting processuale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2004, 158 ss.
- RUGGERI A. (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006.
- RUGGERI A., *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 2014.
- RUGGERI A., *Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana*, in *ConsultaOnline.it* (06.11.14), ora in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII, Studi dell’anno 2014, Torino 2015, 99 ss.
- RUGGERI A., *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta online*, n. 2/2016, 263 ss.
- RUGGERI A., *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 245 ss.
- RUGGERI A., *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, in *Diritti comparati*, n. 1/2017, 90 ss.
- RUGGERI A., *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale” (nota minima su un’annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2018, 2 ss.
- RUGGERI A., *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... (a margine di un comunicato sul Caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 3/2018, 568 ss.
- RUGGERI A., *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3/2018, 571 ss.
- RUGGERI A., *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”)*, frutto di libera invenzione della Consulta. *A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2019, 633 ss.
- RUGGERI A., *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”)*, frutto di libera invenzione della Consulta. *A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2019, 633 ss.
- RUGGERI A., *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 227 ss.
- RUGGERI A., *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e*

- di direzione politica?*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2021, 567 ss.
- RUGGERI A., *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, 477 ss.
 - RUGGERI A., *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, 221 ss.
 - RUGGERI A., *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo «bilanciamento» tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 13 aprile 2021.
 - RUGGERI A., *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2022, 405 ss.
 - RUGGERI A., *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 3/2022, 37 ss.
 - RUGGERI A., *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 2/2022, 25 ss.
 - RUGGERI A., *In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)*, in *Consulta online* n. 3/2022, 1002 ss.
 - RUGGERI A., *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 864 ss.
 - RUGGERI A., *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, n. 2/2022, 325 ss.
 - RUGGERI A., *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti comparati*, n. 2/2022, 557 ss.
 - RUGGERI A., *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in *dirittifondamentali.it*, n. 3/2022, 394 ss.
 - RUGGERI A., *Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?*, in *Consulta online*, n. 1/2023, 204 ss.
 - RUGGERI A., *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2023, 28 ss.
 - RUGGERI A. - SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, n. 3/1991, 343 ss.
 - RUGGERI A. - SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2022.
 - RUOTOLO M., *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. e Soc.*, n. 1/2020, 53 ss.
 - RUOTOLO M., *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *federalismi.it*, n. 4/2022 [numero speciale «Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: Scritti in onore di Paola Bilancia»], 883 ss.
 - RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000.
 - RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel*

- giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 645 ss. ora in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020, 235 ss.
- RUOTOLO M., *Oltre le 'rime obbligate'?*, in *federalismi.it*, 3/2021, 54 ss.
 - RUOTOLO M., *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *Diritto e società*, n. 1/2023, 1 ss.
 - RUSSO A., *Apportionment e voto eguale. La giurisprudenza costituzionale in materia di malapportionment e di gerrymandering*, in *Atti della Reale Accademia Peloritana dei Pericolanti*, 1992, LXI, 205 ss., in A.M. Bickel, *The Last Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-London, 1978 (I ed. 1962).
 - SAJA F., *La giustizia costituzionale nel 1987. Conferenza stampa del 8 febbraio 1988*.
 - SALAZAR C., *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice "a quo" e le pronunce di inammissibilità*, in *Foro.it*, 1998, V, 145 ss.
 - SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000.
 - SALAZAR C., «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 567 ss.
 - SALMONI F., *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 517 ss.
 - SALVADORI M.L., *Storia d'Italia. Il cammino tormentato di una nazione. 1861-2016*, Torino 2018, 63 ss.
 - SALVATO L., *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità "sostanziale" della questione di legittimità*, in *forumcostituzionale.it* (17.05.2018).
 - SANDULLI A. M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975, 561 ss.
 - SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, 349 ss.
 - SANTORO L., *L'attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori (Considerazioni controcorrente a partire dalla ord. cost. n. 18/2021)*, in *Consulta Online*, n. 2/2021, 467 ss.
 - SANTOSUOSSO A., *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano 2020.
 - SCACCIA G., *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387 ss.
 - SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000.
 - SCASSELLATI SFORZOLINI A., *Suprematismo bianco. Alle radici di economia, cultura e ideologia della società occidentale*, Roma 2023.
 - SCHARPF F. W., *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 Yale L. J. 520 (1966).
 - SCHMITT C., *Der Hüter der Verfassung*, in *Arch. öff. Rechts*, XVI, 1929, e poi, con

- aggiornamenti, Berlin 1931, ora trad. it. in Id., *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1981.
- SCIARABBA V., *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008.
 - SCIARABBA V., *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano 2019.
 - SCIORTINO A., *Il Presidente di assemblea parlamentare*, Torino 2002.
 - SCUDIERO M. - STAIANO S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli 1999.
 - SERVETTI D., *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa 2019.
 - SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, voll. I-II, Milano, 1979-1984.
 - SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981, I, 1684 ss., poi in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 755 ss.
 - SILVESTRI G., *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 47 ss.
 - SILVESTRI G., *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, 17 ss.
 - SILVESTRI G., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 996 ss.
 - SILVESTRI G., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005.
 - SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore della dignità della persona*, in www.rivistaaic.it, 14.03.2008.
 - SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.
 - SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, numero monografico contenuto in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 24 ss.
 - SOMMA A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano 2001.
 - SOMMA A., *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino 2019, 62 ss.
 - SONNINO S., *Torniamo allo Statuto*, in *Nuova Antologia*, 1° gennaio 1897, 9 ss.
 - SPADACINI L., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, Brescia 2012.
 - SPADARO A., *Una declaratoria d'infondatezza fra valutazione di merito e controllo sulla ragionevolezza (sul problema del personale e dei contributi messi a disposizione dei gruppi consiliari)*, in *Nomos*, 1989, 107 ss.
 - SPADARO A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*,

Napoli 1990.

- SPADARO A., *La “norma” o piuttosto la “situazione normativa” quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto “dottrinale” che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, 778 ss.
- SPADARO A., *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3/1998, 343 ss.
- SPADARO A., *L’idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’ “albero” della Costituzione e un’unica, identica “clausola d’Ulisse”*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, 169 ss.
- SPADARO A., *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell’età della globalizzazione*, Catanzaro 2005.
- SPADARO A., *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2006, 569 ss.
- SPADARO A., voce *Bilanciamento*, per *Enc. fil. Bompiani*, vol. II, Milano 2006, 1261 ss.
- SPADARO A., *In difesa del principio di “supremazia costituzionale” (riflessioni su una ricostruzione della teoria della validità, a 20 anni di distanza)*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la “svolta”*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Torino 2011, 375 ss.
- SPADARO A., *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali*, in *Consulta online*, n. 2015, 504 ss.
- SPADARO A., *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 253 ss.
- SPADARO A., *Dalla “sovranità” monistica all’ “equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017 (pubb. 02.08.2017).
- SPADARO A., *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo stato*, n. 8/ 2017, 139 ss.
- SPADARO A., *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it*, n. 5/2017, 2-16, ora in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Torino 2017, 117 ss.
- SPADARO A., *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 145 ss.
- SPADARO A., *Cenni sulle pericolose involuzioni dello Stato costituzionale*

- contemporaneo*, in AA.VV., *Crisi dello stato costituzionale e involuzione dei processi democratici. Atti del Convegno di studi Reggio Calabria, 7 novembre 2019*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - Spadaro A., Napoli 2020, 4 ss.
- SPADARO A., *Dalla “democrazia costituzionale”, alla “democrazia a maggioranza populista/sovranista” alla “democrazia illiberale”, fino alla... “democrazia”, in DPCE*, n. 3/2020, 3875 ss.
 - SPADARO A., *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 16/2021, 208 ss.
 - SPADARO A., *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023, 103 ss.
 - SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo 2022.
 - SPERTI A., *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del Giudice costituzionale*, Torino 2005.
 - SPERTI A., *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell’esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 125 ss.
 - SPERTI A., *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 626.
 - STAIANO S., *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 100 ss.
 - STRADELLA E., *La decostituzionalizzazione del diritto all’aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2022, 197 ss.
 - TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020.
 - TEGA D., *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 64 ss.
 - TEGA D., *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, n. 2/2021, 5 ss.
 - TESAURO A., *La Corte costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 205 ss.
 - TESAURO G., *Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles*, in *Il Foro italiano*, 2015, parte I, 1923 ss.
 - TORRE A., *Il Magistrato dell’Assemblea. Saggio sui Presidenti parlamentari*, Torino 2000.
 - TORRICELLI S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino 2019.
 - TOSI S. - MANNINO A., *Diritto parlamentare*, Milano 1999.
 - TRANCOSSI S., *Gli effetti della quota FPTP nella seconda applicazione del “Rosatellum-bis”*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023, 53 ss.
 - TRANFAGLIA N., *Storia politica della Corte costituzionale*, Viterbo 2020.

- TRIBE L.H., *Jurisdictional Gerrymandering: Zoning Disfavored Rights out of the Federal Courts*, 16 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 129 (1981).
- TRIPODINA C., *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2019, 1 ss.
- TROILO S., *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, 355 ss.
- TURCO G., *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Torino 2017.
- TURIELLO P., *Governo e governati in Italia*, I, Bologna 1889.
- VALENTINI C., *Rappresentanza politica*, in C. Valentini - C. Caruso (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna 2021, 113 ss.
- VERONESI P., *La dignità umana tra teoria dell’interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.
- VERONESI P., *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 151 ss.
- VIOLA F., *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, vol. III, 2006, 2863 ss.
- VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993.
- VIRGA P., *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano 1988, I, 583 ss.
- WECHSLER H. H., *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harvard Law Review 1, 1959.
- WESTON M. F., *Political question*, 38 Harvard Law Review 296, 1925.
- ZACCARIA G., *La responsabilità del giudice e l’algoritmo*, Modena 2023.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988.
- ZAGREBELSKY G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 2/2006, 297 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1989, 67 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2017.
- ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018.
- ZAGREBELSKY G. - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018.
- ZANON N., *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss.
- ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 86 ss.
- ZICCHITTO P., *The Italian Way to the “Political Question”*, in *Italian Journal of Public*

Law, n. 1/2015, 222 ss.

- ZICCHITTU P., *Le 'zone franche' del potere legislativo*, Torino 2017.